

CHRONIQUE DE DROIT SOCIAL

*Sous la direction d'Alain Chirez**

I DOCTRINE

Les Ruptures Dangereuses

De la même façon qu'il existe des liaisons dangereuses, il existe des ruptures qui le sont tout autant. Dangereuses d'abord pour celui qui prend l'initiative des mises en œuvre stratégiques car le résultat final peut s'avérer inverse de celui souhaité (ainsi, par exemple, la transaction signée avant la notification de la lettre de licenciement est nulle). La stratégie déployée peut s'avérer dangereuse aussi pour la partie adverse (ainsi par exemple, la fausse qualification de faute grave qui pénalisera, en cas de rétablissement de la vérité, non seulement l'employeur qui risque un redressement, mais également le salarié qui verra les sommes allouées soumises à l'impôt et à retenues).

Pendant très longtemps, le droit du travail, qui se trouvait dans le giron du droit civil, empruntait à cette dernière branche du droit, ses caractères propres: le procès était un peu la chose des parties, la qualification, celle que donnaient les contractants, et le juge ne s'immisçait pas trop, au fond, dans la cuisine des parties au contrat.

Dans une certaine limite, les parties peuvent quand même toujours sculpter la réalité à leur guise, alors que par ailleurs, la Cour de Cassation affirme de la façon la plus solennelle que la volonté est impuissante à soustraire un travailleur à un statut nécessairement déterminé par les conditions effectives de travail.

Une telle situation n'est cependant pas bien gênante dès lors qu'elle ne frustre les intérêts de quiconque, et en particulier de la collectivité. Les parties doivent pouvoir attribuer au motif reconnu de rupture la portée voulue. Il en résulte ainsi que je l'avais fait observer dans un article relatif aux ruptures déviantes, que le juge n'a pas la possibilité, «sans heurter l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, de trancher le litige que cette transaction avait pour objet de clore, en se livrant à l'examen des éléments de faits et de preuves» (Cass soc 24 fév 2004).

Il reste que, la jurisprudence récente traduirait peut-être un mouvement de balancier en sens inverse. On veut dire ici qu'on assiste peut-être à un renforcement du pouvoir du juge qui bat en

* Professeur Agrégé des Universités, Université de Polynésie Française, Avocat au Barreau de Grasse.

brèche l'autonomie de la volonté caractéristique, dans une certaine mesure du droit classique des contrats.

Il y a une indéniable contractualisation des ruptures, c'est à dire une tendance à faire accepter la rupture comme on a fait accepter le contrat, alors que l'une et l'autre situation traduisent souvent un pouvoir assez unilatéral (Cf notamment Alain Supiot). Le phénomène n'est pas propre d'ailleurs au droit du travail puisqu'on assiste aussi à une contractualisation des ruptures en droit de la famille (Cf la prestation de Sophie Calle à la Biennale de Venise au Pavillon français actuellement, autour de son livre Ruptures).

Et sur cette contractualisation de la rupture en droit du travail, le juge exerce, me semble t-il, un contrôle de plus en plus poussé. C'est la raison pour laquelle aussi bien les DRH que les salariés risquent d'avoir certaines surprises, tant il existe, dans les stratégies utilisées, de mauvaises directions d'une part (1^{ère} partie) et des voies sans issue d'autre part (2^{ème} partie).

II LES MAUVAISES DIRECTIONS

A Erreur de Qualification

1 L'aiguillage fausement disciplinaire

Il n'est pas rare que l'on trouve des lettres de licenciement pour faute grave reposant sur une insuffisance professionnelle ou une insuffisance de résultat. Il faut ici rappeler que l'insuffisance professionnelle est, en principe, non fautive. Cette solution a été posée dans un arrêt Ivars/Société Tricard du 5 juin 2000.

L'insuffisance professionnelle qui se distingue ainsi de la faute se définit comme une «incapacité durable et objective non fautive d'un salarié à accomplir normalement et correctement la prestation de travail pour laquelle il a été embauché» (Cf JY Frouin, Inaptitude et perte d'emploi, Droit Ouvrier 2006 p. 105 et svtes et spéc. p. 106).

Une telle solution n'est d'ailleurs pas illogique. En principe, le salarié est simplement tenu d'une obligation de moyens et l'insuffisance professionnelle, comme l'inaptitude physique du salarié qui «fait ce qu'il peut» ne relève pas de sa faute au sens classique du terme.

La Cour de Cassation a cependant nuancé sa jurisprudence précédente en introduisant une variable dans cette affirmation catégorique voulant que l'insuffisance professionnelle ne constitue pas une faute. Dans une décision du 17 février 2004 (Juris Soc UIMM n° 690 p 342) elle a réservé le cas de «la mauvaise volonté délibérée du salarié». Autrement dit, l'insuffisance professionnelle devient une faute lorsque le salarié le fait exprès.

Sous cette réserve, il sera évidemment dangereux pour le rédacteur de la lettre de licenciement pour faute grave, de faire reposer celle-ci sur l'insuffisance professionnelle. Dans le geste de plume par lequel le juge dira qu'il n'y a pas faute grave, et même pas faute du tout, et dans la foulée, le licenciement pourra bien se trouver privé de fondement. Plusieurs conventions collectives exigent

par exemple que le licenciement pour insuffisance professionnelle soit précédé de lettre de mise en garde, ce qui n'est pas le cas dans la matière disciplinaire.

On fera bien de se garder de ce type d'erreur.

De la même façon, on sait que les faits relevant de la vie personnelle peuvent constituer une cause de licenciement s'il y a trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise, mais ne constituent pas une faute. Il faut veiller à ne pas se situer sur le terrain disciplinaire, dans un tel cas. Exemple: un stockiste est licencié pour faute grave après le vol d'enjoliveurs commis sur le véhicule d'un collègue garé à l'extérieur. Licenciement injustifié dit la Cour de Cassation car les faits imputés au salarié relevaient de sa vie personnelle et ne constituaient pas une faute (Cass soc 19 sept 2007, n° 05-45.294)

A vrai dire, le danger existe surtout en cas de dispositions conventionnelles qui prévoient une procédure à respecter, qu'il s'agisse de la convocation d'un conseil de discipline ou d'un certain nombre d'avertissement avant le licenciement. Ainsi, dans certaines conventions d'entreprise (cf par exemple l'accord entreprise de Schneider Automation) existe cet article 700: sanctions procédure: *«tout licenciement individuel pour motif professionnel, sauf cas de faute grave ou de faute lourde, ne peut intervenir qu'après deux avertissements notifiés par écrit et portés au dossier de l'intéressé»*.

Si l'employeur considère que l'insuffisance professionnelle est une faute grave, parce que c'est, selon lui, délibérément que le salarié n'effectue plus correctement ses prestations, il n'y aura pas d'avertissements notifiés. La procédure sera donc viciée et comme la Cour de Cassation considère que le non respect d'une disposition conventionnelle de ce type constitue pour le salarié une garantie de fonds et non de forme, on va, ipso facto, vers un licenciement sans cause réelle ni sérieuse.

Dans le même ordre d'idée, on rappellera la distinction entre l'erreur et la faute qui n'est d'ailleurs pas propre au droit du travail mais qu'on trouve également dans le domaine médical. La diligence exigible du salarié est, à défaut de clause particulière, une diligence normale.

