



HAL
open science

L'infraction pénale du salarié

Emilie Maignan

► **To cite this version:**

Emilie Maignan. L'infraction pénale du salarié. Revue juridique de l'Océan Indien, 2013, 16, pp.61-112. hal-02545777

HAL Id: hal-02545777

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02545777v1>

Submitted on 25 Aug 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DROIT PÉNAL

L'infraction pénale du salarié

Émilie MIGNAN

Master II droit des affaires
Université de La Réunion – Faculté de droit et d'économie – Promotion 2010/2011
En formation à l'École de Formation du Barreau

Résumé :

Si droit disciplinaire et droit pénal constituent deux branches du droit distinctes, force est de constater cependant que ces matières ont toutes deux vocation à réprimer un comportement fautif et vont parfois même s'appliquer concurremment à l'égard de la même personne et à propos d'un même fait.

Tel est le cas de l'infraction pénale commise par le salarié d'une entreprise. Ce sujet, particulièrement large a le mérite de revenir sur des affaires qui ont marqué l'actualité de ces dernières années. En effet, comment analyser le licenciement pour faute prononcé à l'encontre d'un salarié du fait de propos déplacés qu'il a tenus à l'égard de son employeur sur un réseau social ? Faut-il encore admettre qu'une sanction soit infligée au salarié d'un supermarché s'appropriant des denrées périmées qui allaient être jetées ? Il s'agit donc de s'intéresser aux diverses conséquences que peut avoir l'infraction pénale commise par le salarié d'une entreprise.

Ainsi, ce large sujet permet, au travers des différentes branches du droit auquel il se rattache, d'analyser les conséquences que peut avoir l'infraction pénale commise par le salarié d'une entreprise.

Cette infraction va tout d'abord avoir un impact néfaste sur la relation qui unit l'employeur à son salarié et pourra être source, sous certaines conditions, de rupture du contrat de travail. Par ailleurs, la faute commise étant ici de nature pénale, l'infraction commise par le salarié aura d'importantes répercussions en matière de responsabilité, aussi bien dans le domaine civil que pénal.

Summary :

If disciplinary rules and criminal law are separate branches of law, one can only note that they both aim to repress a wrongful behavior, to the point even, that they might apply concurrently to the same person about a single fact in certain cases.

Such is the case for an offense committed by an employee of a company. This particularly broad topic is also a hot topic as it has concerned several cases in the last few years. Indeed, what analysis should be done of the dismissal of an employee for having posted inappropriate comments about his employer on a social network? Should it be admitted that a supermarket employee who has taken goods which have passed their use-by-date and were to be thrown away, be sanctioned?

The matter is to examine the diversity of the consequences of a criminal offense committed by an employee of a company.

In the first place, such an offense will have a negative impact on the relation between the employer and the employee and could be, under certain conditions, a trigger for ending a work contract. Furthermore, the criminal dimension of the offense will have serious repercussions in terms of individual liability, whether it be civil or criminal.

Le droit disciplinaire est la branche du droit qui fixe les règles de sanction des comportements fautifs commis par un salarié. Le fait que la discipline implique une coercition permet de rapprocher la matière de celle du droit pénal. Certaines études doctrinales admettent l'antinomie des deux matières¹, alors que d'autres constatent en revanche leur analogie².

S'il faut en effet admettre que droit pénal et droit disciplinaire ont tous deux pour but de réprimer un comportement fautif, force est de constater que les règles applicables à chacune des matières et les principes les régissant sont fondamentalement différents.

« Ces répressions, si différentes soient-elles, ont pourtant, souvent, vocation à s'exercer concurremment à l'égard de la même personne et à propos d'un même fait »³. Tel est notamment le cas lorsque le salarié d'une entreprise commet une infraction pénalement répréhensible.

Si la faute commise par le salarié ne constitue pas en général une infraction pénale, l'hypothèse n'est cependant pas d'école. Comment concilier alors les règles applicables en matière disciplinaire avec celles, spécifiques, régissant le droit pénal ? Outre l'intérêt théorique du sujet, qui a pour privilège de s'intéresser à de nombreuses disciplines du droit, force est de constater qu'il représente aujourd'hui un véritable sujet d'actualité. En effet, que penser d'une discussion sur un réseau social, ayant pour objet le dénigrement de l'employeur, et aboutissant finalement au licenciement des salariés concernés ? Que penser encore de la sanction disciplinaire infligée à un salarié s'appropriant des légumes périmés qui allaient être jetés ? Comment doit encore agir un employeur dont le salarié, pour qui la détention du permis de conduire est indispensable à sa fonction, perd la totalité de ses points du fait d'infractions commises en dehors de son temps de travail ?

Le contentieux abondant qui gouverne la matière incite à se demander plus généralement quelles vont être les conséquences d'une infraction pénale commise par un salarié.

L'infraction pénale commise par le salarié aura la plupart du temps des impacts néfastes sur la relation de travail qui l'unit à son employeur. Pourvu d'un pouvoir disciplinaire, ce dernier disposera alors de la faculté de rompre le contrat

¹ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 1926, spéc. p. 87 et s. Voir aussi NEZARD, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, thèse dactylographiée, Paris, 1903.

² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., 1921 – 1925, t. 3, § 72.

