

**Chronique de jurisprudence de droit du travail
(Arrêts de la Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion)**

*Par Serge FARNOCCHIA
Maître de conférences à l'Université de La Réunion*

**CONTRAT DE TRAVAIL – RUPTURE – LICENCIEMENT POUR FAUTE –
CARACTERISATION DE LA FAUTE – AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE AU PENAL**

Saint-Denis, Chambre sociale, 8 avril 2003

M. Balbolia / M. Celestin

Arrêt n° 171/03

Avocats : SELARL Gangate Rapady

Extraits

...

Attendu que Georges CELESTIN, embauché pour une durée indéterminée le 1^{er} avril 1993 en qualité de pompiste par Ibrahim BALBOLIA, gérant d'une station service CALTEX au TAMPON, a été licencié par lettre recommandée avec A.R. en date du 12 février 1999, après entretien préalable du 10 février 1999 auquel il avait été régulièrement convoqué le 2 février;

Que la régularité de la procédure n'est d'ailleurs pas discutée;

Attendu que le motif du licenciement, énoncé dans la lettre précitée qui fixe les limites du litige, est le vol d'une somme d'argent au préjudice de l'employeur;

Attendu qu'il s'agit, plus précisément, du vol de la somme de 585 Francs dont l'intimé aurait reconnu la réalité lors de l'enquête consécutive à la plainte déposée le 25/12/1998 par Monsieur BALBOLIA mais duquel il a été relaxé le 22 avril 1999 par le Tribunal correctionnel de SAINT PIERRE dont la décision a été confirmée par cette Cour le 16 mars 2000;

Que la Cour a notamment retenu que Georges CELESTIN avait simplement voulu rectifier sur certains des relevés de distribution de carburant des chiffres mal écrits, qu'il avait rétracté, dans une lettre adressée le 2/02/1999 au Procureur de la République de SAINT PIERRE les aveux passés au cours de sa garde à vue et

qu'Ibrahim BALBOLIA avait également reconnu avoir lui même surchargé certains relevés;

Attendu que l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil interdit au juge prud'homal de retenir ce vol pour licencier le salarié concerné;

Que les aveux passés par ce dernier au cours de la garde à vue ne peuvent constituer, comme le soutient l'appelant, une cause réelle et sérieuse de licenciement, *a fortiori* une faute grave;

...

Observations

Une infraction pénale commise par le salarié comme cause réelle et sérieuse de licenciement : voilà un thème qui mériterait sans doute une synthèse approfondie.

Il regroupe une multitude de situations qu'il convient de distinguer. Lors du licenciement, le salarié était-il déjà jugé coupable ou encore présumé innocent ? Jugé coupable en première instance, puis licencié, puis relaxé en appel, le licenciement reste-il fondé ? Pas encore jugé – et donc présumé innocent – mais placé en détention provisoire, son absence justifie-t-elle un licenciement ? L'infraction pénale peut-elle causer un licenciement si elle a été commise au détriment d'un tiers¹ ? Cette liste d'interrogations n'est pas exhaustive²...

En l'espèce, le salarié avait été relaxé des fins de poursuite pour vol par la juridiction pénale (tribunal correctionnel de Saint Pierre). Or c'est pour ce seul motif qu'il avait été licencié. Enonçant le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil³, la Cour de Saint-Denis de La Réunion retient le défaut de cause réelle et et sérieuse. C'est une position classique (1°) qui ne doit cependant pas occulter l'indépendance des qualifications au pénal et au social (2°).

1°/ Les magistrats dionysiens adoptent ici une position largement consacrée par la Cour de cassation et qui doit se comprendre à la lumière de l'importance qu'attache la Haute cour à la rédaction de la lettre de licenciement : si la lettre ne

¹ Voir Soc. 20 novembre 1991, Bull. civ. n° 512 : vol commis par le salarié d'une entreprise de gardiennage au détriment d'un client de l'employeur. Voir aussi Soc. 3 décembre 2002, Bull. civ. n° 361 : le tiers victime du vol (un supermarché) est un « gros » client de l'employeur ; licenciement pour faute grave justifié malgré la modicité de la valeur du bien dérobé et le caractère isolé du fait reproché à un salarié d'une importante ancienneté. La Cour de cassation s'est montrée plus « clémente » dans Soc. 16 décembre 2003, n° 01-46069 : le vol d'une seule bouteille de vin commis au détriment de l'employeur par le salarié à qui rien n'avait été reproché auparavant, s'il peut fonder le licenciement, ne caractérise pas une faute grave ; mais l'arrêt n'a pas été publié au Bulletin...

² Voir par ex. Soc. 6 juillet 1999, Bull. civ. n° 325 ; JCP 1999, p. 2153, obs. C. Puigelier : jugé pour vol, le salarié a été relaxé en première instance ; sur le seul appel de la partie civile, il a été condamné à payer 800 francs de dommages intérêts ; parallèlement, un contentieux sur la cause réelle et sérieuse de licenciement. La Cour d'appel avait estimé que la décision civile de l'autre cour d'appel (celle statuant dans le cadre du contentieux pénal) n'entachait pas les effets du jugement initial de relaxe, « opposable à tous ». Cassation au motif que la décision de la juridiction correctionnelle qui a déclaré établis les faits de vol, même prononcée sur le seul appel de la partie civile est revêtue de l'autorité de la chose jugée.