Dans ce standard de normalité, il y a place pour une marge d'erreur humaine. Le caractère d'ordre public de la non responsabilité du salarié, sauf faute lourde, est, à cet égard, assez parlant. Aux termes de la jurisprudence, on constate que l'erreur, pour être fautive, doit être commise dans le cadre des diligences habituellement liées aux fonctions du salarié d'une part, et doit être sérieusement nuisible aux intérêts de l'entreprise d'autre part.

2 *L'aiguillage faussement extra-disciplinaire*

La Cour de Cassation a adopté récemment une notion extensive de la sanction en décidant, dans un arrêt du 6 mars 2007, que de simples reproches adressés au salarié pour des faits estimés fautifs constituent des sanctions. Cette position n'est pas complètement nouvelle puisque la Cour de Cassation avait déjà qualifié en 1998 et en 2001 (Cass soc 2 avril 1998 n° 96-4490; Cass soc 13 nov. 2001, Bull civ V n° 344) de sanction la lettre de l'employeur reprochant au salarié un comportement

fautif. Dans l'arrêt rendu en 2007, la Cour de Cassation retient la même solution s'agissant d'un courrier électronique. Elle accorde ainsi la même valeur au courrier dématérialisé qu'au courrier sous forme de papier.

La position adoptée par la Cour de Cassation est assez gênante car, en application de la règle non bis in idem, le reproche formulé dans le courrier litigieux interdit ensuite à l'employeur de prononcer ultérieurement une autre sanction, notamment un licenciement pour les mêmes faits en dehors bien entendu de toute réitération.

Autrement dit, il faut être particulièrement prudent avec les reproches écrits. Il faut se borner à constater la non réalisation d'une prestation de travail ou à formuler le souhait que l'intéressé fournisse à l'avenir des prestations plus conformes à ce qu'on est en droit d'attendre, sans manifester d'aucune façon une quelconque volonté de sanctionner des faits fautifs. L'arrêt du 6 mars 2007 est intéressant puisqu'on assimile les courriels à des reproches écrits alors qu'on sait qu'aux termes de l'article L 122-40, la sanction est une mesure prise par l'employeur, autre que les observations verbales. Les courriels ne sont pas des observations verbales.

Dont acte. (Incidentement, il faut aussi être prudent avec les reproches verbaux car, «*manque gravement à ses obligations, l'employeur qui porte atteinte à l'intégrité physique ou morale de son salarié*». En l'espèce, l'employeur avait traité sa secrétaire de «gourde» et lorsque celle-ci avait voulu savoir pourquoi, il avait jeté son siège dans le couloir. (Cass soc 30 oct. 2007 n° 06-43327).

B Les Utilisations Dévoquées (Les Clauses de Mobilité notamment)

Même si le contrat de travail n'en finit pas d'échapper à son déclin, suivant la belle formule de Monsieur Jeammaud, ses prescriptions restent très actives. Ainsi, la clause de mobilité par laquelle l'employeur se réserve la possibilité de modifier le lieu de travail connaît un franc succès. Elle est actuellement utilisée par certains pour éviter d'avoir à recourir à la procédure, complexe et peu valorisante pour l'entreprise, du licenciement économique.

Le syllogisme juridique utilisé par certains employeurs soucieux de recomposer leurs effectifs en sélectionnant les salariés licenciables est assez efficace:

- les clauses du contrat de travail doivent être exécutées à peine d'indiscipline gravement fautive.
- les inexécutions individuelles délibérées ne confèrent pas une nature économique aux licenciements qui les sanctionnent; ceux-ci restent disciplinaires.
- le refus par un groupe de salariés tenus par des clauses de mobilité de rejoindre une affectation désignée constitue, pour chacun, une faute grave.

Effectivement, le refus par le salarié d'exécuter une clause de mobilité a souvent été analysé comme une violation délibérée de ses obligations, une indiscipline caractérisée (Cass soc 9.07.91, sem Soc Lamy n° 564).

La jurisprudence est parfois sévère puisqu'elle estime que l'employeur peut même faire jouer la clause de mobilité à l'issue d'un congé maternité (Cass soc 7.10.97, n° 95-41.857 "Lorsqu'une clause de mobilité est incluse dans un contrat de travail, le changement d'affectation du salarié ne constitue pas une modification du contrat, mais un simple changement des conditions de travail, et le refus du salarié de rejoindre sa nouvelle affectation constitue en principe une faute grave"). Le salarié qui refuse la mobilité instituée par la clause se voit donc, en principe, privé des indemnités de préavis et licenciement.

La définition des différents types de licenciement est suffisamment peu précise et certaines directions en profitent: "en dépit de leurs différences formelles et en raison du flou qui entoure la définition des motifs légaux de licenciement, les frontières entre ces différentes catégories juridiques s'estompent et le recours à l'une ou l'autre semble, dans certains cas, répondre plus à des stratégies gestionnaires de l'employeur qu'à des causes objectivement différentes" (MT Pignoni, Patrick Zouary, DO, 2003 p 516).

On pourrait ainsi sanctionner la volonté frondeuse de sédentarité de salariés appartenant à des unités importantes qui délocalisent, sans mettre en œuvre un plan social dont la judiciarisation est sources d'aléas.

Ce dévoiement de la procédure de licenciement nous paraît illégal pour les raisons suivantes:

- En premier lieu, on peut soutenir que le licenciement dont s'agit est, en réalité, effectué par l'employeur pour un motif non inhérent à la personne du salarié, résultant le plus souvent d'une transformation ou suppression d'emploi pour les motifs prévus par la loi et la jurisprudence (difficultés économiques, mutations technologiques, sauvegarde de la compétitivité...). C'est donc bien un licenciement économique. Lorsque l'effectif à déplacer (puis licencier) porte sur dix salariés au moins sur 30 jours, le plan de sauvegarde de l'emploi devrait alors être mis en œuvre dans les entreprises employant 50 salariés au moins.

L'utilisation du pouvoir disciplinaire constitue donc bien ici un détournement de pouvoir de la part de l'employeur qui ne devrait pas se situer sur ce terrain, mais sur le registre économique. Il n'y a d'ailleurs pas de raison pour changer de registre suivant qu'il y a ou non une clause de mobilité dans le contrat. (le changement de secteur géographique peut relever, lui, en cas de refus du salarié du droit du licenciement économique). La mobilité enjointe à une collectivité de salariés relève du registre des mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs. On se situe donc bien dans le domaine économique. Le détournement des procédures constitue un manquement à la loyauté que les parties sont réciproquement en droit d'attendre, même à l'occasion de la rupture. (Sur l'obligation de loyauté lors de la rupture Cf A Chirez, Sem. Soc Lamy 8 dé. 1997 p 5). On sait que sur l'employeur aussi pèse "une obligation de fidélité envers les membres de l'entreprise qui joue (...) en cas de réorganisation de celle-ci..." (J Savatier, droit Soc 1993 p 123).

- En second lieu, le juge conserve son pouvoir d'appréciation sur la mise en œuvre de la clause de mobilité. Sur ce point, une jurisprudence bien connue peut secourir le salarié "mobilisé".

Tout d'abord, il a toujours été admis que celle-ci peut être abusive, si elle est dictée par l'intention de nuire, intempestive ou hâtive dans sa mise en œuvre (nouvelle affectation annoncée par télégramme 24 h avant sa prise d'effet par exemple). L'usage de la clause doit être loyale et conforme à l'intérêt de l'entreprise (Cass soc 18.05.1999 n° 96-44.315, Legrand; cf encore récemment Cass soc 2 juillet 2003 n° 1-42.046 D).