³ J. PARLUS-DUPUY, « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *Revue de science criminelle*, 1992, p. 229.

de travail (Chapitre 1). Mais plus encore, puisque la faute est ici de nature pénale, l'infraction commise par le salarié aura d'importantes répercussions en matière de responsabilité (Chapitre 2).

CHAPITRE I.- L'infraction pénale du salarié, source de rupture du contrat de travail

Comme l'a précisé Monsieur le Professeur Jean Savatier, « *la plupart des fautes disciplinaires ne constituent pas des infractions pénales ; inversement, beaucoup d'infractions pénales commises par un salarié ne sont pas des fautes disciplinaires. Mais certains faits peuvent constituer à la fois une infraction pénale et une faute disciplinaire* »¹.

Pour que l'infraction pénale commise par le salarié puisse revêtir le caractère de faute disciplinaire et ainsi justifier le licenciement, elle doit l'avoir été dans le cadre de ses fonctions (Section 1). En effet, en dehors de ce cadre, le salarié bénéficie d'une immunité : en principe, il ne peut pas être licencié si l'infraction a été commise dans le domaine de sa vie personnelle (Section 2).

Section 1.- L'infraction pénale du salarié dans le cadre de ses fonctions

Dès lors que l'infraction pénale du salarié, se rattachant à ses fonctions, constitue une faute disciplinaire, l'employeur sera en droit de prononcer à l'égard de ce dernier une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement (I). Mais puisqu'il s'agit d'une infraction pénale, le juge répressif sera aussi amené à se prononcer sur le fait du salarié. Si le principe de l'indépendance des juridictions pénale et disciplinaire est reconnu, il faut pourtant admettre l'existence de liens indéniables entre les deux sanctions (II), le juge disciplinaire devant parfois se soumettre à la décision rendue au pénal.

I.- Une faute du salarié justifiant une sanction disciplinaire

Pour qu'une sanction disciplinaire puisse être prononcée (B), l'existence d'une faute du salarié doit être caractérisée (A). La faute devant être retenue ici a cependant une particularité : elle doit revêtir les caractères d'une infraction pénale.

¹ J. SAVATIER, *Droit disciplinaire*, Répertoire Dalloz.

A.- La caractérisation de la faute

Pour comprendre quels sont les caractères de la faute commise par le salarié en cas d'infraction pénale, il est nécessaire de revenir sur les définitions mêmes de faute et d'infraction pénale (1). Cette faute doit être commise par le salarié dans le cadre de ses fonctions. Que faut-il alors entendre par la notion de faute commise « dans le cadre de ses fonctions » (2) ?

1/ Une faute pénale commise par le salarié

La notion de faute en droit du travail est particulièrement imprécise. L'article L. 1331-1 du Code du travail énonce simplement que : « *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, 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* ».

La notion de faute y est donc définie au travers de celle de sanction disciplinaire. Si l'on s'en tient au texte, la faute doit être considérée comme « *un agissement du salarié considéré par son employeur comme fautif* ». Tout d'abord, comme l'ont précisé Jean Péliissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud¹, le terme « agissement du salarié » ne paraît pas adéquat. En effet, si la faute est le plus souvent constituée par une action du salarié, un fait positif, elle peut aussi l'être en cas d'omission. Mais plus important encore, la loi, par l'article L.1331-1 du Code du travail, renvoie ici à l'appréciation de l'employeur. En cela, le droit du travail se révèle fondamentalement différent du droit pénal dont l'un des principes réside dans l'adage *nullum crimen sine lege* (il n'existe pas de crime ni de délit sans loi). Ainsi, en droit pénal, tout fait qui n'est pas incriminé par le législateur ne peut faire l'objet d'une répression.

Jean-Marc Béraud a précisé qu'il s'agirait dès lors, en droit du travail, d'une « *légalité négative* » se rattachant à « *l'idée que tout comportement qui se situe en dehors, soit de ce qui est prescrit dans l'entreprise, soit de ce qui y est expressément autorisé, est présumé fautif* », ce qui permet d'assurer à la discipline « *un champ de légalité indéfini* »².

L'infraction pénale peut se définir, quant à elle, comme une action ou une omission que la société interdit sous la menace d'une peine. Ainsi, comme le veut le principe de légalité des délits et des peines, pour qu'un fait fasse l'objet d'une incrimination pénale, il faut que cette dernière ait préalablement été prévue par les textes. Dès lors, en dehors des infractions pénales classiques, le législateur a dégagé des infractions spécifiques propres au champ du droit du travail permettant

¹ J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMEAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 22^e édition.

² J.-M. BERAUD, « La discipline dans l'entreprise », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 381 s., spéc. p. 383 s.

d'engager la responsabilité du salarié sur le terrain pénal. Dans ce dernier cas, il est possible de citer par exemple la divulgation des secrets de fabrication¹ et la corruption du salarié².

Mais il n'est en pratique pas évident de déterminer les liens entre l'infraction pénale du salarié et la faute disciplinaire. Il n'existe aucune liste limitative des infractions pénales qui pourraient constituer une faute disciplinaire. Il s'agit alors de se référer aux solutions retenues par la jurisprudence en la matière.

Peuvent être constitutives d'une faute disciplinaire les infractions pénales qui sont spécifiques à certaines professions. Il existe par exemple des infractions qui ne sont imputables qu'aux fonctionnaires, qu'aux militaires, mais encore et surtout aux professions médicales...

