

DROIT DISCIPLINAIRE Salarié ayant été exclu d'un programme de formation destiné à rechercher de futurs responsables de magasin, dont il bénéficiait depuis deux ans et auquel une prime était attachée – Décision de l'employeur fondée sur des retards répétés et non justifiés – Décision constituant une sanction disciplinaire (non) – Réintégration dans le programme de formation et dommages-intérêt pour défaut de procédure disciplinaire (non).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 4 juillet 2018
M. A c. Société Zara France (p. n°17-16.629)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 17 février 2017), que M. A, employé depuis le 19 janvier 2006 par la société Zara France en qualité de vendeur-caissier, a été exclu du programme de formation "potentiel" destiné à promouvoir les salariés dont il bénéficiait depuis deux ans ; que soutenant qu'il s'agissait d'une sanction disciplinaire, il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de réintégration dans ce programme et de condamnation de son employeur à lui verser différentes sommes ;

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes de réintégration dans le programme "potentiel" et de ses demandes à titre de rappel de prime, de dommages-intérêts pour défaut de procédure disciplinaire et d'indemnité en réparation du préjudice subi, alors, selon le moyen :

1°/ que constitue une sanction disciplinaire toute mesure, autre que les observations verbales, prises par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié qu'il considère comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ; qu'ayant constaté que la mesure prise par la société Zara France d'évincer son salarié du « programme potentiel », après plus de deux ans d'efforts devenus vains, lui ôtant ainsi tout espoir de promotion et le privant du versement de la prime « potentiel », avait été prise en réponse à des griefs formulés par l'employeur tirés de retards répétés et de comportement inadapté rebelle avec

l'équipe d'encadrement, comportement qualifiable de fautes, la cour d'appel aurait dû en déduire que cette mesure constituait une sanction ; qu'en décidant au contraire que la mesure échappait à la procédure disciplinaire, la cour d'appel a omis de tirer les conséquences légales de ses constatations en violation de l'article L. 1331-1 du code du travail ;

2°/ que les périodes probatoires, c'est-à-dire d'observation du salarié pour assumer de nouvelles fonctions, à les supposer légales en l'absence de stipulations contractuelles et conventionnelles doivent être en tout état de cause strictement limitées dans le temps ; que ne peut pas constituer une période probatoire licite, une période indéterminée supérieure à deux ans ; qu'en admettant la validité de l'exclusion brutale du salarié du programme potentiel, impliquant une importante baisse de salaire et la fermeture pour lui de possibilités de promotion, au motif qu'il ne s'était soudainement pas révélé probant au bout de deux ans et demi, la cour d'appel a violé l'article L. 1222-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant relevé que l'employeur se fondait sur des faits objectifs relatifs aux retards répétés du salarié sans justification alors que le programme de formation était destiné à rechercher de futurs responsables de magasin au regard des qualités de "constance, motivation, implication, exemplarité", la cour d'appel a pu décider que l'intéressé ne répondait plus aux critères requis pour bénéficier jusqu'à son terme de la formation et que la

décision de l'employeur ne présentait pas le caractère d'une sanction ; que le moyen, nouveau et mélangé de fait et de droit, partant irrecevable en sa seconde branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

(M. Chauvet, prés. - SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.)

Note.

Une entreprise met en place un programme de formation interne dit « programme des potentiels », auquel les salariés peuvent être intégrés sur décision discrétionnaire de l'employeur. Le programme sert à détecter les futurs responsables de magasins, à les former et à les suivre de manière individuelle au cours d'un cursus dont la durée n'est pas précisée, mais s'échelonnant sur plusieurs années. Les responsables de sections sont ainsi chargés de détecter les « talents », c'est-à-dire les salariés présentant des qualités de « *constance, motivation, implication, exemplarité et... humilité* ». L'intégration au programme de formation interne ouvre droit, pendant toute sa durée, au paiement d'une prime spéciale. Ainsi détecté, un salarié réussira ensuite les tests d'intégration au « programme des potentiels », y sera admis et percevra la prime spéciale à compter du 1^{er} décembre 2008. Il participera au programme de formation interne pendant plus de deux ans, période au cours de laquelle ses aptitudes feront l'objet d'évaluations par quinzaine.

En décembre 2010, il sera avisé par un courrier de son employeur de son exclusion de ce programme de formation entraînant la suppression des versements de la prime spéciale en raison :

- de retards répétés ;
- d'un départ prématuré ;
- d'un comportement rebelle avec l'équipe d'encadrement.