Sa mise en application ne doit pas, par ailleurs, constituer une sanction disciplinaire déguisée, ce qui constitue là encore un détournement de procédure. Il est de fausses promotions par mutation qui constituent, on le sait, de vraies placardisations. On peut soutenir que l'utilisation dévoyée consomme le détournement du droit de sa fonction sociale au sens où l'entendait Josserand.

La technique de l'abus de droit qui oblige le salarié à une démarche probatoire difficile (la charge de la preuve de l'abus lui incombe) nous paraît cependant dépassée.

La jurisprudence actuelle confronte en effet le pouvoir de direction par le droit au refus du salarié lorsque la clause porterait une atteinte trop caractérisée à sa situation personnelle, sans utilité légitime véritable pour l'entreprise.

Ainsi, pour que le salarié soit tenu de changer de résidence familiale –ce qui est le cas le plus fréquent lorsqu'on met en œuvre une clause de mobilité-, il faut que ce changement soit "indispensable aux intérêts légitimes de l'entreprise, et proportionné, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché".

C'est le fameux arrêt *Spileers* du 12 janvier 1999 (D 1999, JP 335, Dt Soc 1999, 287) rendu notamment au visa de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui protège le droit au respect du domicile, lequel inclus le libre choix du domicile personnel et familial.

Les normes plus générales de finalité et de proportionnalité posées par l'article L 120-2 rendent le salarié créancier de justifications. Cette solution ne serait qu'une application particulière d'une obligation civile plus générale de motivation chaque fois qu'une partie peut exercer un droit unilatéralement.

Le pouvoir de direction n'est plus discrétionnaire, surtout dans sa branche relative aux personnes. Ainsi, lorsque l'employeur ne s'explique pas, à propos de la mutation d'un conducteur d'engins d'un chantier à un autre, lorsque le chantier sur lequel le salarié était affecté n'était pas terminé, que les autres salariés poursuivaient leur tâche sans changement et que le propre engin du salarié muté était conduit par un autre salarié (CA Toulouse, 4^{ème} Ch Soc 7.02.97, *Dauzals / Gundoli*).

Les civilistes ont "découvert" récemment le principe de cohérence dans le droit du contrat. Le droit du travail est, quant à lui, depuis longtemps amené à utiliser ce concept sans le dire (on songe à l'utilisation fréquente du standard voisin de "raisonnable").

La mise en œuvre de la clause de mobilité ne doit plus seulement se faire de façon non abusive, mais, nous semble-t-il, cohérente. Cette exigence implique, au fond, que le maniement de la clause se fasse dans l'intérêt de l'entreprise, mais aussi sans contredire d'autres sources du droit, plus favorables au salarié, ou non modifiable sans son accord.

Ainsi, une salariée a pu valablement s'opposer à un changement d'affectation lui faisant perdre le bénéfice de la convention collective de son entreprise d'origine parce que la mention de cette convention collective figurait dans une disposition expresse de son contrat (Cass soc 2.12.98, Dt soc 1999 p. 305). Il ne semble pas y avoir lieu ici de faire la distinction (comme pour le lieu de travail) entre les mentions strictement informatives et les dispositions qui engagent, puisque la mention de la convention collective qui figure seulement sur le bulletin de salaire peut être revendiquée par le salariée.

Plus récemment, la Cour de cassation, à l'occasion d'un transfert de contrat comportant une clause de mobilité, a dit la qualification de faute grave injustifiée, à propos d'une salariée qui avait d'abord accepté puis refusé sa nouvelle affectation, la Cour d'appel n'ayant pas recherché si les modifications apportées par le nouvel employeur n'affectaient pas également la durée du travail et la répartition hebdomadaire en vigueur avant le changement d'employeur (Cass soc 5.11.2003, JSL n° 137, 9.01.2004).

On peut également rattacher à cette exigence de cohérence le principe selon lequel pour être applicable, la clause de mobilité ne doit pas être sujette à interprétation. Le juge pourra être amené, le cas échéant, à vérifier si les parties se sont accordées sur l'étendue de la clause. Il a été ainsi jugé que ne constituait pas une clause valable de mobilité la clause prévoyant que le lieu d'exécution du contrat situé dans une ville précise pourra s'accomplir en France, voire à l'étranger.

Cette clause ne permet pas à l'employeur de muter le salarié sans que cette modification puisse être considérée comme touchant un élément essentiel du contrat. De même, faute par les parties d'avoir convenu dans une telle clause les limites dans lesquelles devaient s'organiser les modalités de changement de lieu de travail, le salarié n'était pas tenu (Cass soc 13.12.2000).

C'est aussi au nom de cette exigence de cohérence que le salarié peut refuser la mobilité qui n'est pas assortie des moyens permettant d'exécuter cette obligation. Il y a un manquement à ce principe de cohérence dans un tel comportement contradictoire de l'employeur.

Ce devoir de cohérence mis en œuvre par le juge ces dernières années vaut aussi pour le choix des procédures de licenciement. Le contrat de travail doit être exécuté –on pourrait ajouter, et rompu- de bonne foi, aux termes du nouvel article L 120-4.

L'utilisation dévoyée des clauses de mobilité contredit cette exigence élémentaire et s'inscrit dans la dérive émergente de l'évitement des plans sociaux par les licenciements personnels "moins visibles que les licenciements économiques (...) ils préserveraient l'image de l'entreprise et seraient "indolores" pour le corps social. Ils permettraient de procéder à des licenciements plus sélectifs"

(Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel, Dares, Premières synthèses, article précité, Dt Ouvrier 2003 p 511 et svtes et spec p 512).

La mise en œuvre de la clause de mobilité pour éviter le plan social ne repose pas sur le "motif objectif" sur lequel doit reposer la mutation (Cass soc 23.01.2002 n° 99-44.845).

Le droit du licenciement connaît bien la sanction (symbolique) du non respect des procédures.

Si l'on veut enrayer la montée des faux licenciements personnels, il faut appréhender le détournement des procédures par la sanction appropriée du licenciement sans cause réelle ni sérieuse, non seulement parce que le motif personnel invoqué est faux mais aussi comme une violation de garanties de fonds (comme dans les procédures conventionnelles non respectées); l'employeur, en court-circuitant la procédure de licenciement économique, prive bien le salarié ou une collectivité de salariés, de garanties de ce type.

L'utilisation frauduleuse des clauses de mobilité est toutefois le fait d'un employeur soucieux de respecter les apparences par un minimum de forme procédurale. Le déménagement de l'entreprise, sans préavis ni consultation, nous entraîne dans un autre monde...

Il reste que l'usage de la clause de mobilité géographique à des fins disciplinaires est parfois tentant pour certains DRH.

On dira cependant que la Cour de Cassation, dans un arrêt qui n'a pas eu beaucoup de publicité, en date du 16 décembre 2005, a dit que: «la Cour d'appel qui a retenu qu'il résultait de la lettre de licenciement que sous le couvert de la mise en œuvre de la clause de mobilité prévue au contrat de travail de la salariée, la décision de l'employeur qui alléguait l'échec de l'intéressée dans les fonctions auxquelles elle avait été promue quelques mois auparavant, devait s'analyser comme une rétrogradation, a pu décider dès lors, que la salariée était en droit de refuser une telle proposition».