Peuvent aussi être constitutives d'une faute disciplinaire les infractions pénales pour lesquelles, au contraire, la qualité de l'auteur est indifférente (c'est à dire les infractions de droit commun). Il s'agit souvent d'infractions aux biens comme les vols, escroqueries, abus de confiance... Mais il peut aussi s'agir d'infractions contre les personnes comme les violences sexuelles, les violences ou voies de fait volontaires...

Le plus souvent, les infractions disciplinairement sanctionnées sont de nature délictuelle ou criminelle. Cependant, les contraventions ou encore les délits d'imprudence peuvent aussi être concernés, notamment lorsque ces infractions revêtent un caractère intentionnel.

Mais pour que toutes ces infractions puissent être sanctionnées de façon disciplinaire, il faut encore qu'elles aient été commises par le salarié dans le cadre de ses fonctions. En effet, comme cela a été précisé : « *toute infraction de droit commun n'est pas en elle-même suffisante pour justifier le congédiement : il faut dans chaque cas confronter la nature de l'infraction commise avec la nature des fonctions assumées par le salarié* »³.

2/ Une faute du salarié dans le cadre de ses fonctions

L'employeur, en vertu du pouvoir de direction dont il dispose, va pouvoir sanctionner les faits de ses salariés qu'il va considérer comme fautifs. Mais ce pouvoir de l'employeur n'est cependant pas illimité : seules les fautes commises par le salarié à l'occasion de ses fonctions peuvent faire l'objet d'une sanction. Il serait en effet difficile d'admettre, comme l'a souligné Le Professeur Jean

¹ Crim., 22 novembre 1973, pourvoi n° 71-93.683, Bull. crim., n° 433. Voir aussi F. AHNER et J-J. TOUATI, *Inventions et créations des salariés, Du code du travail au Code de la propriété intellectuelle*, Lamy, Collection Axe Droit, 2010, p. 180 et s.

² Crim., 24 juin 1985, pourvoi n° 83-92.873, Bull. crim., n° 247.

³ M. DESPAX, « La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP* 1963.I.1776.

Pélessier¹, que l'employeur puisse sanctionner le fait d'un salarié accompli en dehors des lieux et heures du travail, dans un but étranger au service de l'employeur.

Ainsi, tout d'abord, il est admis sans aucune difficulté que l'infraction pénale commise par le salarié pendant les heures de travail, sur le lieu de travail, avec les moyens mis à sa disposition pour effectuer son travail constitue une faute et qui implique l'imposition d'une sanction disciplinaire au salarié.

Dans ce cadre, sera par exemple justifié le licenciement d'un conseiller financier employé par La Poste, condamné pour s'être approprié des fonds appartenant à des clients. L'intéressé avait en effet agi dans le cadre de ses fonctions de conseiller financier, ce titre et cette activité n'ayant pas été indifférents au fait que les clients aient accepté d'effectuer un retrait dit « volontaire » en vue d'une opération qui leur a été présentée comme un placement financier².

De même, doit être considéré comme fautif et justifiant le licenciement, le fait pour un salarié pompiste d'avoir, dans le cadre de ses fonctions, sur le lieu et pendant ses heures de travail, aidé des chauffeurs à détourner du carburant à leur profit et utilisé frauduleusement des cartes de crédit-carburant pour obtenir la décharge du prix de livraison³.

On pourra constater que le lieu de travail est entendu largement par la jurisprudence. Il englobe l'entreprise où le salarié travaille, mais aussi les moyens de transport qui sont mis à sa disposition par l'employeur dans le cadre de ses fonctions. Dès lors, si pendant ses heures de travail un chauffeur routier commet une infraction, il sera susceptible de faire l'objet d'une sanction disciplinaire, et si la faute est suffisamment grave, l'objet d'un licenciement par son employeur.

Le lieu de travail doit aussi s'entendre des lieux dans lesquels le salarié est susceptible de se rendre dans le cadre de ses attributions. Ainsi, si le salarié d'une entreprise de nettoyage qui commet un vol dans les locaux qu'il devait nettoyer, son employeur est en droit de le licencier. C'est notamment ce qui a été décidé par la Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 22 mai 1995⁴.

Force est de constater que la jurisprudence en la matière reconnaît un large pouvoir de sanction à l'employeur et ceci peut se traduire notamment à travers deux exemples. Tout d'abord, même si le fait dommageable commis par le salarié sort du cadre normal de ses fonctions, l'employeur sera en mesure de le licencier lorsque l'accomplissement de ce fait a été facilité par l'exercice normal de sa

¹ J. PELISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMEAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2004.

² Crim., 15 novembre 2000, pourvoi n° 00-82.860.

³ Crim., 23 juin 1988, pourvoi n° 84-94.433.

⁴ Civ., 22 mai 1995, pourvoi n° 92-19.172.

fonction¹ (c'est notamment ici le cas de l'abus de fonctions, qui sera développé ultérieurement).

Ensuite, même si les faits n'ont aucun rapport avec l'exercice des fonctions, ils peuvent tout de même relever de la vie professionnelle dès lors qu'ils ont été commis soit sur le lieu de travail, soit plus largement dans un local de l'entreprise. Sera ainsi justifié le licenciement du salarié, auteur de violences inexcusables en dehors du temps de travail, ces faits ayant été commis au sein de l'entreprise par le salarié en état d'ébriété².