Outre l'atteinte à la rémunération, cette mesure affectait, de manière définitive, la carrière du salarié, comme le souligne le moyen du pourvoi : « ... Après plus de deux ans d'efforts devenus vains, lui ôtant ainsi tout espoir de promotion et le privant du versement de la prime «potentielle»... ».

Pour reprendre une formulation de la Cour d'appel de Paris (1), la mesure avait un caractère « punitif », était fondée sur des faits fautifs et le salarié en sollicitait la nullité en l'assimilant à une sanction disciplinaire ayant une incidence sur sa carrière et sa rémuné-

ration pour défaut de la procédure disciplinaire sur le fondement des articles L.1331-1 et L.1332-2 du Code du travail. Subsidiairement, il estimait qu'ayant fait ses preuves pendant plus de deux ans en répondant aux qualités requises par le programme de formation interne, la période d'intégration était anormalement longue au regard de la durée habituelle d'une période d'essai ou d'une période probatoire et son exclusion brutale du « programme des potentiels » contraire au principe d'exécution loyale du contrat de travail prévu à l'article L. 1222-1 du Code du travail.

Ses arguments seront écartés et l'arrêt du 4 juillet 2018 ne retient pas la critique du pourvoi reprochant à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, tout en constatant que la mesure était fondée sur des faits fautifs, de ne pas en avoir tiré les conséquences en refusant de considérer qu'elle constituait une sanction disciplinaire. L'arrêt se borne à relever que la mesure prise par l'employeur se fondait sur des faits objectifs, ce seul constat étant suffisant à légitimer une mesure qui, par nature, ne présenterait pas le caractère d'une sanction disciplinaire et se trouverait ainsi exclue du champ d'application du droit disciplinaire. Ainsi, des mesures prises par l'employeur, fondées sur des faits fautifs que l'arrêt rappelle (retards répétés...), échapperaient au droit disciplinaire et à son contrôle juridictionnel en raison de leur nature. L'exclusion d'un programme de promotion interne au choix serait ainsi insusceptible de constituer une sanction disciplinaire ou, selon l'expression utilisée par la Cour de cassation, ne présenterait pas le caractère d'une sanction.

L'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, approuvé par l'arrêt du 4 juillet 2018, justifiait cette exclusion du champ disciplinaire par le fait que la mesure relevait du pouvoir de direction de l'employeur : « Ces dispositions [disciplinaires] sont étrangères à la situation de l'espèce, dès lors... que le choix d'un salarié susceptible de rejoindre le programme des potentiels ressort à l'origine de la seule décision de l'employeur et que, d'autre part, il n'existe aucun droit acquis obligeant l'employeur à faire bénéficier le salarié du programme jusqu'à son issue... qu'il en résulte que, tant à l'origine que pendant la formation, l'employeur dispose du droit d'estimer, et sans que cela ressorte du droit disciplinaire, que le candidat ne satisfait plus aux exigences attendues... Pour autant la décision de l'employeur, tout en étant discrétionnaire, ne doit pas être arbitraire, qu'il lui appartient de motiver sa décision d'exclusion, laquelle peut être soumise à l'examen du juge comme tout différend pouvant s'élever à l'occasion du contrat de

(1) CA Paris, 21^{ème} ch. 24 février 1993, n° 92-35.566, SA Seita c/Carles.

travail... Que, ne s'agissant pas d'une sanction disciplinaire, le courrier ne fixe pas les motifs pouvant justifier la décision d'exclusion... L'employeur fait état de faits objectifs, vérifiables, lesquels, dans le cadre du pouvoir de direction qui est le sien, ont pu le conduire à estimer, sans arbitraire, que M. A... ne répondait plus aux critères requis pour bénéficier du programme des potentiels ; dès lors, l'intéressé ne pouvait plus prétendre à la prime attachée au suivi de cette formation, sa suppression n'ayant pas le caractère d'une sanction pécuniaire au sens du droit disciplinaire de l'employeur. » En d'autres termes, le droit disciplinaire ne serait pas applicable aux mesures prises par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de gestion et de direction, même si elles sont fondées sur des comportements fautifs.