Je pense que l'on peut aller plus loin et soutenir, -c'est une proposition que je formule à titre de principe général- que tout détournement de procédure est une faute de l'employeur qui rend la sanction inopérante.

Jean Mouly estime lui aussi que «l'utilisation de la clause de mobilité, dans un but disciplinaire, constitue un détournement de pouvoir car, cette clause est faite pour faciliter l'exercice du pouvoir de direction et non pas du pouvoir disciplinaire». Quoiqu'il en soit, on mesurera la distance parcourue entre l'arrêt du 16 décembre 2005 que nous venons d'évoquer, et l'arrêt rendu par la chambre sociale le 11 juillet 2001 qui énonçait textuellement ce qui suit: «attendu cependant que la mise en œuvre d'une clause de mobilité n'entraîne pas de modification du contrat de travail; que même si le déplacement du salarié a le caractère d'une mesure disciplinaire, il ne constitue pas un abus dès lors que l'employeur peut invoquer une faute du salarié».

C Les Qualifications Volontairement Fausses: La Construction Transactionnelle de la Faute Grave

Le maquillage de salaire ou accessoires de salaire, comme le préavis, en dommages et intérêts, est intéressant, tant pour l'employeur qui ne paie pas de charges sociales sur ces indemnités, que pour le salarié qui ne paie pas d'impôts sur les sommes à caractère indemnitaire.

Il n'est pas rare que les parties désireuses de se séparer le fasse sur la base d'une faute grave figurant dans la lettre de licenciement, c'est à dire d'une faute du 3^{ème} degré dans l'échelle, rendant en principe impossible la poursuite de la relation de travail, même pendant la durée limitée du préavis, alors que la réalité est beaucoup plus bénigne, celle d'une insuffisance professionnelle ou d'une mésentente par exemple.

On l'a vu, la disqualification peut entraîner le licenciement sans cause réelle ni sérieuse (cf essentiellement à propos de l'insuffisance professionnelle. Ainsi, la Cour de Cassation, après avoir énoncé que le licenciement pour faute grave a nécessairement un caractère disciplinaire et que l'insuffisance professionnelle ne présente pas un caractère fautif, a censuré la Cour d'appel qui, après avoir écarté la faute grave, avait retenu que le reproche de l'insuffisance professionnelle invoquée à l'égard d'un salarié était établie et justifiait son licenciement pour une cause réelle et sérieuse, sans avoir caractérisé aucune faute à la charge du salarié (Cass soc 9 mai 2000, Bull civ V n° 170).

En réalité, depuis l'arrêt de la chambre sociale du 6 avril 1999, (n° 96-43.467), le juge peut restituer aux faits énoncés dans la lettre de licenciement, leur véritable qualification. Si la lettre de licenciement se fonde sur la mésentente ou l'insuffisance professionnelle pour valider la faute grave, le risque de requalification existe.

On sait que l'existence d'une transaction est conditionnée par la présence de concessions réciproques et dans son dernier état, la jurisprudence exige qu'il y ait un aléa sur le différend qui oppose les parties. Si l'issue de ce différend ne fait aucun doute, il n'y a pas d'aléa et celui qui renonce à son action peut l'avoir fait sans cause (Cass soc 24 mai 2006, Bull civ V n° 189, confirmé encore récemment par Cass soc 15 nov 2007 n° 06-42.991D).

La faute grave constitue une qualification assez objective puisque c'est la seule faute que contrôle la Cour de Cassation. Si la faute grave est invalidée, on peut se poser la question de savoir si la transaction ne peut pas être elle-même annulée sur le fondement d'une fausse cause, avec toutes les conséquences que cela entraîne... En tout cas, certains conseils des prud'hommes, saisis d'une demande d'homologation d'une transaction devant le bureau de conciliation, n'homologuent pas systématiquement m'a-t-on fait observer.

III LES VOIES SANS ISSUE

A L'enveloppe Vide et la Transaction Nulle

L'arrêt du 24 janvier 2007 (Daloz 2007 n° 32 p. 2268) statue précisément, à propos de la validité d'une transaction en liaison avec la notification du licenciement.

On sait que la jurisprudence exige à présent qu'avant de conclure la transaction, le salarié ait eu connaissance effective du motif du licenciement (Cass soc 14 juin 2006, Daloz 2006 IR 1771).

La validité de la transaction est donc tout à fait logiquement, soumise à une signature postérieure à la réception par le salarié de la lettre de licenciement (en dernier lieu, Cass soc 24 janv. 2007 n° 05-42.333). Cette solution vise à garantir l'utilisation de la transaction, non comme mode de rupture du contrat de travail, mais comme règlement amiable des conséquences conflictuelles d'une rupture déjà intervenue et définitive.

Pour appliquer ces principes, il n'est pas rare, en pratique, que l'initiateur de la rupture envoie une enveloppe avec une page blanche sous pli recommandé pour authentifier la lettre de réception. Lors de l'entretien avec le salarié, il lui remet en main propre une lettre de licenciement antidatée et lui fait signer la transaction.

Dans l'espèce jugée par la Cour de Cassation, le salarié a fait constater par l'huissier l'envoi de la page vierge lors de la réception à la poste. Le salarié agit en justice et la Cour de Cassation a jugé que la notification du licenciement ne pouvait résulter que de l'envoi d'une lettre RAR, cette notification s'entendant «d'un faire savoir dans les formes légales, sans palliatif possible». Autrement dit, l'envoi d'une feuille blanche est traité comme un licenciement verbal qui est sanctionné par un licenciement sans cause réelle ni sérieuse en raison de l'absence de motivation.

On voit à quel point la confiance qu'on a éliminée des motifs de licenciement reste néanmoins une constante du droit de la négociation! Il faut vraiment avoir confiance dans le salarié ou son conseil pour jouer à ce genre de jeu! Sur cette question, cf Le Monde Economie du 25 sept 2007 s'agissant de l'employé de la société Decathlon. On peut rappeler les faits. En 2000, la société Decathlon décide de licencier pour faute avec transaction l'un de ses employés en utilisant la technique de la feuille blanche, mais sans le préciser à l'intéressé qui est cependant alerté par des fuites. Le salarié fait ouvrir l'enveloppe en présence d'un huissier et signe ultérieurement la transaction qui prévoit d'ailleurs une indemnité transactionnelle dérisoire (1500 €). Le Conseil de Prud'hommes en 2001, puis la Cour d'appel en 2005, maintiennent le licenciement à la condition que l'employeur apporte la preuve des griefs invoqués dans la lettre de rupture, mais annule la transaction, condamnant ainsi l'employeur à rembourser la somme. La Cour de Cassation, dans sa décision du 24 janvier 2007 a donné raison au salarié en rappelant que «ne constitue pas la notification d'un licenciement l'envoi d'une feuille blanche et qu'il ne peut être suppléé par la remise en main propre d'une lettre».

On peut, ici encore, aller plus loin. Dans quelle mesure, l'organisation de cette mascarade, ajoutée à la demande d'homologation devant un juge conciliateur pour obtenir une ordonnance, ne s'apparente pas à une forme d'escroquerie ou jugement?

On peut certainement répondre par la négative car le procès, même prud'homal, reste encore un peu, en droit privé, la «chose» des parties. Mais, on est vraiment ici, «à la limite»...