Finalement, dès lors que l'infraction pénale commise par le salarié constitue une faute, l'employeur pourra bénéficier de son pouvoir de sanction, ce pouvoir pouvant avoir de lourdes conséquences sur le contrat de travail qui lie le salarié à son employeur.

B.- Les conséquences de la faute

La notion de faute n'est pas clairement définie en droit du travail et laisse donc à l'employeur un large pouvoir d'appréciation, comme cela a été précisé précédemment. Ce pouvoir est cependant contrebalancé par l'imposition de règles procédurales strictes notamment en matière de sanctions prononcées par l'employeur (1). Cependant, et de plus en plus, la décision rendue par le juge répressif peut revêtir les caractères d'une sanction disciplinaire (2).

1/ Une sanction disciplinaire prononcée par l'employeur

L'employeur, au titre de son pouvoir de direction, est en mesure de prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre de son salarié lorsqu'il constate une faute, un manquement de la part de ce dernier. Plusieurs opportunités s'offrent à lui en pareil cas en fonction de la gravité de la faute commise. En effet, par exemple, l'employeur ne pourra pas prononcer un licenciement à l'égard d'un salarié qui n'a commis qu'une faute légère. Une véritable proportionnalité doit donc être respectée entre la faute commise par le salarié et la sanction prononcée par l'employeur.

Il existe une hiérarchie des fautes en droit du travail : la faute légère, la faute sérieuse, la faute grave et enfin la faute lourde, cette dernière étant la faute la plus importante, induisant une intention de nuire du salarié.

Parallèlement, une hiérarchie des sanctions a été mise en place, offrant un panel à l'employeur, qui appliquera une sanction en fonction de la gravité de la faute commise par le salarié. Les sanctions les moins graves sont l'avertissement ou le blâme. En revanche, la mise à pied disciplinaire, la mutation ou la

¹ Crim., 25 février 1907, DP 1907.1.413 ; 20 juillet 1931, DH 1931.413.

² Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-43.823P.

rétrogradation sont plus conséquentes dans la mesure où elles affectent la rémunération, la carrière ou la présence du salarié au sein de l'entreprise. Enfin, la sanction la plus grave pouvant être prononcée par l'employeur à l'encontre de son salarié est le licenciement.

Dans ce dernier cas, il faut distinguer deux grandes catégories de licenciements : le licenciement pour motif économique et le licenciement pour cause personnelle. Au sein de la deuxième catégorie, le licenciement non disciplinaire (sans faute du salarié) se distingue du licenciement disciplinaire, ou licenciement pour faute.

Ainsi, l'infraction pénale commise par le salarié, si elle est constitutive d'une faute disciplinaire, va permettre à l'employeur, au titre de son pouvoir de sanction, de prononcer à son encontre une sanction disciplinaire. Comme cela a été précisé précédemment, le salarié peut à ce titre s'être rendu coupable d'une contravention ou même d'un délit d'imprudence. Dans ce cadre, la sanction prononcée par l'employeur peut éventuellement être un avertissement, un blâme voire une mise à pied disciplinaire, ces faits n'étant en principe pas d'une réelle gravité. Parfois, l'infraction pénale commise par le salarié dans le cadre de ses fonctions sera plutôt constitutive d'un délit intentionnel ou d'un crime. Ici, du fait de la gravité des faits commis par le salarié, son licenciement pourra se justifier. Dans ce cadre, puisqu'il aura commis une faute, le mode de licenciement à appliquer sera le licenciement disciplinaire.

Suite à de nombreux abus commis par les employeurs, ce mode de licenciement a été strictement encadré à compter des années 1990. Ainsi, lorsque l'employeur souhaite licencier son salarié pour faute, il doit respecter une procédure spécifique. De manière succincte, l'employeur devra tout d'abord respecter un délai de deux mois entre la découverte de la faute et l'entretien préalable. Si ce délai n'est pas respecté, l'employeur ne sera plus en mesure de licencier le salarié fautif. L'employeur devra premièrement convoquer le salarié à un entretien préalable. La lettre de convocation doit contenir des mentions obligatoires, et notamment le mot « licenciement ». Ensuite, dans un délai de 5 jours ouvrables à compter de la première présentation de la lettre de convocation, a lieu l'entretien préalable. Si aucun arrangement n'a été trouvé entre les parties à cette occasion, et que l'employeur désire toujours licencier le salarié, il devra lui envoyer une lettre de licenciement, contenant elle aussi des mentions obligatoires et notamment les motifs clairs et précis qui ont poussé l'employeur à prononcer une telle sanction. Le délai à respecter entre l'entretien et la lettre de notification du licenciement est d'au moins 2 jours ouvrables et au maximum d'un mois à compter de l'entretien.

Si le salarié conteste son licenciement, le juge devra examiner si la procédure a été strictement respectée par l'employeur, et il vérifiera surtout si le licenciement revêt bien le caractère de cause réelle et sérieuse.

En principe, seul l'employeur dispose de la capacité de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de son salarié, ou, à la marge, le juge en cas de contentieux. Cependant, le juge répressif s'arroge parfois ce pouvoir en prononçant des « *sanctions pénales à finalité disciplinaire* »¹.