L'approche de l'arrêt du 4 juillet 2018 n'est pas nouvelle. Pour un avancement statutaire fondé sur un critère de choix, un arrêt retient « ... Que la promotion à l'ancienneté a lieu, sauf insuffisance notoire, après 5 ans dans le même échelon, et que la promotion après 3 ans résulte du choix de l'employeur, dans la mesure où, en l'espèce, il ne s'agissait pas de procéder à une reconstitution de carrière, d'autre part, que le refus d'accorder un avancement fondé sur un critère de choix n'était pas une sanction entrant dans le champ d'application de l'article L. 122-41 du Code du Travail. » (2). S'agissant d'un refus d'avancement au choix, un arrêt retient : « Attendu que, si la décision de l'employeur de retarder un avancement statutairement prévu à l'ancienneté, est une sanction disciplinaire au sens des textes susvisés [art. L. 122-40 ancien du Code du travail], il n'en est pas de même du refus de l'employeur de faire bénéficier à un salarié d'un avancement statutairement fondé sur un critère de choix, ce refus, lorsqu'il est abusif, pouvant éventuellement donner lieu à une action en responsabilité civile. » (3). S'agissant d'un allongement conventionnellement prévu de l'ancienneté nécessaire à un avancement d'échelon, un arrêt retient « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle ne constitue pas, par elle-même, une sanction, la décision de l'employeur d'user de la faculté que lui confère la convention collective de prolonger de six mois l'ancienneté minimale que doit avoir un salarié pour bénéficier d'un avancement, la Cour d'appel a violé le texte susvisé. (L. 122-40) » (4).

(2) Cass. Soc. 10 mai 1989, n° 86-42.293.

(3) Cass. Soc. 20 mars 1990, n° 88-41.769.

(4) Cass. Soc. 18 mars 1992, n° 88-45.745.

(5) V. Cons. constit. 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC (LMS) ; A. Lyon-Caen « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », Dr. Soc. 2002, p. 258 ; v. aussi Cass. Soc. 13 juillet 2004, n° 02-15.142 ; E. Dockès « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », Dr. Ouvr. 2005, p. 1.

Ainsi, selon que l'employeur use d'un pouvoir plus ou moins discrétionnaire pour prendre une mesure, celle-ci échapperait au champ d'application du pouvoir disciplinaire. On peut, dès lors, se demander si cette exclusion est justifiée, dès lors que la mesure, comme dans le cas d'espèce tranché par l'arrêt du 4 juillet 2018 :

- est écrite,
 - est fondée sur des faits fautifs,
 - et affecte la fonction, la carrière et la rémunération du salarié,
- répondant ainsi aux critères de l'article L. 1331-1 du Code du travail.

1. Le pouvoir de gestion et de direction

Il doit être tenu pour acquis que la liberté d'entreprendre et les risques qu'elle comporte confèrent à l'employeur un pouvoir de décision dans la gestion économique et structurelle de l'entreprise et dans celle de son personnel (5). À l'égard de celui-ci, le pouvoir de gestion s'exerce à travers le lien de subordination, dont la Chambre sociale de la Cour de Cassation retient la définition suivante : « Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. » (6).

Discrétionnaire, le pouvoir de gestion n'en est pas pour autant absolu et doit s'exercer sans abus, c'est-à-dire dans l'intérêt bien compris de l'entreprise, comme le rappellent les décisions citées ci-dessus (7), et sans discrimination (8). Il trouve également ses limites dans le respect du contrat de travail, l'employeur n'étant habilité qu'à imposer au salarié une modification de ses conditions de travail (9), dans le respect des réglementations légales, réglementaires ou conventionnelles, et dans celui de l'obligation de loyauté de l'article L. 1222-1 du Code du travail. Il bénéficie d'un contrôle juridictionnel restreint. Le juge ne peut substituer son appréciation à celle de l'employeur quant au choix qu'il effectue pour faire face à la situation économique de l'entreprise (10), sauf faute ou légèreté blâmable de sa part (11). D'une manière générale, il n'engage la responsabilité civile de l'employeur que lorsque le salarié est en capacité

(6) Cass. Soc. 13 novembre 1996, n° 94-13.187.

(7) V. n. 2 à 4.

(8) Cass. Soc. 5 mai 1999, n° 97-40.374.

(9) Cass. Soc. 10 octobre 2000, n° 98-41.358.

(10) Cass. Soc. 8 décembre 2000, n° 97-44.219 et 4 mai 2017, n° 15-28.188.

(11) Cass. Soc. 1^{er} février 2011, n° 10-30.045 et 6 avril 2016, n° 14-26.019.

de démontrer qu'il a dégénéré en abus (12). Il en va ainsi dans le domaine de l'avancement et de la gestion des carrières du personnel.