³ Art. 1351 C. civ.

mentionne que les faits constitutifs d'une infraction pénale du chef de laquelle le salarié a été poursuivi et relaxé, alors la cause du licenciement n'est pas « réelle ». Le raisonnement est implacable¹. Il n'est plus question aujourd'hui d'invoquer, suite à la relaxe, la suspicion légitime et permanente ou la perte de confiance que la situation génère. L'exigence d'objectivité du motif du licenciement et le principe selon lequel le doute profite au salarié² s'y opposent.

2°/ Cela ne signifie pas pour autant que la relaxe du salarié licencié entraînera automatiquement un défaut de cause réelle et sérieuse, tout simplement parce que la faute peut parfois légitimer un licenciement même si elle n'est pas pénalement répréhensible et que le classement sans suite ou la relaxe n'est pas systématiquement synonyme d'inexactitude des faits invoqués par l'employeur. Ce dernier doit prendre la peine de rédiger correctement la lettre de licenciement en mentionnant tous les faits avérés qu'il reproche au salarié et qui sont *peut-être* aussi constitutifs de l'infraction pour laquelle il a, parallèlement, porté plainte. Ainsi par exemple, en dépit de la relaxe du chef de vol, le licenciement peut être légitime dès lors que le salarié avait emporté chez lui des documents au mépris des instructions de l'employeur³. De même, la relaxe du délit d'aide au travail dissimulé n'empêche pas le licenciement pour fournitures de fausses informations dans la base de données informatiques de l'employeur⁴.

En définitive, c'est encore l'importance de la rédaction de la lettre de licenciement qu'il convient de souligner à travers un arrêt récent de la Chambre sociale de la Cour de cassation⁵. Dans cette affaire qui n'avait semble-t-il pas donné lieu à un contentieux au pénal, le contrat de travail avait été rompu pour faute grave en raison du comportement du salarié à l'égard de plusieurs autres, un comportement très « voisin » du harcèlement sexuel. La Cour d'appel avait décidé d'accorder au salarié les indemnités de rupture, retenant certes ce comportement comme constitutif d'une faute sérieuse mais refusant d'y voir une faute grave au motif qu'il n'était pas établi que le salarié avait « donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions sur (les) jeunes femmes ». La Cour d'appel se référait, implicitement mais clairement, à la définition du harcèlement sexuel en vigueur à l'époque⁶. Son arrêt est cassé, la Cour de cassation relevant que l'attitude particulièrement inconvenante qui avait choqué la pudeur de ces jeunes femmes constituait bien une faute grave. Dans cette affaire, l'employeur ne s'était pas contenté de viser, dans la lettre de licenciement, le harcèlement sexuel

¹ Voir par ex. : Soc. 20 mars 1997, Bull. civ. n° 120 (La Cour d'appel ayant retenu comme éléments objectifs susceptibles de justifier un licenciement les mêmes faits que le juge pénal avait écartés comme n'étant pas établis a violé l'art. 1151 C. civ.). Voir aussi, sur le terrain de l'abus de confiance et de l'escroquerie : Soc. 19 mars 1997, Bull. civ. n° 117 ; Soc. 26 mars 1997, inédit, n° 94-42468.

² Art. L 122-14-3 C. trav. *in fine*.

³ Soc. 14 novembre 1991, Bull. civ. n° 497. Voir aussi Soc. 21 juin 1989, D. 1990, p. 132, obs. P. Dupuy.

⁴ Soc. 26 novembre 2003, inédit, n° 01-42085.

⁵ Soc. 12 mars 2002, Bull. civ. n° 89.

⁶ Art. 222-33 C. pén. avant sa modification par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002.

mais avait pris soin d'indiquer la conduite très grossière du salarié. Il avait sans doute bien fait ! On peut penser que s'il avait estimé suffisant de se référer à cette infraction pénale, la Cour d'appel qui aurait constaté l'absence d'un des éléments constitutifs de l'infraction l'aurait condamné pour défaut de cause réelle et sérieuse.

1°/ CONTRAT DE TRAVAIL – RUPTURE – LICENCIEMENT POUR FAUTE LOURDE – CONCURRENCE DELOYALE 2°/ CLAUSE DE NON CONCURRENCE – NULLITE (OUI) – DEFAUT DE CONTREPARTIE FINANCIERE

Saint-Denis, Chambre sociale, 22 avril 2003

M. François Algot / SARL ARM PAJANY

Arrêt n° 223/03

Avocats : SCP Belot Akhoun Crégut Hameroux, Me De Boisvilliers

Extraits

...

La société A.R.M. PAJANI, dont l'activité principale est la vente, la location et la maintenance de matériels de bureautique, de reprographie et d'informatique, a engagé François ALGOT, selon contrat du 15 octobre 1990, en qualité de technicien, moyennant un salaire mensuel brut de 12 200 Francs, pour une durée indéterminée ;

Par lettre recommandée du 3 septembre 1991, elle l'a licencié "au motif d'une perte de confiance totale, pour concurrence déloyale", ce qu'elle a considéré comme une faute lourde privative de toute indemnité de rupture ;

...