2/ Une sanction disciplinaire parfois prononcée par le juge répressif

Le droit pénal a pour but de protéger l'ordre social de direction et n'a donc pas, en principe, vocation à s'immiscer dans le droit disciplinaire. Pour autant, le juge pénal sera parfois amené à prononcer des sanctions pénales à finalité disciplinaire (a), et même lorsque la sanction pénale est à finalité propre (c'est-à-dire lorsqu'elle a pour objectif la protection de l'ordre social), elle pourra avoir des répercussions en matière disciplinaire (b).

a/ La sanction pénale à vocation disciplinaire

Comme le rappelle la Professeure Joëlle Pralus-Dupuy, le juge répressif « *assume parfois la répression disciplinaire en incorporant la sanction disciplinaire à la sanction pénale* »². Mais comment cela est-il possible dans la mesure où le but premier du droit pénal est la protection de l'intérêt général ?

D'une part, la juridiction pénale peut tout d'abord être amenée à prononcer une privation des droits civiques et politiques. À ce titre, l'ancien article 34 du Code pénal prévoyait notamment « *la destitution et l'exclusion de toutes fonctions, emplois et offices publics* » lorsqu'une condamnation pour crime entraînant une privation des droits civiques a été prononcée à l'encontre d'une personne dont la fonction relève de l'autorité publique.

D'autre part, la sanction disciplinaire prononcée par le juge pénal peut résulter d'une interdiction professionnelle.

Celles-ci ont tout d'abord été prononcées à l'égard des fonctionnaires et officiers publics dès le début du 19^e siècle. Cette interdiction professionnelle peut être limitée dans le temps, notamment en cas d'exercice illégal de l'autorité comme le précise l'article 432-3 du Code pénal, mais peut aussi être perpétuelle comme en cas d'ingérence (article 432-12 du Code pénal).

Depuis le 20^e siècle, le secteur public n'est plus le seul concerné. En effet, dans un but de moralisation de certaines professions, la possibilité pour le juge pénal de prononcer des mesures disciplinaires a été étendue aux professions libérales et commerciales. À ce titre, certaines interdictions sont applicables à toutes les professions, sans distinction. Par exemple, l'article 131-6, 11^o du Code

¹ J. PRALUS-DUPUY, « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *Revue de science criminelle* 1992, p. 229.

² *Idem*.

pénal prévoit pour toutes les professions une interdiction d'exercer en cas de délit puni d'une peine d'emprisonnement lorsque l'auteur des faits a utilisé sciemment les facilités que lui procure sa fonction pour commettre ou préparer ce délit. Mais en règle générale, la possibilité dont dispose le juge pénal de prononcer des interdictions professionnelles vise des professions spécifiques et notamment celles qui ont vocation à devoir obtenir la confiance absolue du public : c'est le cas des professions de santé ou encore des activités bancaires.

Finalement, les cas où la juridiction répressive va au travers de sa sanction pénale, prononcer une sanction disciplinaire sont relativement peu nombreux. En revanche, la sanction pénale, même si elle n'a pas à la base vocation à intervenir dans le domaine disciplinaire, pourra avoir des incidences sur celui-ci.

b/ La sanction pénale à finalité propre et ses incidences en matière disciplinaire

Certaines sanctions pénales à finalité propre, qui n'auront pas pour but de sanctionner disciplinairement le salarié, vont pourtant avoir des conséquences en matière disciplinaire.

L'exemple le plus représentatif en la matière est celui de l'incarcération du salarié. En effet, lorsque, dans le cadre de ses fonctions, le salarié commet un crime ou certains délits, il pourra avoir l'obligation, suite à sa condamnation pénale, d'effectuer une peine de prison. Par voie de conséquence, il ne pourra plus se rendre sur son lieu de travail et ne sera dès lors plus à même d'exercer ses fonctions. Sous certaines conditions, qui seront développées par la suite¹, l'employeur pourra être amené à prononcer le licenciement du salarié.

Dans la même lignée, l'interdiction de séjour du salarié sur le lieu de son emploi ou la suppression de son permis de conduire pour un salarié dont la détention est indispensable vont entraîner des conséquences sur le contrat de travail.

Plus spécifiquement, la sanction pénale va aussi parfois entraîner des conséquences sur la possibilité pour une personne d'exercer son activité quand bien même elle ne rendrait pas impossible par elle-même l'exercice de cette profession. Tel est le cas notamment lorsque les statuts d'une association prévoient que certaines condamnations sont de nature à entraîner l'interdiction d'exercer les fonctions précédemment occupées, ceci entraînant le licenciement du salarié.

Si, en principe, seuls l'employeur, et, en cas de contentieux, le juge prud'homal ont la possibilité de prononcer à l'encontre du salarié une sanction disciplinaire, force est de constater que le juge pénal s'arroge parfois ce droit. Mais

¹ Chap.1, Section 2, B., 1, p. 22.

plus encore, le juge disciplinaire sera dans certains cas tenu de s'incliner face à la décision rendue par le juge répressif.

II.- Les liens entre sanctions pénales et disciplinaires

Si l'infraction pénale commise par le salarié peut constituer une faute disciplinaire justifiant son licenciement, elle constitue aussi et surtout une contrariété à l'ordre social établi et une violation de la loi pénale qui justifie une intervention de la juridiction pénale. S'il existe une indépendance de principe entre les juridictions pénale et disciplinaire (A), cette indépendance va devoir s'effacer dans certains cas, des liens indéniables pouvant exister entre les deux sanctions (B).

A.- Une indépendance de principe entre les deux juridictions

Force est de constater qu'il existe depuis toujours des différences considérables entre le droit disciplinaire et le droit pénal, différences qui induisent nécessairement une indépendance des juridictions disciplinaire et répressive.