Néanmoins, et dans ce domaine proche de celui de l'arrêt du 4 juillet 2018, l'article L.1222-3 du Code du travail exige de l'employeur des méthodes et des techniques d'évaluation pertinentes, c'est-à-dire reposant sur des critères précis et objectifs que le juge est à même de contrôler (13). À cet égard, on peut s'interroger sur la pertinence du critère « d'humilité » conditionnant l'accès et le maintien dans le programme de formation interne, que la Cour de cassation a soigneusement évité de reprendre dans la motivation de son arrêt.

Reste l'exercice de la discipline par l'employeur et son pouvoir de sanction. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence suggère de distinguer les mesures qui relèveraient du pouvoir de gestion et de direction de l'employeur de celles qui relèveraient, *stricto sensu*, de son pouvoir disciplinaire.

Les premières échapperaient au droit disciplinaire et répondraient à un régime procédural et juridique propre et à un contrôle juridictionnel restreint :

- elles sont discrétionnaires pour l'employeur ;
- elles doivent être écrites et motivées ;
- leur motivation ne fixe pas les limites du litige ;
- l'office du juge se limite au contrôle du caractère objectif et vérifiable des motifs évoqués par l'employeur pour fonder sa mesure, sans avoir à les qualifier (faute ou non).

Les secondes mesures relèveraient d'une autre sphère, celle du pouvoir disciplinaire, relevant, en tant que telles, du droit disciplinaire (art. L.1331-1 et suivants) et du contrôle juridictionnel étendu de l'article L.1333-1 du Code du travail. Une telle distinction paraît irrecevable.

Toutes les décisions prises par l'employeur relèvent, par nature, de son pouvoir de gestion et de direction, qu'elles soient ou non disciplinaires. Cette distinction n'est pas retenue par l'arrêt du 4 juillet 2018, qui exclut néanmoins du champ d'application du droit disciplinaire des mesures qui n'en relèveraient pas, par nature, selon des critères que l'arrêt ne définit pas.

L'arrêt retient, en premier lieu, que les faits fondant la mesure seraient objectifs. Or, ils étaient, de surcroît, manifestement fautifs. Par ailleurs, et sous peine de discrimination ou d'arbitraire, un fait fautif doit être tout aussi objectif. L'arrêt retient surtout que la mesure

n'aurait pas « le caractère d'une sanction disciplinaire ». Ce postulat reste péremptoire, dès lors que la Cour de cassation n'a pas pris la peine de définir ce qui donne à la mesure son caractère de sanction. Il semble ainsi plus exact de retenir que toute mesure prise par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de gestion et de direction relève du droit disciplinaire et constitue une sanction disciplinaire, dès lors qu'elle est fondée sur des faits pouvant être qualifiés de fautifs. À ce titre, il conviendrait de retenir que le pouvoir de gestion et de direction de l'employeur est également encadré par le droit disciplinaire. Raisonner autrement reviendrait à priver le salarié de la procédure, des principes et du contrôle juridictionnel étendu du droit disciplinaire.

2. Le champ d'application du droit disciplinaire

a. Le fait fautif

Parce que le droit de sanctionner implique des restrictions aux libertés individuelles et qu'il ne pouvait être laissé à l'arbitraire patronal, la loi n°82-689 du 4 août 1982 a encadré le pouvoir disciplinaire de l'employeur sur la base du constat suivant : « *Le contrat de travail plaçant, par définition, le salarié dans un état de subordination juridique vis-à-vis de l'employeur, certains chefs d'entreprise en ont longtemps déduit qu'ils pouvaient apporter aux droits individuels des personnes placées sous leur autorité des limitations que ne pouvait justifier la seule marche de l'entreprise. L'absence de règle générale régissant le contenu du règlement intérieur et, plus largement, le droit disciplinaire, ont permis cet état de chose. Le premier objectif de la loi du 4 août a été d'y remédier, en limitant les contraintes imposables aux salariés par le règlement intérieur et en édictant les principes de base d'un droit disciplinaire général.* » (14).

Le législateur de 1982 s'est attaché, tout d'abord, à définir les mesures susceptibles d'être prises par l'employeur entrant dans le champ d'application du droit disciplinaire : « [La sanction] doit être justifiée par un comportement antérieur du salarié que l'employeur a considéré comme fautif, c'est-à-dire comme ne correspondant pas à l'exécution normale de la relation contractuelle. Ainsi, le fait de changer un salarié de poste pour assurer le remplacement d'un absent n'est pas en soi une sanction au sens de la loi. La même mesure peut l'être, par contre, si elle fait suite à une réprimande sur la façon dont le poste précédent était tenu. D'autre part, le comportement du salarié doit, en principe, se manifester par un acte positif ou une abstention de nature volontaire. » (15).