1/ Sur la violation de la clause de non concurrence :

Le contrat précité du 15/10/1990 comportait une clause aux termes de laquelle "en cas de résiliation du présent contrat par l'une ou l'autre des parties, M. ALGOT François s'engage à ne pas exercer dans le domaine de la bureautique, de la reproduction ou dans une activité assimilée, soit pour son compte ou pour le compte d'autrui et ce, quelle que soit sa qualification professionnelle pendant une durée de deux ans dans la ville de Saint Denis de La Réunion", le non respect de cette obligation rendant M. ALGOT François "automatiquement redevable envers la société A.R.M. PAJANI d'une pénalité fixée à 10 000 francs exigible pour toute infraction constatée" ;

Cette clause, qui ne prévoit aucune contrepartie financière à l'atteinte qu'elle porte à la liberté du travail du salarié est, de ce fait, nulle en application de l'article L.120-2 du Code du travail ;

Il y a donc lieu de débouter l'intimée de ses demandes à cet égard ;

2/ Sur le manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat de travail :

Il résulte des pièces produites, et spécialement de celles remises le 10 avril 1992 à Maître FAU, huissier de justice à SAINT DENIS, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de grande instance de SAINT DENIS que l'appelant a contracté à 23 reprises avec la commune de SAINT DENIS, principal client de son employeur, pour le compte d'une entreprise A.F.B. officiellement exploitée par un de ses amis (Roger FIOMBA) mais dont il était le dirigeant de fait, alors qu'il était encore salarié de A.R.M. PAJANI ;

Il a, ce faisant, détourné une partie de la clientèle de cette dernière au profit d'A.F.B. ;

Le manquement à l'obligation de bonne foi, prévu par l'article 1134 du Code civil mais qui s'impose pareillement dans l'exécution du contrat de travail, est ainsi caractérisé ;

C'est à juste titre que les premiers juges, dont la décision sera confirmée sur ce point, ont évalué à 21 400,00 € le préjudice subi par l'intimée de ce fait.

...

Observations

L'arrêt est didactique. Il se penche sur deux questions que l'arrêteste en mal d'imagination peut traiter distinctement pour élaborer son plan.

1°/ Sur la clause de non-concurrence d'abord. La Cour d'appel de Saint Denis rappelle ici une position récemment dégagée par la Cour de cassation : à défaut de contrepartie financière, la clause encourt la nullité¹. Ce que ne manquera pas d'évoquer tout salarié bien conseillé qui voudrait la violer sans s'exposer à une demande de dommages intérêts, comme c'est le cas en l'espèce².

La clause avait été pourtant bien rédigée à l'époque (en 1990). Elle était en effet limitée quant au secteur d'activité (bureautique et reproduction), dans le temps (2 ans) et l'espace (Saint Denis de La Réunion). On pouvait aussi la considérer comme ayant franchi avec succès la condition supplémentaire exigée à partir de 1992 par la Haute cour : la présence de la stipulation doit se justifier par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise³ ; s'agissant d'un commercial en contact avec la clientèle de l'entreprise, la condition était remplie.

Simplement, la clause ne prévoyait pas une rémunération particulière. Depuis 2002, cette absence entraîne la nullité de la clause. Nous sommes ici face à un exemple topique de l'insécurité juridique liée à un régime jurisprudentiel. Il suffit de se mettre un instant dans la peau d'un chef d'entreprise employant de nombreux

¹ Soc. 10 juillet 2002, trois arrêts, Bull. civ. n° 239. Cf. F. Favennec-Héry, Tempête sur la clause de non-concurrence, SSL suppl. n° 1112, p. 27.

² Ici, la clause de non concurrence était assortie d'une clause pénale.

³ Soc. 14 mai 1992, Bull. civ. n° 309 ; D. 1992, p. 350, obs. Y. Serra. Cf. aussi Soc. 19 novembre 1996, Bull. civ. n° 392 ; Dr. Soc. 1997, p. 95, obs. G. Couturier.

commerciaux amenés à rencontrer fréquemment la clientèle de l'entreprise et qui ont signé leur contrat avant ce revirement jurisprudentiel. Certes, l'employeur avait pris le plus grand soin à la rédaction de la clause de non-concurrence ; mais, dès lors qu'aucune disposition conventionnelle ne l'y obligeait, il n'avait pas intégré distinctement de contrepartie financière à l'obligation de non concurrence. Cela ne correspond pas toujours à l'attitude du « méchant patron » qui abuse de la faiblesse d'un candidat à l'embauche ! On peut même considérer que, parfois, le salaire applicable en cours d'exécution du contrat tenait compte du « service » que rendra, une fois le contrat rompu, l'ex-salarié à son ex-employeur en ne se livrant pas, pendant un certain temps et sur un périmètre donné, à une activité concurrente. Désormais la clause pourra être ignorée par le salarié en toute impunité. Assigné « aux prud'hommes » par l'ancien employeur pour violation de la clause, il n'aura qu'à soulever l'exception de nullité.

Comment l'entreprise peut-elle surmonter ce nouvel écueil ? Peut-elle imposer aux salariés concernés un avenant prévoyant la désormais nécessaire contrepartie financière ? Rien n'est moins sûr : cela constituerait une proposition de modification de la rémunération, certes à la hausse, mais dont on sait qu'elle peut être refusée par le salarié sans faute de sa part¹. Le problème semble insoluble²...