Tout d'abord, la nature des institutions diverge. L'infraction pénale fait l'objet d'une répression qui s'exerce devant les juridictions pénales dont l'organisation et le mode de fonctionnement sont fondamentalement différents des règles ayant vocation à s'appliquer en matière disciplinaire. Par exemple, les conseillers prud'hommes ne sont pas des juges professionnels issus de l'École Nationale de la Magistrature contrairement aux juges répressifs. De plus, en droit pénal, il existe trois types d'infractions différentes : la contravention, le délit et le crime. Selon la nature de l'infraction, la juridiction pénale qui sera saisie sera différente : si l'infraction en cause constitue une contravention, le tribunal de police sera compétent ; si elle constitue un délit, le tribunal correctionnel devra être saisi et enfin, si elle constitue un crime, c'est la Cour d'assises qui sera compétente. En droit du travail, il existe aussi différents degrés de fautes : la faute légère, la faute sérieuse, la faute grave et la faute lourde. Cependant, en cas de recours, seul le Conseil des Prud'hommes sera habilité à apprécier la validité de la faute retenue à l'encontre du salarié et par là même, la validité de la sanction disciplinaire prononcée par l'employeur. Mais encore, si la commission d'une infraction pénale peut entraîner le prononcé par la juridiction pénale d'une peine privative de liberté, cela est inconcevable en matière disciplinaire. Les exemples ne manquent pas.

Ensuite, si la répression pénale s'applique à la société tout entière, tel n'est pas le cas de la répression disciplinaire qui n'a vocation à s'exercer qu'au sein d'un corps, d'une organisation sociale structurée. En effet, le droit du travail n'intéresse que les acteurs faisant partie de la relation de travail. Une personne au chômage, à

la retraite, ou ne travaillant pas ne pourra se voir appliquer les dispositions régissant le droit du travail.

De surcroît, les principes directeurs reconnus en droit pénal n'ont pas trouvé leur place au sein du droit disciplinaire. L'exemple le plus caractéristique est celui de la méconnaissance, par le droit du travail, du principe de légalité des délits et des peines. En effet, pour pouvoir faire l'objet d'une sanction pénale, un fait doit être expressément visé et condamné par les textes de loi. En revanche, en matière disciplinaire, la sanction disciplinaire peut être prononcée par l'employeur dès lors que celui-ci considère que le fait du salarié constitue un comportement fautif. D'ailleurs, le droit du travail ne connaît pas de véritable définition de la notion de faute.

Il est encore possible de constater que si l'action publique est limitée par la prescription, tel n'est pas le cas de l'action disciplinaire. Dans ce cas, et du fait du principe d'indépendance de ces deux répressions, si pour un fait, l'action publique est prescrite, cela n'empêche pas à l'employeur de mettre en œuvre l'action disciplinaire. Il existe cependant une exception à cette règle qui est posée par l'article L.1332-4 du Code du travail. Cet article dispose qu'« *aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales* ». Ainsi, dès lors que des poursuites pénales ont été engagées contre le salarié, le délai de deux mois entre la découverte des faits fautifs et la mise en œuvre de l'action disciplinaire n'est plus impératif.

De plus, depuis la loi du 5 mars 2007, le principe selon lequel le criminel tient le civil en l'état a considérablement été remis en cause. L'article 4 du Code de procédure pénale précise désormais que « la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil ». Finalement, le sursis à statuer a perdu de son ampleur et les actions disciplinaires et pénales peuvent dès lors s'exercer de manière concurrente. Ainsi, l'infraction pénale commise par le salarié pourra faire l'objet d'une poursuite pénale, mais aussi, en même temps, d'une action disciplinaire si l'infraction constitue une faute. Cela induit nécessairement qu'est écartée en la matière la règle *non bis in idem*, le cumul de sanctions étant ici possible.

Cependant, le principe d'indépendance des répressions pénale et disciplinaire n'implique pas, comme l'a souligné la Professeure Joëlle Pralus-Dupuy, que les deux contentieux doivent nécessairement se dérouler dans une totale indifférence.

En effet, comment accepter que la solution prononcée par les juridictions prud'homales soit en contradiction avec la décision pénale ?

B.- Des liens indéniables entre les deux sanctions

Comme l'a énoncé la Professeure Joëlle Pralus-Dupuy¹, « *le droit processuel montre que l'influence des décisions d'un ordre juridictionnel sur celles d'un autre ordre résulte de l'autorité de la chose jugée* ». Pour qu'un jugement puisse produire un tel effet, des conditions doivent être respectées : doit exister entre la poursuite pénale et la poursuite engagée devant une autre juridiction une identité d'objet, de parties et de cause. Or l'objet de la poursuite pénale (la condamnation de la personne mise en cause) n'est pas identique à celui de la poursuite disciplinaire (le licenciement du salarié). Cependant, dans tous les cas, « *la juridiction disciplinaire ne pourra contredire ce que le juge répressif a décidé sur l'existence des faits matériels et la culpabilité au sens pénal* »². Comme le souligne Joëlle Pralus-Dupuy, « *dans un tel cas des considérations d'intérêt social et des raisons de sécurité juridique imposent l'affirmation de la primauté du pénal sur le disciplinaire* ». Mais que signifie précisément cette affirmation ? Dans quels cas le juge prud'homal sera tenu de respecter la décision rendue au pénal ?