(12) Cass. Soc. 10 mai 1989, préc.

(13) Cass. Soc. 14 décembre 2015, n° 14-17.152.

(14) Circ. DRT 5-83 du 15 mars 1983 relative à l'application des articles 1^{er} à 5 de la loi du 4 août 1982 concernant les libertés des travailleurs dans l'entreprise.

(15) Cass. Soc. 14 décembre 2015, préc.

La frontière, parfois ténue, entre faute professionnelle et faute disciplinaire réside bien dans le caractère volontaire ou non du comportement du salarié. La jurisprudence retient traditionnellement qu'est fautif le fait qui procède :

- d'une abstention volontaire ;
- d'une mauvaise volonté délibérée (16).

Le champ d'application du droit disciplinaire n'est donc pas déterminé par la nature de la sanction prise par l'employeur, mais par la nature des faits qu'il évoque pour la justifier. C'est ce que rappellent les dispositions de l'article L.1331-1 du Code du travail, dont l'universalité (« ... toute mesure... ») interdit, *a priori*, de considérer que telle ou telle catégorie de mesures prises par l'employeur pour des faits considérés comme fautifs pourrait échapper au droit disciplinaire.

b. L'office du juge

L'arrêt du 4 juillet 2018, et celui de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qu'il confirme, peuvent avoir pour effet de permettre à l'employeur de qualifier les mêmes faits qu'il reproche au salarié soit de fautifs, soit d'objectifs, et de choisir de sanctionner ou non le salarié. Or, l'employeur n'est pas maître de la qualification des faits (fautifs ou non) qu'il évoque pour justifier les mesures qu'il prend à l'encontre d'un salarié, ni de la qualification juridique de ces mesures (sanction disciplinaire ou non).

La rédaction de l'article L.1331-1 du Code du travail qui dispose « Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif » peut laisser place à l'interprétation. D'où l'affirmation par certains que si l'employeur, prenant une mesure fondée sur un comportement fautif du salarié, ne lui inflige pas une sanction disciplinaire formelle (avertissement, ...), la mesure qu'il a prise ne sera pas soumise au droit disciplinaire. Ainsi, pour échapper à la rigueur du droit disciplinaire, l'employeur pourrait qualifier sa mesure écrite de lettre de cadrage ou de simple rappel à l'ordre des règles internes de l'entreprise, en se défendant d'avoir eu la volonté de sanctionner. Pour autant, si cette lettre de recadrage est fondée sur des faits fautifs, elle sera constitutive d'une sanction disciplinaire (17). On doit donc écarter toute interprétation laissant entendre que l'application du pouvoir disciplinaire serait laissée à la discrétion de l'employeur en raison des choix procéduraux qu'il

effectue : « La construction jurisprudentielle du droit disciplinaire montre que c'est la volonté de l'employeur de sanctionner un comportement du salarié estimé, à tort ou à raison, fautif qui constitue l'élément déterminant de la qualification de la sanction... Il en résulte que c'est bien l'employeur qui est titulaire du pouvoir d'incrimination. De son appréciation dépend la qualification de sanction disciplinaire ou celle de simple mesure relevant du pouvoir de direction. » (18).

Les conditions d'application du droit disciplinaire sont, en effet, objectivement déterminées par les dispositions de l'article L.1331-1 du Code du travail, et la qualification juridique des faits fautifs et de leurs conséquences n'appartient pas à l'employeur, mais au juge (art. 12 du Code de procédure civile) : « [le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auront proposée. » Ainsi, un directeur de production ayant été licencié pour une insuffisance professionnelle, son licenciement a été jugé comme relevant du droit disciplinaire en raison de la nature objective des faits évoqués par l'employeur à l'appui de cette mesure (manque de respect à l'égard du personnel, désinvolture à l'égard de ses fonctions), faits caractérisant des actes positifs ou des abstentions volontaires ; la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu préciser l'office du juge : « Mais attendu que si la lettre de licenciement fixe les limites du litige en ce qui concerne les griefs articulés à l'encontre du salarié et les conséquences que l'employeur entend en tirer quant aux modalités de rupture, il appartient au juge de qualifier les faits invoqués. Et attendu qu'après avoir relevé que le lettre de licenciement énonçait comme motif un manque de respect du salarié envers les autres salariés, son attitude méprisante vis-à-vis des partenaires sociaux et son irresponsabilité vis-à-vis des questions d'hygiène et de sécurité, ce dont elle a pu déduire que le licenciement avait été prononcé pour les motifs disciplinaires, la Cour d'appel, exerçant les pouvoirs qu'elle tient de l'article L.1235-1 du Code du travail, a, sans encourir les griefs du moyen, décidé que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse. » (19).