Tout ceci plaide, en tout cas, pour l'émergence d'une nouvelle exigence: des formes plus adaptées à la rupture consensuelle et certainement une prise en charge des Assedic pour une rupture de cette nature, et non pas seulement consécutivement à un licenciement

B L'invocation d'un Motif Illicite dans la Lettre de Licenciement

On sait l'importance de la rédaction de la lettre de licenciement. C'est le fonds de commerce de nombreux cabinets que le contentieux de la rédaction. Il ne s'agit pas d'évoquer ce point bien connu ici, mais en revanche, d'attirer l'attention sur un arrêt récent (Cass soc 26 sept 2007, n° 06-40039, Revue de Droit du travail, nov 2007 p. 652) sur la réintégration qui implique nécessairement la nullité du licenciement.

On sait que par le passé, la réintégration était une sanction mal aimée du droit du licenciement. Les choses ont évolué.

La réintégration est aujourd'hui la conséquence nécessaire de la nullité. L'arrêt rendu est important car, même si ce n'est pas expressément affirmé, le seul fait d'invoquer un motif licite dans la lettre de licenciement suffit à entraîner la nullité de celui-ci. Déjà, il est communément admis que «*toute violation des libertés et droits fondamentaux appelle à la nullité réintégration*» (Mazeaud, *Droit du travail* (Montchrétien, 5^{ème} éd, 2006) 392).

Il s'agissait en l'espèce d'un licenciement d'un directeur de CAT qui avait témoigné de mauvais traitements à une personne accueillie dans l'établissement. Le texte de l'article L 313-24 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que l'employeur ne peut prendre ce fait en considération pour licencier et le texte dit: «le juge peut ordonner la réintégration».

Or, la décision a effectivement été celle de réintégrer et la Cour de Cassation a dit que cette décision impliquait la nullité et a condamné l'employeur au versement d'une indemnité égale à la rémunération qu'aurait perçu le salarié jusqu'à la date de sa renonciation à la réintégration.

Il faut donc être particulièrement vigilant et savoir que, jusqu'à présent, la nullité entraînait la réintégration, mais qu'à présent, la réintégration implique nécessairement la nullité, avec toutes les conséquences que cela comporte.

C Les Démissions

1 La démission sans réserve

Dans trois arrêts importants du 9 mai 2007, la Cour de Cassation a clarifié sa position à propos de la prise d'acte.

La démission qui intervient sans réserve, alors qu'aucun litige n'oppose l'employeur au salarié, ne peut s'analyser en une prise d'acte de la rupture. Dans chacune des affaires tranchées par la Cour de Cassation, les salariés avaient présenté leur démission à leur employeur respectif puis saisi la juridiction prud'homale d'une demande en requalification de leur démission en licenciement sans cause réelle ni sérieuse en raison d'un non paiement d'heures supplémentaires. Les lettres de démission ne faisaient état d'aucun grief précis. Chacun des salariés avait obtenu gain de cause en appel, les juges du fond estimant que le non paiement des heures supplémentaires constitue de la part de l'employeur un manquement à ses obligations, de nature à mettre à sa charge la responsabilité de la rupture.

Dans les trois arrêts rendus par la Cour de Cassation, la motivation strictement la même est la suivante:

«attendu que la démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail; que lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de fait ou manquement imputable à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission à la date à laquelle elle a été donnée, que celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle ni sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, ou dans le cas contraire, d'une démission».

Autrement dit, on redéfinit la démission par rapport à la prise d'acte. La démission supposant une manifestation de volonté claire et non équivoque, elle ne peut s'analyser en prise d'acte que s'il apparaît que la volonté de démissionner était affectée d'équivoque, mais la démission n'est pas équivoque lorsqu'elle intervient sans réserve aucune, et en particulier qu'aucune lettre de réclamation ne l'a précédée.

2 La résiliation refusée par le juge et requalifiée en démission par la Cour d'appel: position de la Cour de Cassation

Ici encore, il faut se méfier des idées toutes faites.

Par son arrêt rendu le 26 septembre 2007, au sujet des effets de la demande de résiliation judiciaire formulée par le salarié, la Cour de cassation réaffirme le principe de faveur qui protège le salarié en droit du travail.

La cour casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de GRENOBLE pour avoir prononcé la résiliation judiciaire du contrat aux torts du salarié et pour lui avoir fait produire les effets d'une démission, à l'image des effets de la prise d'acte de la rupture.

La cour casse mais substitue aux motifs de la Cour d'appel, ceux qu'elle estime applicable en l'espèce: la Cour d'appel n'aurait pas dû prononcer la résiliation judiciaire du contrat. La Haute juridiction considère que le salarié *ne peut qu'être débouté de sa demande de résiliation judiciaire*.

Il me semble que lorsque la cour énonce: «Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a prononcé la résiliation du contrat de travail de M. X... et dit qu'elle produira les effets d'une démission, l'arrêt rendu le 19 octobre 2005...», elle conteste tant le prononcé de la résiliation judiciaire que la détermination de ses effets.

Ainsi, contrairement à la situation de l'employeur, dont la demande de résiliation judiciaire sera considérée comme un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass soc 5 juillet 2005; Cass soc 3 novembre 2005; Cass soc 29 juin 2005), celle du salarié est bien plus enviable puisque s'il est débouté de sa demande de résiliation judiciaire, son contrat de travail n'en supporte aucune conséquence.

Cette position adoptée par la cour de cassation n'est qu'une confirmation d'une décision déjà rendue dans ce sens le 19 octobre 2004.

1. L'employeur, quand il veut rompre, a non seulement le droit, mais aussi l'obligation, de résilier unilatéralement le contrat de travail par le licenciement. La demande de résiliation judiciaire s'analyse, pour sa part, en licenciement sans cause réelle et sérieuse.
2. Le salarié a le droit de rompre unilatéralement le contrat de travail par la démission: seule sa démission claire et non équivoque peut lui imputer la rupture. La demande de résiliation judiciaire infondée est simplement rejetée, sans autre conséquence.

D La Rupture sans Motif du CNE

On connaît les errements du CNE qualifié par certains auteurs, non pas de contrat nouvelle embauche mais de contrat nouvelles embûches.

Le Conseil d'Etat a jugé l'ordonnance créant le CNE valable au regard de la convention 158 de l'OIT qui autorise l'absence de motif et de procédure de licenciement pendant une période devant être d'une durée raisonnable (Conseil d'Etat 19 oct 2005 n° 383471, 284421, 284473, 284654 et 285374). Le 28 avril 2006, le Conseil de Prud'hommes de Longjumeau a cependant déclaré un CNE contraire à cette convention. La compétence de la Cour d'appel de Paris saisie du contentieux, a été contestée sur le fondement de la nature d'acte administratif réglementaire de l'ordonnance créant le CNE.

Cependant, le tribunal des conflits, saisi par le Garde des Sceaux, a jugé que le juge judiciaire, et non pas administratif était compétent (Tribunal des conflits, 19 mars 2007 n° 3622). La Cour d'appel

de Paris a, dès lors qu'elle pouvait statuer, confirmé sur le principe la décision rendue par le Conseil de Prud'hommes de Longjumeau. Elle a requalifié le CNE en contrat de travail à durée indéterminée de droit commun et a condamné l'employeur à 20 000 € de dommages et intérêts pour licenciement abusif. La Cour d'appel considère que pendant deux ans, le CNE prive le salarié de l'essentiel de ses droits, le plaçant dans une situation qui lui impose de prouver l'abus de la rupture de son contrat comparable à celle qui existait avant la loi du 13 juillet 1973. Cette régression prive selon la Cour les salariés des garanties d'exercice de leur droit au travail.