Lorsque l'action disciplinaire est fondée sur une qualification pénale, la juridiction disciplinaire aura pour obligation de sursoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction pénale se prononce. Cette obligation a été imposée depuis de nombreuses années par la jurisprudence³ et s'explique par le fait que seul le juge pénal a le pouvoir d'apprécier l'existence ou non de l'infraction pénale, le juge disciplinaire n'ayant que la capacité d'apprécier la réalité de la faute.

En revanche, en est-il de même lorsque l'action disciplinaire est fondée sur une qualification disciplinaire des faits et non sur une qualification pénale ? La chambre sociale a pendant longtemps refusé d'appliquer le principe de l'autorité de la chose jugée même lorsque la matérialité des faits était avancée par la juridiction pénale. En témoignent notamment des arrêts de la Chambre sociale en date du 25 février 1984 et du 12 décembre 1985.

Mais par un arrêt rendu le 16 juin 1988, la Chambre sociale finit par admettre l'autorité de la chose jugée au pénal sur le disciplinaire, revirement qui sera ensuite confirmé par deux arrêts de la même chambre, rendus le 21 juin 1989 et le 12 juillet 1989. Ces deux derniers arrêts apportent des précisions, notamment en matière de relaxe au pénal des faits reprochés au salarié. Ce n'est en effet que lorsque la relaxe repose sur l'inexistence de la matérialité des faits que le juge

¹ J. PRALUS-DUPUY, « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *Revue de science criminelle* 1992, p. 229.

² J. PRADEL, *Procédure pénale*, 5^{ème} éd. 1990, p.627.

³ Civ. 9 novembre 1881, *DP* 1882.1.281 ; mais encore Civ. 1^{ère}, 15 mai 1984.

disciplinaire sera soumis à l'autorité de la chose jugée¹. Mais dès lors que le jugement de relaxe ne se base que sur le doute du caractère frauduleux des faits commis, l'appréciation du juge disciplinaire sur les faits reprochés sera libre et le salarié pourra dès lors faire l'objet d'un licenciement². Il s'agit plus précisément dans ce dernier cas du fait, pour la juridiction pénale, de reconnaître la réalité des faits reprochés au salarié tout en précisant que ces faits ne sont pas de nature à constituer une infraction pénale. Par exemple, la Chambre sociale de la Cour de cassation, le 18 octobre 1995, a précisé, dans le cadre d'un licenciement qui avait pour fondement le vol de marchandises, que : « *la décision du juge répressif, qui s'est borné à constater l'absence d'intention frauduleuse, ne prive pas le juge civil du pouvoir d'apprécier les faits qui lui sont soumis* ».

Finalement, dans ce cadre, seuls deux cas vont imposer au juge disciplinaire le respect de l'autorité de la chose jugée au pénal : lorsque la matérialité des faits est reconnue par le juge pénal (par exemple, une condamnation pour détournement de fonds commis par le salarié) et inversement, lorsque cette matérialité est considérée comme étant inexistante (par exemple, une relaxe du salarié accusé de vol de matériel, ce dernier n'ayant jamais détenu effectivement ce matériel).

Cependant, Joëlle Pralus-Dupuy considère que du fait d'une motivation peu explicite des dernières décisions de la Cour de cassation en la matière³, « *l'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'à la constatation matérielle des faits par le juge pénal et ne s'étend pas à la qualification de ces mêmes faits* ».

Dès lors, il faut considérer que l'autorité de la chose jugée ne s'impose que lorsque l'action disciplinaire a pour fondement une qualification pénale. Au-delà, lorsque l'action disciplinaire est fondée sur une qualification disciplinaire, ce qui est le cas le plus souvent, il est généralement précisé qu'elle ne peut contredire la décision pénale quant à la matérialité des faits et la participation de la personne poursuivie. En dehors de ces cas, c'est le principe de l'indépendance des actions disciplinaire et pénale qui prédomine.

Si l'infraction pénale du salarié justifie pleinement son licenciement disciplinaire, la solution ne peut pas être la même lorsque l'infraction commise par le salarié l'a été dans le cadre de sa vie personnelle.

¹ Soc., 12 juillet 1989, D.1990.132.

² Soc., 21 juin 1989, D. 1990.132.

³ Soc., 12 mars 1991, *Bonfils* et Cass. soc., 18 avril 1991, *Assémat*, cités par J. Savatier, « Le licenciement pour des faits susceptibles d'incrimination pénale », *Dr. soc.* 1991, p. 626.

Section 2.- L'infraction pénale du salarié dans le cadre de sa vie personnelle

Constituant un véritable droit fondamental, le respect de la vie personnelle du salarié est une limite au pouvoir de direction dont dispose l'employeur. Ainsi, dans sa vie extra-professionnelle, le salarié bénéficie d'une immunité de principe (I) et « *possède son propre espace d'autonomie dans lequel l'employeur ne saurait s'immiscer, le lien de subordination intrinsèque à la relation de travail n'existant plus* »¹. Cependant, cette immunité devra dans certains cas être écartée (II), le fait du salarié tiré de sa vie personnelle pouvant parfois justifier son départ de l'entreprise.