2°/ Sur le « manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat de travail » ensuite. Il est clair que le juge dionysien fait ici référence à la notion de faute lourde, même si l'expression n'est pas expressément utilisée. En effet, il condamne le salarié « coupable » d'actes de concurrence déloyale pendant l'exécution du contrat de travail à verser des dommages-intérêts à son ex-employeur (21 400 €). Or, en droit du travail, seule la faute lourde est de nature à produire un tel effet (la mise en jeu de la responsabilité civile du salarié vis à vis de l'employeur)³. Les fautes d'un degré de gravité moindre commises par un salarié peuvent seulement servir à justifier un licenciement⁴, voire à priver le salarié de ses indemnités⁵.

La position est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui a à plusieurs reprises estimé qu'un détournement de clientèle commis par un salarié au détriment de son employeur en cours d'exécution du contrat de travail constituait une faute lourde⁶.

¹ Soc. 28 janvier 1998, RJS 3/98, 274. Soc. 19 mai 1998, Dr. soc. 1998, p. 885. Soc. 30 mai 2000, D. 2000, IR, p. 175.

² Cf. G. Bélier, Les incidences de la nouvelle jurisprudence sur la clause de non-concurrence, SSL suppl. n° 1112, p. 30.

³ Selon une position jurisprudentielle consacrée par Soc. 27 novembre 1958, D. 1959, p. 20, obs. Lindon.

⁴ La « faute sérieuse ».

⁵ La « faute grave ».

⁶ Par ex. : Soc. 28 mai 1975, Bull. civ. n° 282. Soc. 12 juin 2002, n° 00-41287. La Cour de cassation vient de décider que la réintégration de salariés qui s'étaient rendus coupables de concurrence déloyale était « matériellement impossible » alors même que les licenciements étaient nuls : Soc. 25 juin 2003, Bull. civ. n° 206.

C'est ici l'occasion de rappeler une différence entre le droit du travail et la théorie générale des contrats : la notion de faute lourde n'a pas le même contenu.

En droit commun des contrats, le départ est clairement établi entre la faute lourde et la mauvaise foi d'un débiteur contractuel.

Pour s'en convaincre, rappelons ce passage du Précis Dalloz consacré au droit civil par Messieurs Terré, Simler et Lequette :

« La faute lourde s'oppose au dol parce qu'elle est non intentionnelle...La faute lourde, si énorme soit-elle, n'implique aucune mauvaise foi...La faute lourde est une erreur, une négligence énorme, impardonnable, mais son auteur n'avait ni l'intention de nuire ni même la connaissance du tort qui en résulterait pour le créancier »¹.

Cette distinction a des intérêts pratiques non négligeables. Par exemple, en vertu de l'article 1150 du Code civil, seul le dol du débiteur peut le priver du droit d'invoquer une clause limitative de responsabilité, sa faute, si lourde soit-elle, n'ayant pas cet effet dès lors que la mauvaise foi n'est pas démontrée. Encore, l'article L. 113-1 du Code des Assurances exclut la garantie des dommages « provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive » et le droit des assurances n'assimile pas la faute lourde au dol².

Certes, a-t-on fait remarquer, « la faute lourde est celle qui trahit une impéritie ou une incurie poussée à un degré étonnant. Il n'y a point intention de nuire ni malhonnêteté ; mais c'est à s'y méprendre... »³. Et il existe, en effet, un vaste courant doctrinal puisant ses sources dans le droit romain⁴ et appliqué parfois en jurisprudence qui assimile la faute lourde au dol⁵.

En droit du travail, la Cour de cassation va plus loin : elle estime que la caractérisation de la faute lourde suppose la preuve de l'intention de nuire à l'employeur⁶. Ainsi par exemple, même si le délit de vol est retenu, la faute lourde n'est pas ipso facto caractérisée, l'élément moral de l'infraction n'impliquant pas en

¹ 8^{ème} éd., 2002, n° 575, p. 552.

² Y. Lambert-Faivre, Droit des assurances, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 1998, n° 386.

³ Carbonnier, Droit civil Tome 4 Les obligations, puf, 20^{ème} éd. 1996, n° 156, p. 281.

⁴ *Culpa lata dolo aequiparatur.*

⁵ Cf. par ex., pour un contrat de déménagement dont les conditions générales contenait une clause limitative de responsabilité, Com. 15 décembre 1992, Bull. civ. n° 420 : « Mais attendu que le débiteur d'une obligation n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ; que c'est donc à bon droit, qu'ayant retenu la faute lourde de Mme Taieb dans l'exécution de la mission qui lui avait été confiée, la cour d'appel l'a condamnée à réparer la totalité des préjudices subis par son client ». Cf. B. Mercadal, Droit des transports terrestres et aériens, Précis Dalloz, 1996, n° 246.