En conséquence, la Cour d'appel a estimé que le délai de deux ans pendant lesquels l'employeur n'a pas à motiver la rupture, ni à respecter de procédure, n'était pas un délai raisonnable au regard de la convention 158 de l'OIT. La Cour d'appel de Bordeaux a d'ailleurs, de son côté, jugé la même chose (Cour d'appel de Bordeaux, 18 juin 2007, n° 06-04.806).

La question de la validité du CNE va donc échoir à la Cour de Cassation. On conviendra qu'en attendant que la Cour de Cassation ait statué, la prudence est requise. On peut d'ailleurs penser que la messe est dite dans la mesure où, dans son rapport du 6 novembre 2007, l'OIT a estimé, en ce qui concerne la conformité du contrat nouvelle embauche qu'il ne peut être valablement rompu «en l'absence d'un motif valable».

Le comité chargé d'examiner la réclamation déposée par la CGT-FO le 25 août 2005, invite le gouvernement, en consultation avec les partenaires sociaux, à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir que les exclusions de la protection prévue par la législation mettant en œuvre la convention n° 158, soient pleinement conformes à ces dispositions, en assurant que conformément à cette convention, ce contrat ne puisse en aucun cas être rompu en l'absence d'un motif valable.

Il n'est pas sans intérêt de terminer sur cette question de raisonnable. En dernière analyse, ces standards, le principe de cohérence, le principe de faveur, ou la bonne foi, sont des concepts qui laissent une certaine latitude au juge et en définitive, ce recours au juge, toujours possible, constitue certainement un des mécanismes d'alerte qui évitent les dérapages.

A propos de la bonne foi, on doit rappeler l'arrêt récent du 24 janvier 2007, Negri c/ Omnium de gestion, qui, à propos d'une mutation refusée à une salariée après congé parental, invitait l'employeur «à expliquer les raisons objectives qui s'opposaient à ce que l'un des postes disponibles dans la région d'Avignon soit proposé à la salariée, contrainte de changer de domicile pour des raisons familiales sérieuses». La raison impose qu'on explique de telles décisions.

Le concept de raisonnable est de plus en plus utilisé en droit du travail comme en témoigne le récent arrêt du 13 juin 2007 rendu par la Cour de Cassation à propos de la clause de non concurrence. La Haute juridiction précise que «en l'absence de fixation par le contrat de travail ou la convention collective des modalités de renonciation au bénéfice de la clause de non concurrence, l'employeur doit notifier dans un délai raisonnable, qu'il renonce à l'application de cette clause», ou encore l'exigence du délai raisonnable posé par la Cour Européenne des droits de l'Homme (cf 9 janv. 2007).

Les travailistes connaissent aussi, on le sait, le délai de prévenance raisonnable dans la dénonciation des usages.

Il n'est, ni raisonnable, ni cohérent, de détourner la force obligatoire du contrat pour «faire du disciplinaire» ou de confondre à plaisir les genres: ce qui est unilatéral comme les usages ou le règlement intérieur sont du domaine du pouvoir de direction, ce qui est du domaine du contrat est bilatéral et requiert le consensus.

La raison et la bonne foi constituent ainsi les guides permettant, autant que faire se peut, si on les suit et écoute, d'éviter les écueils des ruptures dangereuses.

IV JURISPRUDENCE

A Cour d'Appel de Papeete, Chambre sociale; Plusieurs arrêts du 19 octobre 2006 rendus dans la cause opposant la Polynésie Française à différents salariés; Arrêt Bambridge c/ CPS et Polynésie Française du 5 avril 2007.

Les contrats dits de cabinet auront décidément fait couler beaucoup d'encre juridique en Polynésie Française¹.

Plusieurs décisions ont été rendues par la chambre sociale de la Cour d'Appel de Papeete à propos de la qualification de la rupture de ce type de convention.

En substance, la Polynésie Française, qualifiait de cas de force majeure, la fin des fonctions du Président ou du Ministre auquel était lié le membre du cabinet, tandis que le salarié y voyait précisément, quant à lui, un licenciement.

La chambre sociale de la Cour d'Appel retient, le plus souvent, dans la rupture intervenue, l'initiative de l'employeur. Il l'analyse en un licenciement en rejetant deux arguments:

1. En premier lieu, dit-elle, il n'y a pas force majeure dans la cessation d'un mandat politique.

En effet, reprenant l'expression des premiers juges, la Cour d'Appel, dans sa série de décisions retient que «*elle n'est pas imprévisible puisque dans une démocratie, tout gouvernement est, par essence, éphémère*».

Elle n'est pas non plus irrésistible ni extérieure à l'employeur, poursuit la Cour, puisqu'elle peut provenir d'une démission ou être la résultante des actions du gouvernement.

On ne peut que souscrire au deuxième volet de ce premier argument relatif à l'irrésistibilité; en revanche, il nous paraît que, pour intéressante que soit l'allusion à l'essence éphémère d'un gouvernement démocratique, celle-ci n'était pas véritablement nécessaire. Non pas que les

1 Voir A Chirez et A Moyrand "Etrange nature des contrats dits de cabinets: Commentaire de l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de Cassation du 23 février 2005" (2007) 13 RJP 103. Chronique de jurisprudence sociale.

démocraties se caractérisent par la stabilité, mais bien plutôt en considération des caractères requis pour la force majeure.

En effet, la condition de l'imprévisibilité semble de plus en plus superfétatoire dans le domaine de la force majeure, aussi bien en droit du travail qu'en droit civil.

Suivant la jurisprudence sociale «la force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie de ses obligations nées de la rupture du contrat de travail, s'entend de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat de travail». (Cass soc 12 fév 2003 n° 01-40916, Bull civ V n° 50). Il s'agissait en l'espèce d'un cyclone qui avait détruit 70 % de l'exploitation. Les techniques météo permettent de prévoir parfois, à court terme, ce genre d'événement climatique et, effectivement, la force majeure a été retenue. (cf dans le même sens, Cass soc 31 mai 2005 n° 03-43288; Cass soc 11 juil 2006 n° 04-45265).

La Cour d'Appel, suivant en cela le juge des référés, avait, préalablement à cette discussion, rejeté l'argument contractuel, décidant non écrite une clause du contrat prévoyant que la fin des fonctions du Président ou du Ministre «constituait un cas de force majeure, entraînant la rupture immédiate du contrat, sans préavis ni indemnité, autre que celle de congés payés». En effet, selon le juge des référés, le contrat de travail ne pouvait, à l'évidence, déroger aux dispositions légales (loi du 17 juillet 1986) prévoyant une procédure de licenciement ni aux délibérations prises pour son application.

C'est une évidence travailliste, ainsi qu'une conséquence immédiate de l'ordre public qui caractérise la matière.

Il est certain que, même si la liberté de stipulation est grande, on ne peut pas tout faire au moyen de clauses contractuelles.

D'une part, on ne peut pas aller à l'encontre de textes d'ordre public puisque protecteurs. L'ordre public en droit du travail est d'abord un ordre public de protection.

D'autre part, on ne peut surtout pas priver le juge de son pouvoir d'appréciation en décidant que telle circonstance doit être analysée comme un cas de force majeure ou une faute grave. On ne peut pas davantage faire échapper un salarié au statut qui est nécessairement le sien, comme l'a jugé à plusieurs reprises la Cour de Cassation.