Si l'employeur est seul maître du choix des griefs qu'il entend évoquer à l'appui d'une mesure, la qualification juridique de ceux-ci (fautifs ou non) et le régime juridique qui leur est applicable appartiennent au seul juge. Sur ce point, la jurisprudence est constante, qui sanctionne toute erreur de qualification de l'employeur (20), erreur d'autant plus définitive

(16) Cass. Soc. 31 mars 1998, n° 95-45.639 ; 16 mars 2016 n° 14-23861 ; 20 janvier 2016, n° 14-21.744.

(17) Cass. Soc. 3 février 2010, n° 08-41.904.

(18) Jurisclasseur Travail – Droit disciplinaire – fascicule 18, n° 11.

(19) Cass. Soc. 1^{er} mars 2017, n° 15-23.574.

(20) Circ. DRT 5-83 du 15 mars 1983, préc.

qu'ayant ou non choisi le terrain disciplinaire, il ne pourra plus y revenir (21). La qualification des faits fautifs gouvernant l'application du droit disciplinaire s'effectue donc au regard de la nature objective des griefs fondant la mesure prise par l'employeur et cette qualification entre dans l'office du juge. On peut s'étonner, dans ces conditions, que certaines mesures puissent échapper, par « nature », au champ d'application du droit disciplinaire. L'article L. 1331-1 du Code du travail n'exclut du champ d'application du droit disciplinaire aucune mesure : « *Constitue une sanction toute mesure...* ».

Les commentaires de l'arrêt du 4 juillet 2018 sont parfois obligés de prendre le contrepied du texte : « *Cette définition ne saurait toutefois englober toutes les mesures prises par l'employeur à l'encontre d'un salarié.* » (22). Le pouvoir de sanctionner relevant incontestablement du pouvoir de direction de l'employeur, le législateur de 1982 a précisément entendu limiter l'arbitraire patronal en définissant la notion de discipline, son régime juridique et en étendant le pouvoir de contrôle du juge : « *Cette notion (la discipline) doit être définie aussi précisément que possible. En effet, ce sont les clauses de nature disciplinaire qui, en raison de leur caractère archaïque ou abusif, ont fait l'objet des plus vives critiques. Conformément à la volonté du législateur, qui a clairement manifesté l'intention de faire disparaître du règlement intérieur toutes les «brimades» injustifiées, le règlement intérieur ne doit plus, désormais, être un catalogue d'interdictions de toute nature, qui serait l'expression d'un pouvoir de police générale analogue à celui que détiennent les autorités publiques.* » (23).

L'article L. 1321-1 du Code du travail rappelle ainsi que la nature et l'échelle des sanctions doivent être impérativement définies par le règlement intérieur, préalablement soumis au contrôle des institutions représentatives du personnel et de l'administration du travail (24). Enfin, les mesures prises par l'employeur sont soumises à un contrôle étendu du juge : « *Antérieurement à la loi du 4 août 1982, le pouvoir du juge était limité au contrôle de l'exactitude matérielle des faits qui fondaient la décision. Il était lié par la qualification qui leur était donnée, ainsi que par les conséquences tirées par l'employeur en ce qui concerne la sanction. Les tribunaux considéraient que l'employeur était «seul juge» du niveau de la sanction, la seule réserve du contrôle du détournement de pouvoir.* »

L'article L.1333-1 du Code du travail (ancien art. L. 122-43), a substitué au contrôle minimum de réalité un contrôle approfondi, portant également sur la régularité de la procédure suivie et la proportionnalité de la sanction à la faute commise.