⁶ Jurisprudence constante depuis Soc. 31 mai 1990, Bull. civ. n° 260 ; cf. par ex. : Soc. 29 novembre 1990, Dr. soc. 1991, p. 105, obs. G. Couturier ; Soc. 25 mai 1994, RJS 1994, p. 508 ; Soc. 6 juillet 1999, Dr. soc. 1999, p. 961, obs. J. Savatier. Cf. J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, Droit du travail, Précis Dalloz, 21^{ème} éd., 2002, n° 890 ; les auteurs font remarquer que la notion est appréciée de façon moins restrictive par la Cour de cassation en matière de grève.

lui-même l'intention de nuire¹. La seule absence de bonne foi évoquée par la Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion peut-elle suffire à indiquer cette intention de nuire ? Après tout, le raccourci intellectuel suivant n'est pas incongru : le salarié qui se livre, en cours d'exécution du contrat de travail à un détournement de la clientèle de son employeur commet un « vol de clientèle » ; or, le vol n'implique pas, selon la chambre sociale de la Cour de cassation², l'intention de nuire.

L'arrêt a en tout cas le mérite de rappeler au juriste qu'il doit faire preuve de modestie face à certaines constructions intellectuelles : créer une échelle des fautes, d'accord ; mais à la condition de savoir situer les échelons !

CONTRAT DE TRAVAIL – RUPTURE – LICENCIEMENT POUR FAUTE – PREUVE DE LA FAUTE – SURVEILLANCE DES SALARIES

Saint-Denis, Chambre sociale, 25 novembre 2003

M. Claimenteau / SARL G. I. S.

Arrêt n° 546/03

Avocats : Me Jacques Hoarau, Me Marceline Ah Soune

Extraits

...

Sur la régularité et le bien fondé du licenciement :

A) Attendu que, par lettre remise en mains propres le 2 mai 2000, le gérant de la société G.I.S a convoqué Jean René CLAIRENTEAU à un entretien préalable pour le 9 mai ; qu'il lui a, par lettre également remise en mains propres le 12/05, notifié son licenciement pour faute sérieuse, à compter du 15 mai ;

Attendu que l'article L.122-14 du Code du travail imposant la forme recommandée avec AR pour la notification du licenciement, la procédure était irrégulière, sans qu'il soit besoin de rechercher si la remise en mains propres de la lettre litigieuse avait occasionné ou non un grief ;

Attendu que le licenciement étant justifié, pour les raisons qui vont être indiquées ci-après, il y a lieu de condamner l'intimée au paiement d'une indemnité de 1.000 € par application de l'article L.122-14-4, alinéa ter du Code du travail;

B) Attendu que le motif du licenciement, tel qu'énoncé dans la lettre précitée qui fixe définitivement les limites du litige, est que Monsieur CLAIRENTEAU a été

¹ Soc. 6 juillet 1999, cité note précédente. C'est la distinction entre le dol général et le dol spécial utilisée par les pénalistes qui est ici mobilisée ; cf. G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, Droit pénal général, Précis Dalloz, 18^{ème} éd., n° 266.

² Soc. 6 juillet 1999, précité.

« surpris en train de dormir dans sa voiture le 22 avril 2000 lors d'un contrôle de nuit, à 2 heures du matin sur son lieu de travail » ;

Attendu que cette assertion est corroborée par l'attestation de Jean Marie LUCIANO, contrôleur d'une société concurrente, qui en a confirmé les termes lors de son audition du 29/09/2003 ;

Que, selon ce témoin, le gérant de G.I.S, rencontré par hasard sur le site de l'hypermarché « Continent », lui avait demandé de l'y retrouver 2 heures plus tard pour voir si l'agent chargé de la surveillance de la galerie marchande s'était, comme son employeur l'en soupçonnait, momentanément éclipsé ou assoupi ;

Que, répondant sans hésitation ni réticence à cette invitation, le témoin s'est trouvé, à l'heure dite, sur les lieux et a pu y constater que Jean René CLAIRENTEAU somnolait dans sa voiture stationnée devant les grilles de l'établissement ;

Attendu que l'appelant soutient n'avoir pas travaillé la nuit du 21 au 22 avril, pendant laquelle son collègue DIJOUX était de service, au contraire de la nuit suivante et fait plaider qu'il « ne saurait répondre d'une faute, à la supposer établie, que son collègue aurait commise » ;

Mais attendu que la date et l'heure auxquelles son assoupissement a été constaté ne souffrent, en dépit de ces arguties, d'aucune incertitude ni imprécision, et qu'aucun doute n'existe sur l'identité de l'agent défaillant; que son binôme Jean François DIJOUX atteste que c'est bien CLAIRENTEAU qui a travaillé « la nuit du 22.04.00 » et affirme n'avoir lui même jamais dormi pendant son travail ;

Que l'intéressé fait vainement plaider qu'après 10 ans de service de nuit son organisme s'était habitué à ce rythme biologique pour contester la réalité d'un assoupissement peut être passager mais dont la preuve a été rapportée ;

...

Attendu que c'est donc à juste titre que le Conseil des prud'hommes a estimé que son licenciement avait une cause réelle et sérieuse ;

...

Observations

On trouvera un premier intérêt à cette décision qui rappelle une exigence de procédure parfois méconnue des employeurs lors d'un licenciement. Mais surtout, il nous semble que l'arrêt était l'occasion de se prononcer sur une question qui n'est même pas évoquée alors que l'examen des faits décrits dans l'arrêt aurait dû pousser les parties à s'expliquer sur ce point : la surveillance des salariés.