La volonté n'est pas toute puissante. S'il est contractuellement possible d'atténuer ou de supprimer le caractère libératoire de la force majeure, par exemple, au moyen d'une clause qui accorde un préavis ou une indemnité de licenciement à un salarié en cas de rupture «pour quelque cause que ce soit» (Cass soc 27 mai 1962, Bull Civ V n° 469), on ne peut, en revanche, décider contractuellement de l'existence d'une situation, qu'il s'agisse de force majeure ou d'un autre événement comme le point de départ d'un contrat de travail, par exemple.

Le droit du contrat de travail s'est par ailleurs, soumis, ces dernières années, au contrôle du juge à la demande du législateur lui-même (Art L 120-2). Les décisions qui ont ainsi décidé l'absence de force majeure et analysé la rupture comme un licenciement méritent donc d'être approuvées.

2. On peut être plus réservé, en second lieu, sur la décision rendue par la même juridiction dans l'affaire Bambridge le 5 avril 2007.

Dans ce litige, la Cour d'Appel retient que Maïana Bambridge qui exerçait sur le fondement d'un acte sous seing privé du 24 octobre 1997 les fonctions de directrice de la CPS, s'est vue privée de travail du fait d'un arrêté du 29 juillet 2004, et a ainsi été licenciée. Dans la même décision, la Cour estime que «l'arrêté du Conseil des ministres mettant fin à ses fonctions pour des raisons liées à l'intérêt du service, est extérieur à l'employeur et que celui-ci n'aurait pu l'éviter». Pour la Cour d'appel de Papeete, le jugement attaqué doit être confirmé en ce qu'il a dit que «les conditions requises pour constituer un cas de force majeure sont réunies».

Une telle décision rend l'analyste perplexe. En effet, ou il y a licenciement, ou il y a rupture pour cas de force majeure, mais certainement pas licenciement pour force majeure.

On peut tout d'abord douter de l'existence de la force majeure constituée par la décision du Conseil des ministres, laquelle en cas de changement de gouvernement n'est pas plus imprévisible pour les postes à discrétion que pour des collaborateurs de cabinet qui occupent des postes moins sensibles. Sauf à admettre un droit à différentes vitesses, -un droit de classe aurait dit les marxistes- en raison des fonctions occupées.

On peut ensuite contester la qualification de la rupture elle-même. Le licenciement implique en effet un acte de volonté, la force majeure entraînant, quant à elle, bien plutôt une prise d'acte.

Dans cette dernière hypothèse, la volonté de l'employeur se borne à constater l'existence d'un fait extérieur et irrésistible qui l'empêche d'accomplir son obligation de fournir du travail au salarié. Et le mécanisme de la rupture repose sur cet état de fait dans lequel la volonté est passive car impuissante.

Au fond, la rupture pour cas de force majeure ressemblerait plus à un fait qu'à un acte juridique. Or, le licenciement est l'acte juridique unilatéral par excellence.

Cette analyse n'empêche certes pas que ce soit l'employeur qui prenne l'initiative de la rupture et donc que la procédure doive être respectée (Cass soc 5 avril 2006, n° pourvoi 04-46439), même si l'on utilise, dans les textes ou la jurisprudence, le vocable de procédure de licenciement.

B Arrêt du 2 novembre 2006 – Cour d'Appel de Papeete – chambre sociale

Affaire SARL D'Architecture IIIHI / PAOLI

L'arrêt ci-dessus rapporté statue sur l'intéressante question de la contrepartie pécuniaire de la clause de non concurrence en Polynésie Française.

«En raison de la législation de la Polynésie Française, le jugement attaqué doit être infirmé en ce qu'il a jugé nulle la clause de non concurrence en l'absence de contrepartie financière», décide la chambre sociale dans cette décision du 2 novembre 2006.

Le raisonnement des conseillers repose essentiellement sur l'absence de mention relative à la contrepartie pécuniaire dans la délibération du 16 janvier 1991 modifiée par la délibération 2002-148 APF du 7 novembre 2002, «bien qu'elle soit intervenue après le revirement de jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de Cassation qui, par arrêt du 10 juillet 2002 a imposé une telle contrepartie financière».

Pour intéressante que soit la thèse de la volonté délibérée du législateur d'exclure toute contrepartie en raison de la date de délibération (7 nov. 2002), postérieure au revirement de la jurisprudence de la chambre sociale (10 juil. 2002) et silencieuse sur la question, l'argumentation n'est pas convaincante.

Elle se fonde notamment sur une très grande réactivité du législateur polynésien, censé avoir intégré toute la jurisprudence sociale dès le prononcé des décisions qui la constituent.

C'est un bel exemple de fiction juridique.

Ensuite, les raisons qui militent en faveur d'une solution plus équitable pour le salarié sont solides.

La Cour d'Appel de Papeete, chambre sociale, avait d'ailleurs rendu une décision en sens inverse le 30 septembre 2004.

On doit tout d'abord faire observer que la condition de contrepartie pécuniaire ne résulte d'aucun texte législatif et décider qu'elle est exigible et constitue une condition de validité de la clause ne se heurte donc pas aux principes de spécialité législative applicables en Polynésie Française².

Ensuite, les règles habituelles d'interprétation plaident davantage pour l'exigibilité de cette contrepartie.

En effet, lorsqu'un texte local de droit du travail est ambigu ou lacunaire, l'interprétation se fait ordinairement avec une logique unificatrice lorsqu'aucun principe supérieur ne s'y oppose.

Le vœu qui a longtemps prévalu, conformément au rapport du Président de la République précédent l'adoption de l'ordonnance du 24 juin 1998 portant modernisation du droit du travail,

2 Sur la question de la spécialité législative, voir Y Brard "Autonomie interne et source du droit en Polynésie française" AJDA septembre 1992, 553; du même auteur *Nouvelle Calédonie et Polynésie française: "Les lois du pays": De la spécialité législative au partage du pouvoir législatif* Les Petites Affiches 6 juin 2001, 112, p1-2 et RJP, *Contemporary Challenges in the Pacific: Towards a New Consensus*, Vol.1 2001, S Levine, A Powles and Y-L Sage (eds) 49.

n'était-il pas de «réduire l'écart entre les règles fondamentales du droit du travail applicables dans les départements français et celles en vigueur en Polynésie Française?»³.

Et puis, le silence de la délibération du 7 novembre 2002 ne lie pas le juge polynésien plus qu'il n'a lié le juge métropolitain. Le silence ou l'obscurité de la loi est précisément le domaine de prédilection du juge qui doit, dans ce cas, obligatoirement statuer.

Le silence de la délibération n'est pas un silence éloquent.

A défaut de précision sur la contrepartie pécuniaire dans la délibération, le juge du travail a les coudées franches car rien dans l'essence du droit du travail polynésien ou ses principes ne vient heurter l'exigence posée d'une nécessaire indemnisation.

Comme nous l'avions déjà fait observer, même si le droit du travail polynésien est un droit de compromis ayant vocation à régir des relations de travail dans de très petites entreprises (S Drollet, op cit p 519 n° 1095) et qu'il apparaît même, de ci de là, moins favorable aux salariés, voire globalement plus libéral que le droit métropolitain, il serait absurde de tirer des directives d'interprétation à partir de données aussi contingentes.

L'ordre public social est fait, en Polynésie Française comme en Métropole, d'un savant dosage de pouvoir de direction et d'un principe de protection du salarié.