En refusant au demandeur au pourvoi le bénéfice de l'office du juge qu'il sollicitait, l'arrêt du 4 juillet 2018 le prive ainsi de ces garanties, alors que la nature des faits n'était pas discutée et que les retards répétés constituaient des faits fautifs. (25). Cette façon de procéder est d'autant plus étonnante que des mesures qui, *a priori*, relèvent du pouvoir discrétionnaire de l'employeur sont disqualifiées, dès lors qu'elles sont fondées sur des faits fautifs.

c. La prééminence du droit disciplinaire

Le fait fautif est « *contaminant* ». Ainsi, si l'employeur ne distingue pas précisément, dans l'écrit support de la mesure qu'il prend, les griefs disciplinaires de ceux qui ne le seraient pas, le droit disciplinaire leur sera applicable dans leur totalité (26). La mise en œuvre par l'employeur d'une clause contractuelle (clause de mobilité), n'impliquant qu'un simple changement des conditions de travail du salarié et relevant, *a priori*, du pouvoir de gestion de l'employeur, mais fondée sur des faits fautifs, relèvera du droit disciplinaire (27). Si l'employeur peut rompre la période d'essai sans procédure, et sans autre contrôle que celui de l'abus de droit ou de la discrimination, il sera tenu de respecter la procédure disciplinaire lorsque les faits qu'il évoque pour rompre celle-ci sont des faits fautifs au sens des dispositions de l'article L. 1331-1 du Code du travail (28).

Il convient ainsi de retenir que « *l'agissement considéré comme fautif par l'employeur* » est celui qui est objectivement caractérisé par une mauvaise volonté délibérée, ou une abstention volontaire du salarié, quelle que soit la qualification que l'employeur peut lui donner, et qu'un tel agissement gouverne nécessairement l'application du droit disciplinaire dont le champ d'application ne comporte aucune exclusion, ainsi que l'exprime l'universalité de la proposition de l'article L.1331-1 du Code du travail : « *constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales...* ».

Mais le droit disciplinaire s'appliquera aux mesures non écrites ou verbales prises par l'employeur et fondées sur des faits fautifs. La tentation pourrait

(21) Cass. Soc. 7 décembre 1999, n°97-44.019.

(22) Liaisons Sociales Quotidien 18 septembre 2018, n° 17653.

(23) Circ. DRT 5-83 du 15 mars 1983, préc.

(24) Cass. Soc. 26 octobre 2010, n°09-42.740 et 11 décembre 2015, n°14-19.954.

(25) Cass. Soc. 10 juillet 1996, n°93-43435 et 5 juin 2002, n°00-44.512.

(26) Cass. Soc. 5 juillet 2017, n°16-12.387.

(27) Cass. Soc. 15 janvier 2002, n°99-45.979 ; v. RJS avril 2002, n°471.

(28) Cass. Soc. 10 mars 2004, n°01-44.750.

être grande de soutenir qu'à défaut d'être matérialisée par un écrit, la mesure prise par l'employeur et justifiée par des faits fautifs, ne constitue pas une sanction et échappe au droit disciplinaire. Bien au contraire, l'absence d'écrit est un motif d'annulation d'une telle sanction qui serait irrégulière en la forme : « Mais attendu que la Cour d'appel, qui a constaté que la décision de l'association AASDR consistant à retirer à Madame X. la direction de la crèche, était intervenue à la suite des reproches concernant son comportement professionnel, et que cette mesure avait pour effet immédiat d'affecter la fonction de l'intéressée dans l'entreprise, a exactement décidé qu'il s'agissait d'une sanction disciplinaire qui, en l'absence de notification par lettre motivée, devait être annulée. » (29).

3. « Le non-usage d'une faculté »

La jurisprudence semble établir une distinction entre les mesures prises par l'employeur dans un cadre contraignant et celles relevant de son seul pouvoir discrétionnaire. Un refus ou report d'avancement statutaire à l'ancienneté, fondé sur des faits fautifs, constituerait ainsi une sanction disciplinaire. Un refus d'avancement statutaire fondé sur un critère de choix ne constituerait pas une sanction disciplinaire. (30) Le refus d'une augmentation individuelle ne pourrait être considéré comme une sanction disciplinaire, même fondé sur des faits fautifs (31). *A contrario*, serait une sanction disciplinaire l'exclusion, en raison de faits fautifs, d'une augmentation collective (32).