1°/ En l'espèce, la lettre de licenciement a été remise *en mains propres* au salarié, en violation des dispositions de l'article L 122-14-1 du Code du travail qui impose une notification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Comme la loi ne prévoit pas de sanction particulière de cette méconnaissance, on a pu hésiter. La position médiane consiste à penser que l'on est

face à une irrégularité procédurale qui, en elle-même, ne déteint pas sur le fond. Si, par ailleurs, le licenciement est causé, alors le salarié aura droit soit à une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire (cas du salarié ayant deux ans d'ancienneté ou plus et licencié par un employeur occupant habituellement onze salariés ou plus : art. L 122-14-4 C. trav.), soit à une indemnité souverainement appréciée par le juge (cas du salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté ou licencié par un employeur occupant habituellement moins de onze salariés : art. L 122-14-5 C. trav.)¹.

Mais la Cour de cassation s'est parfois départie de ce raisonnement en adoptant des solutions plus radicales. Soit en estimant que le défaut d'avis de réception n'entachait la lettre d'aucune irrégularité, cette formalité n'étant qu'un moyen légal de prévenir toute contestation sur la date de notification du licenciement², soit, bien au contraire, en décidant que « faute de notification régulière de la lettre de licenciement » ce dernier était *sans cause réelle et sérieuse*³.

On pourra toujours regretter de tels errements de la part d'une juridiction dont le rôle est d'unifier la jurisprudence...et applaudir l'orthodoxie des juges dionysiens !

2°/ Plus intéressant, le débat que la lecture de certains passages de l'arrêt aurait pu occasionner. Il nous est dit que « Monsieur CLAIRENTEAU a été surpris en train de dormir dans sa voiture le 22 avril 2000 lors d'un contrôle de nuit, à 2 heures du matin sur son lieu de travail » et que « cette assertion est corroborée par l'attestation de Jean Marie LUCIANO, contrôleur d'une société concurrente, qui en a confirmé les termes lors de son audition du 29/09/2003 ; que, selon ce témoin, le gérant de G.I.S, rencontré par hasard sur le site de l'hypermarché Continent, lui avait demandé de l'y retrouver 2 heures plus tard pour voir si l'agent chargé de la surveillance de la galerie marchande s'était, comme son employeur l'en soupçonnait, momentanément éclipsé ou assoupi ; que, répondant sans hésitation ni réticence à cette invitation, le témoin s'est trouvé, à l'heure dite, sur les lieux et a pu y constater que Jean René CLAIRENTEAU somnolait dans sa voiture stationnée devant les grilles de l'établissement ».

Ces circonstances de fait ne constituent-elles pas une violation de l'article L 121-8 du Code du travail qui dispose qu'aucune information concernant un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance ?

¹ Voir J. Y. Frouin, Les droits pécuniaires du salarié en cas de licenciement, SSL n° 1151 du 12 janvier 2004, p. 8.

² Soc. 15 décembre 1999, inédit, n° 97-44.431.

³ Soc. 2 juillet 2003, inédit, n° 01-40.521.

Certes, le débat se focalise aujourd'hui sur l'application de cette règle face au développement de l'utilisation de nouvelles technologies permettant une surveillance toujours plus sophistiquée des salariés¹.

Mais les bonnes vieilles méthodes des « employeurs-espions » réapparaissent de façon récurrente en jurisprudence. En particulier, la filature des salariés impliquant la surveillance des allées et venues de l'employé qui exerce ses fonctions en dehors des locaux de l'entreprise. Dans un arrêt du 26 novembre 2002, la Cour de cassation avait eu à se prononcer sur le cas d'une visiteuse médicale licenciée pour faute grave au motif de fausses déclarations d'activité et de frais révélées à la suite d'un contrôle effectué par un supérieur hiérarchique qui s'était posté à proximité de son domicile deux jours de suite. Sous le visa de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 9 du Code civil et de l'article L 120-2 du Code du travail, la Cour avait considéré qu'un tel mode de surveillance constituait un mode de preuve illicite².

Les faits de cette dernière affaire ne sont pas sans similitude avec ceux évoqués par la Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion dans l'arrêt ici commenté. Une surveillance effectuée en dehors du lieu de travail, pour vérifier si le salarié exécute la tâche confiée. Cependant, notre visiteuse médicale était observée par un salarié de l'entreprise à laquelle elle appartenait, hypothèse assez voisine de celle où la surveillance s'exerce par un détective privé engagé à cet effet³.

Cela diffère sensiblement des circonstances qui nous occupent : un tiers rencontré « par hasard » par l'employeur à qui ce dernier demande d'aller vérifier l'attitude de l'agent de surveillance sur son lieu de travail ; le tiers obtempère, constate que l'employé n'effectue pas correctement sa mission (il dort au lieu de surveiller) et témoigne de ces faits.

A priori, ce témoignage ne peut être assimilé à une preuve recueillie par un mode de surveillance illicite. Il ne s'agit pas d'un dispositif caché de collecte d'information. Mais les choses ne sont peut-être pas aussi simples...