L'idée de progrès social constitue une ligne de force qui traverse et irrigue le droit du travail polynésien et inspire ses interprètes.

La solution retenue par la chambre sociale de la Cour d'Appel de Papeete dans cette décision du 2 novembre 2006 heurte l'idée de justice commutative, prônée déjà par Esmein en 1934 qui est «de faire de l'existence d'une contrepartie, une condition de validité de l'engagement».

Il peut aussi être soutenu, sur le fondement civiliste de la cause, que l'obligation de non concurrence sans contrepartie est inefficace, même si pour certains (J. Mestre, RTD Civ 1997 p. 419), c'est l'ensemble des obligations que souscrit l'employeur dans le contrat de travail qui sert de cause à l'engagement du salarié.

La solution retenue par la même Cour d'Appel de Papeete le 30 septembre 2004 paraissait plus équitable.

3 En cela, l'ordonnance du 24 juin 1998 répond aux objectifs de sécurité juridique, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi qui devaient être posés par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999. Sur les conséquences de l'introduction de ces principes dans le droit applicable en Polynésie française et notamment sur le principe de spécialité législative, voir Y-L Sage, la méthode de codification à droit constant: Sa mise en œuvre dans l'élaboration du nouveau code de commerce et ses conséquences sur le droit applicable en Polynésie française RJP vol 8, 153 et s.

Certes, la Cour de Cassation peut bien régulièrement rappeler que «l'équité n'est pas une source de droit» (Cass soc 14 déc 1996, Bull Civ V n° 421) personne ne doute sérieusement que l'équité, ce puissant moteur de justice, inspire le droit sans le dire.

Or, on peut soutenir qu'il est inéquitable qu'un salarié (qui a, par ailleurs, constitutionnellement le devoir de travailler) puisse se voir interdire toute activité dans sa spécialité pendant un an sans contrepartie, sauf à s'exiler.

Enfin, comme nous l'avons souligné dans notre commentaire de l'arrêt précité de la chambre sociale du 30 septembre 2004, «le salarié acquiert de nos jours une titularité sur l'emploi lui conférant des prérogatives proches de celles d'un propriétaire» (en ce sens, Xavier Lagarde, Aspects Civilistes des relations individuelles de travail, Revue Trimestrielle de droit civil 2002 p. 435). Certes, il ne s'agit que d'une tendance, mais qui mérite d'être prise en considération.

Dans ce contexte, la valorisation pécuniaire de la clause de non concurrence trouve sa place, de même qu'elle répond à la cohérence des principes d'équilibre mis en place ces dernières années dans le droit de la relation individuelle de travail.

La contrepartie pécuniaire de la clause de non concurrence est, en particulier, conforme à ce principe de proportionnalité si souvent mis en œuvre ces dernières années.

Ce n'est pas l'un des moindres mérites de la décision commentée, en tout cas, que de permettre la discussion autour de questions aussi fondamentales du droit du travail.

C Arrêt du 7 septembre 2006 – Cour d'Appel de Papeete – chambre sociale

Affaire JABAL / SARL WAN AIR

La décision du 7 septembre 2006 rendue par la Chambre sociale de la Cour d'Appel de Papeete est intéressante car elle traduit bien la subsistance incompressible de certains motifs subjectifs de licenciement, par delà l'objectivation du droit de la rupture individuelle.

En substituant la notion de cause à celle de faute, le législateur avait amené une partie de la doctrine à dire que les motifs subjectifs ou passe-partout devaient disparaître (Lyon-Caen et Bonetête, *Droit social*, 1973, p 473 et svtes, spéc p 497).

Effectivement, le plus visible d'entre les motifs subjectifs, la perte de confiance, a commencé à disparaître du paysage judiciaire social avec un arrêt de principe du 29 novembre 1990 décidant «qu'un licenciement pour une cause inhérente à la personne doit être fondé sur des éléments objectifs. La perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas, en soi, un motif de licenciement».

Le désaccord avec la politique de l'entreprise – bouteille à l'encre de nombreuses transactions – et la mécontente sont restées longtemps à l'écart de ce mouvement général d'émancipation de la cause s'éloignant de la théorie des humeurs vers une causalité plus objective.

Le désaccord d'un cadre avec sa direction, notamment quant aux grandes options de l'entreprise, s'il est profond, peut mettre en péril les intérêts de l'entreprise et légitimer lui aussi le licenciement (Cass soc 16 Janv 1992; Cass soc 6 nov 1984, Bull civ V, p 306 n° 410). Il faut cependant que ce désaccord porte sur des éléments essentiels de la relation de travail (par exemple sur des points essentiels du plan d'action commerciale: Cass soc 14 juin 1989, RJS 10.89 n° 743, ou encore sur les méthodes de gestion: Cf la jurisprudence citée in, RJS nov 1994 p 737). Il faut encore que le désaccord soit persistant et systématique. La jurisprudence relève à cet égard des expressions, telles l'existence "d'un état de tension persistant" (Cass soc 19 juin 1985, Bull. civ V p 247 n° 344) ou encore "un conflit institutionnel grave et prolongé" (CA Paris, 11 juil 1984).

Si l'incompatibilité d'humeur ne constitue pas une cause suffisamment précise, la mésentente entre salariés peut, quant à elle, depuis longtemps, constituer une cause de licenciement lorsqu'elle perturbe de façon caractérisée la bonne marche de l'entreprise (Cass soc 5 janv 1984, jurisprudence sociale n° 451). Il en va de même de la mésentente avec l'employeur (Aff Renard / Le foyer rémois, Cass soc 28 juin 1976, Bull civ V n° 385, p 317). Elle constitue toujours un motif permettant la rupture.

A partir de l'année 2001, la Cour de cassation a cependant clairement manifesté sa volonté de contrôler l'imputabilité de cette mésentente. Elle résume ainsi la situation: "la mésentente entre un salarié et toute ou partie du personnel ne peut constituer une cause de licenciement que si elle repose objectivement sur des faits imputables au salarié concerné" (Cass soc 27 nov 2001, n° 99-45.163).

Dans la présente espèce, la mésentente était patente. Il s'agissait d'une tension dangereuse entre pilote et copilote de la SARL WAN AIR. Le motif était avéré et caractérisé.

Dès lors que cette mésentente persistante était imputable au pilote et perturbait la bonne marche de l'entreprise, le licenciement ne pouvait être que justifié.

Au fond, ce motif subjectif persistant pourrait bien s'inscrire dans la notion de trouble objectif qui connaît un certain regain d'actualité en droit de la relation de travail. Ce concept, cher au doyen Philippe Waquet, transcende la distinction des griefs subjectifs ou objectifs. La mésentente peut d'ailleurs être fautive (on songe au harcèlement) ou non fautive (inhérente par exemple à des problèmes personnels du salarié et dans ce cas, ne peut caractériser une faute disciplinaire).

La mésentente, compte tenu des fonctions exercées crée bien, quoiqu'il en soit, un trouble caractérisé au sein de l'entreprise.

Ce motif de licenciement, réaffirmé avec force ici, constitue en tout cas la démonstration de l'impossibilité d'exclure à toute fin, toute considération personnelle dans la relation de travail. Comment pourrait-il en être autrement alors que l'exécution du contrat de travail implique à la fois de la bonne volonté et un accord minimum.

Peut-être est-ce là une conséquence d'une autre exigence, celle de la bonne foi qui, par delà sa mention récente dans les textes métropolitains, irrigue depuis toujours ce contrat particulier.