Pour autant, la distinction est loin d'être évidente. S'agissant du refus d'un avancement statutaire prioritaire à l'ancienneté, prévu à l'article 13-4 du chapitre 6 du statut du personnel de la SNCF, un arrêt du 6 février 2001 approuve un arrêt de Cour d'appel ayant refusé la requalification de cette mesure en sanction disciplinaire, dès lors qu'elle était fondée sur des éléments objectifs d'appréciation de la manière de servir. (33). Pour le même avancement, et à défaut pour la SNCF de pouvoir justifier de l'insuffisance professionnelle du salarié, la Haute juridiction approuve la Cour d'appel d'avoir assimilé le refus d'avancement à une sanction disciplinaire. (34) D'autre part, toutes ces décisions sont susceptibles d'être des mesures devant être prises en compte pour l'application des dispositions de l'article L. 1331-1 du Code du travail. Leur exclusion du champ d'application du droit disciplinaire apparaît ainsi « *contra legem* » et la justifier pousse certains

commentateurs à des prouesses sémantiques étonnantes : « *Le refus d'accorder un avancement au choix n'est pas en effet une « mesure » prise par l'employeur, mais simplement le non-usage d'une faculté.* » (35). Pas plus convaincante est la précaution de langage utilisée par l'arrêt du 4 juillet 2018, qualifiant les retards répétés non pas de « faits fautifs », mais de « faits objectifs ».

Enfin, la décision est d'autant plus injuste que le salarié ne s'était pas vu refuser le bénéfice d'un droit ou d'un avantage. Au contraire, il s'était vu exclure ou retiré d'un plan de formation interne dont le bénéficiaire lui avait été antérieurement reconnu eu égard à ses qualités professionnelles. À cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que le plan de promotion interne s'inscrivait dans les obligations de l'article L. 6321-1 du Code du travail, qui impose à l'employeur d'assurer le développement des compétences professionnelles de ses salariés, cette obligation venant d'être renforcée par le dispositif de la loi « Avenir professionnel » (36). L'avantage ayant été accordé, sa suppression pour un motif disciplinaire pouvait être considérée comme une sanction, voire même une sanction pécuniaire (37).

Si la mesure d'exclusion du plan de formation interne devait être analysée comme une sanction disciplinaire, il pourrait être objecté que son annulation n'aurait fait aucun doute, une telle mesure n'étant vraisemblablement pas comprise dans l'échelle des sanctions disciplinaires prévues au règlement intérieur de l'entreprise, échelle dont le souci du législateur de 1982 a été de la rationaliser pour les motifs ci-dessus rappelés.

Une solution consisterait à exiger que l'employeur sanctionne disciplinairement, et dans le respect du règlement intérieur, les faits fautifs qu'il reproche à son salarié, en permettant ainsi à celui-ci de bénéficier des dispositions du droit disciplinaire et d'un contrôle juridictionnel étendu. La sanction, non contestée par le salarié, ou ayant fait l'objet d'un rejet d'un recours en annulation, pourrait être prise alors en considération par l'employeur pour l'appréciation des qualités professionnelles ouvrant droit à certains avantages. Solution peu satisfaisante au regard de la règle « *non bis in idem* », mais déjà retenue dans d'autres domaines. Ainsi, l'évaluation des qualités professionnelles à l'occasion de l'ordre des licenciements peut être objectivée par la prise en considération de

(29) Cass. Soc. 9 Juin 2004, n° 02-40.296.

(30) Cass. Soc. 10 mai 1989 et 5 mai 1999, préc.

(31) Cass. Soc. 29 mai 1990, n° 87-40.512.

(32) Cass. Soc. 19 juillet 1995, n° 91-45.401.

(33) Cass. Soc. 6 février 2001, n° 99-41.204.

(34) Cass. Soc. 15 avril 1992, n° 88-41.555.

(35) Cass. Soc. 10 mai 1989, n° 86-42.293 ; RJS 06/1989, n° 496.

(36) Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel (JO du 6).

(37) CA Versailles 24 juin 1997, 95-22670, *Photoservice c/Baudaux*.

sanctions disciplinaires antérieures : « *Mais attendu que, sauf détournement de procédure, il peut être tenu compte des sanctions disciplinaires pour apprécier les qualités professionnelles des salariés, dans la limite de la prescription prévue par l'article L. 1332-5 du Code du travail, dès lors qu'elle ne constitue pas le seul critère d'évaluation mis en œuvre par l'employeur.* » (38).

Cette solution pourrait concilier le respect des droits de la défense qu'offre le droit disciplinaire au salarié et le pouvoir de l'employeur dans la gestion des carrières de son personnel.

Paul Darves-Bornoz,
Avocat au Barreau d'Annecy

(38) Cass. Soc. 19 mai 2010, n° 09-40.103.