Il faut rapprocher notre affaire d'une histoire qui a donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble le 14 octobre 2002⁴. Suite à de nombreuses anomalies de caisse, le responsable d'un magasin de produits de beauté soupçonne une vendeuse de conserver sans les enregistrer les sommes versées pour l'achat de produits qui ne sont pas munis d'un code barre. Ce responsable demande à deux clientes de vérifier ses soupçons, lesquelles confirment ses craintes et témoignent. La caissière licenciée reconnaît les faits mais argue de l'illicéité du mode de preuve utilisé. Le conseil de

¹ Par ex. : Soc. 18 juillet 2000, n° 98-43.485, SSL n° 996 du 25 septembre 2000, p. 11, à propos d'un système de traçage informatique mis en place dans une banque à l'insu des salariés. Sur la possibilité pour l'employeur d'établir une surveillance des salariés via les systèmes GSM/GPS, voir la recommandation de la Cnil citée in SSL n° 1143 du 10 novembre 2003, p. 5.

² Soc. 26 novembre 2002, Bull. civ. n° 352 ; D. 2002, p. 345, obs. J. Ravanans.

³ Voir Soc. 22 mai 1995, Bull. civ. n° 164.

⁴ N° 01/01679, cité in SSL n° 1097 du 12 novembre 2002, obs. F. Vélot.

prud'hommes lui donne raison mais la Cour d'appel infirme le jugement : « *aucun dispositif caché n'a été utilisé ; il n'y a eu aucun stratagème, aucun piège tendu à la salariée...* ».

Mais ne peut-on pas considérer ces deux clientes comme des détectives *ad hoc* ? Leur témoignage n'a rien de spontané ! N'en va-t-il pas de même du tiers, salarié d'une société concurrente, à qui l'employeur a demandé d'aller voir deux heures plus tard si l'agent de surveillance « s'était, comme son employeur l'en soupçonnait, momentanément éclipsé ou assoupi » ?

Bref, on peut penser, comme M. François Vélot¹ le fait à propos de l'arrêt grenoblois, que si cette affaire avait donné lieu à un pourvoi en cassation, elle n'aurait peut-être pas recueilli l'adhésion de la Haute juridiction.

CONTRAT DE TRAVAIL – RUPTURE – IMPUTABILITE DE LA RUPTURE – DEMISSION ASSORTIE DE GRIEFS – PORTEE

Saint-Denis, Chambre sociale, 16 décembre 2003

Mme Tossem / M. Sery

Arrêt n° 590/03

Avocats : Me Sers

Extraits

...

Madame TOSSEM a motivé sa démission écrite et non équivoque (« Je soussigné Mademoiselle TOSSEM Magalie déclare donner ma démission auprès des Ambulances SERY ») en invoquant à l'encontre de son employeur des insultes et des faits de harcèlement. Il convient de rappeler que cette démission ne produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse que si les faits invoqués justifient la rupture du contrat. Il convient donc d'en vérifier la réalité.

Madame TOSSEM ne produit aucune pièce accréditant la réalité d'insultes proférées par Monsieur SERY pas plus qu'elle ne démontre la réalité de faits de harcèlement moral qui seraient imputables à ce dernier. En revanche, l'employeur produit des attestations concordantes relatant les termes de l'incident ayant précédé l'arrêt maladie de Madame TOSSEM (à compter du 05 janvier, dont la justification médicale reste douteuse eu égard aux circonstances). Dès lors que la crédibilité de ces déclarations ne souffre aucune contestation, il convient d'en retenir les termes notamment quant à la cause de l'incident qui relève d'un différend privé entre Madame TOSSEM et une autre salariée. L'incident relatif aux nouvelles tenues de

¹ Cité note précédente.

travail reste ainsi un prétexte de la salariée et demeure sans incidence dans le présent dossier. En conséquence, la démission de Madame TOSSEM est valable et ne produit pas les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En réponse à la démission de Madame TOSSEM, Monsieur SERY a laissé un délai de 48 heures à la salariée pour reprendre son poste. Alors que Madame TOSSEM a reçu ce courrier le 20 janvier 2001, elle n'y a répondu que le 23 janvier (courrier posté à 17 heures) laissant ainsi passer le délai octroyé qui ne pouvait courir qu'à compter de sa réception.

Le fait que l'employeur n'ait pas donné suite à la demande de reprise de travail présentée tardivement par Madame TOSSEM n'a aucune valeur de licenciement, la rupture du contrat étant déjà acquise par l'effet de la démission.

...

Le jugement est alors confirmé.

Observations

Une démission écrite, une démission assortie de griefs, une démission néanmoins univoque car le grief de harcèlement invoqué dans la lettre exprimant la volonté de démissionner n'est pas établi : l'arrêt est un condensé de doctrine ; son auteur est un connaisseur des dernières positions de la Cour de cassation en matière de démission et c'est sans doute avec le plaisir de rendre une décision juste que la juridiction dionysienne a manifesté son orthodoxie.

Une décision juste, car elle rapproche deux extrêmes : la volonté patronale de voir admise par notre Droit la « prise d'acte de la rupture par le salarié du contrat de travail » en tant que moyen d'éviter l'application du droit du licenciement, d'une part ; d'autre part, la malignité de certains salariés, tendant à « abuser du droit de se faire licencier ».

1°/ *Exit* la **prise d'acte** : maladie qui se prolonge, absentéisme sur le lieu de travail nouvellement imposé, prise de congés payés intempestive, force majeure, salarié parti sans laisser d'adresse... beaucoup d'hypothèses où l'employeur veut faire admettre la rupture, sans avoir à payer les frais d'un licenciement, frais qui peuvent être élevés dès lors que le juge décide que la cause réelle et sérieuse fait défaut ; et si l'on se rappelle que le défaut de cause réelle et sérieuse peut provenir d'une absence de lettre de licenciement, on comprend mieux la stratégie juridique du patron qui, à l'époque de la rupture, n'avait pas jugé nécessaire de respecter la procédure de licenciement ! D'où l'idée, dans le silence de la loi, de faire admettre la **démission tacite**.

Une telle notion ne pouvait pas acquérir d'existence juridique, la démission emportant la privation de trop de droits sociaux pour le salarié. **L'exigence d'une démission expresse**, écrite, si elle paraît complètement légitime, n'est néanmoins pas prévue par la loi. C'est la Cour de cassation qui a fait son œuvre.

Un écrit est requis ; mais quel écrit ? Date et signature apposées par le salarié, sur un texte imprimé dans les locaux de l'entreprise, signé peu de temps après que

des faits graves impliquant le salarié se sont déroulés ? L'exigence de l'écrit ne suffit pas : il faut que les juges soient en mesure d'apprécier la réalité du consentement exprimé. La démission doit être **non équivoque**.

2°/ L'univocité peut d'abord être établie par les faits ; mais cela suppose l'exercice d'un pouvoir inquisitorial que les conseillers prud'homaux n'exercent en général pas. On va donc se tourner vers la lettre : en particulier, dès lors qu'elle est circonstanciée, assortie de griefs formulés à l'encontre de l'entreprise, la démission n'est plus univoque. Mais comment traiter cette équivocité ? Doit-on systématiquement **requalifier la rupture en licenciement** sans tenir compte de la réalité des griefs invoqués par le salarié ? La Cour de cassation qui avait, un temps, consacré cette position¹, se rendit vite compte qu'il était nécessaire de vérifier l'existence et le sérieux des griefs excipés par le salarié² : vraie démission si les motifs sont fantaisistes, qu'il est établi qu'ils ne correspondent pas à la réalité ; fausse démission, c'est-à-dire, en définitive, véritable résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur, qui a les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, si les griefs sont fondés. Décider autrement permettait au salarié de « s'autolicensingier »³, ce qui avait deux effets pervers importants : permettre au salarié de prétendre aux indemnités de chômage alors qu'il s'était volontairement privé de son emploi, d'abord ; condamner un employeur qui *n'avait même pas pensé* à la rupture du contrat de travail à verser au salarié une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ensuite⁴.

En l'espèce, le harcèlement invoqué par le « démissionnaire » n'était pas établi, même en appliquant les règles spéciales de preuve de l'époque⁵.

¹ Soc. 26 septembre 2002, n° 00-41.823.

² Soc. 25 juin 2003, n° 01-42.679.

³ L'expression d'autolicensingier a été inventée par le Professeur Ray pour dénoncer la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 26 septembre 2002 précité. Cf. Liaisons sociales magazine, janvier 2003, p. 52. Voir aussi : P. Y. Verkindt, « Démission motivée=licenciement sans cause réelle et sérieuse : l'équation infernale », Bulletin d'actualités Lamy Social n° 167, mars 2003. Le revirement de juin 2003 était pressenti : cf. J. Y. Frouin (alors conseiller référendaire à la Cour de cassation), « Existe-t-il un droit à l'autolicensingier du salarié ? Bilan jurisprudentiel et perspectives d'évolution », Supplément au n° 1133 de la Semaine Sociale Lamy, p. 28.

⁴ C'est une conséquence de la découverte a posteriori d'un licenciement ; par hypothèse, l'employeur n'a pas respecté la procédure de licenciement et n'a en principe pas notifié le licenciement au salarié par lettre. On connaît une autre *équation infernale* : pas de lettre, pas de cause réelle et sérieuse... Cf. G. Couturier, « L'autolicensingier n'est pas un droit, c'est un risque », Supplément au n° 1133 de la Semaine Sociale Lamy, p. 33.

⁵ La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 avait consacré un système de charge de la preuve, identique à celui applicable en matière de lutte contre les discriminations et favorable aux salariés : le salarié devait présenter les éléments de fait « laissant supposer » un harcèlement ; il incombait alors à l'employeur d'établir que les agissements invoqués n'étaient pas constitutifs de harcèlement. La loi Fillon du 3 janvier 2003 a aménagé ces règles de preuve : il ne suffit plus désormais de se contenter d'alléguer des faits sans avoir à les étayer.

La rupture devait donc bien être qualifiée de démission. On apprend que l'employeur a « offert » à la salariée un délai de rétractation¹, mais qu'elle a dépassé le délai pour répondre...

L'arrêt a le mérite de rappeler que les salariés ne disposent pas d'un droit absolu à être licenciés...

¹ Ce qui n'est pas une obligation prévue par la loi. Mais la jurisprudence a parfois consacré l'existence d'un certain délai de rétractation au profit du salarié démissionnaire, sans doute pour contrôler la réalité du consentement exprimé dans la lettre.

4^{ème} partie
Actualités