I.- L'affirmation d'une immunité de principe : l'interdiction du licenciement disciplinaire du salarié

La vie privée est une liberté publique, un droit fondamental résultant non seulement de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme mais aussi d'autres sources nationales et internationales² constituant un véritable arsenal juridique en faveur d'une protection du salarié, protection que le lien de subordination ne saurait remettre en cause. Ainsi, l'employeur ne peut en principe pas licencier un salarié pour un fait tiré de sa vie personnelle (A). Cependant, le licenciement non disciplinaire du salarié sera justifié si le fait tiré de sa vie personnelle cause un trouble caractérisé au sein de l'entreprise (B).

A.- Le principe : l'impossible sanction du salarié

L'article L.1121-1 du Code du travail précise que : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

De même, les articles L.1132-1 et suivants du même Code prévoient qu'« *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire [...] en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de*

¹ P. BROCHETON, « Vie personnelle et vie professionnelle, l'art de l'équilibre », *Semaine Lamy social*, 1999.

² Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, art. 8 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966 ; art. 17 C. civ. ; art 9 C. pén.

ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses [...] ».

Il en découle que, sauf exception, les faits commis par un salarié qui ne sont pas en relation avec son activité salariée ne peuvent pas être considérés comme fautifs¹.

Plus encore que le respect de la vie privée du salarié, il s'agit du respect de sa « vie personnelle ». Comme l'a précisé le Professeur Grégoire Loiseau², « *(l) respect porte loin, car la vie personnelle du salarié a un périmètre plus large que sa seule vie privée. Elle comprend toute circonstance dont l'indifférence s'impose à l'employeur parce qu'elle est sans lien direct et nécessaire avec l'exercice de l'activité professionnelle, même s'il s'agit de faits qui pourraient être rendus publics sans affecter la vie privée* ».

Le domaine de la vie personnelle du salarié a pris ces dix dernières années une importance bien plus considérable qu'auparavant dans la mesure où, depuis la loi Aubry sur les 35 heures du 13 juin 1998, le temps passé par le salarié en dehors de l'entreprise s'accroît. Les salariés auront donc davantage de loisirs et de temps pour leur vie familiale ou culturelle et pour leurs activités religieuses ou militantes et les conflits d'intérêts entre vie personnelle et vie professionnelle vont s'accroître à partir de cette période.

Pour pouvoir déterminer les limites entre la vie personnelle et professionnelle du salarié, il s'agit de définir la notion de vie privée. Or aucune définition n'a été donnée par le législateur. Comme l'a souligné le professeur Olivier de Tissot, c'est comme si le législateur avait pensé que la définition en était trop évidente pour qu'elle vaille la peine d'être dite, ou trop complexe pour qu'il soit raisonnable de tenter de l'expliquer dans un texte de loi³.

Cependant, le Code du travail s'est enrichi de textes visant à protéger le salarié contre toute atteinte portée à sa vie privée, et ce dans toutes les étapes de la relation de travail. En effet, l'employeur doit veiller ne pas porter atteinte à la vie personnelle du salarié que ce soit lors du recrutement, de l'élaboration du règlement intérieur ou du licenciement de son salarié.

Ce sont donc les tribunaux qui ont délimité les contours de la notion de vie personnelle du salarié, essayant de concilier la vie privée avec l'intérêt de l'entreprise.

Tout d'abord, l'arrêt de la Chambre sociale du 29 novembre 1990, aussi appelé arrêt Fertray concernait le licenciement d'une salariée basé sur l'incompatibilité de ses fonctions au sein de la société et le fait d'être l'épouse d'un

¹ Soc. 25 octobre 2000, pourvoi n° 98- 44022

² G. LOISEAU, « Vie personnelle et licenciement disciplinaire », *D.*, 2011, p. 1568.

³ O. de TISSOT, « La protection de la vie privée », *Dr. soc.*, mars 1995, p. 222.

ancien salarié qui attaquait la société en justice. La Haute juridiction a alors précisé : « *qu'un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs et que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement* »¹. Autrement dit, le licenciement d'un salarié doit être fondé sur une cause objective, une faute du salarié.

De plus, jusque dans les années 1990, la distinction entre vie professionnelle et vie extra-professionnelle n'était pas clairement opérée. L'employeur bénéficiait donc d'un pouvoir d'appréciation considérable sur les faits commis par les salariés, même en dehors de leur temps de travail. La voie vers une reconnaissance d'une immunité du salarié dans le cadre de sa vie privée a été ouverte par l'arrêt Rossard de la Chambre sociale de la Cour de Cassation du 22 janvier 1992. Par cet arrêt, la Haute juridiction casse une décision qui avait considéré comme légitime le licenciement d'une salariée de l'entreprise Renault qui avait remplacé sa R5 par une voiture d'une marque concurrente.

Par la suite, un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 16 décembre 1997² a précisé que : « *le fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne peut constituer une faute* ». En l'espèce, un clerc de notaire, licencié pour faute grave, avait été condamné par le tribunal correctionnel pour aide à séjour irrégulier d'un étranger. La Cour considère le licenciement comme étant dénué de cause réelle et sérieuse. Cette décision, largement accueillie par la doctrine, a par la suite été confirmée de nombreuses fois par la Haute juridiction. Par exemple, le fait pour un salarié travaillant dans une banque d'être constamment endetté ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement³. Il en va de même lorsque le licenciement du salarié est fondé sur le seul risque d'un conflit d'intérêts né du mariage d'un salarié avec une personne détenant la moitié du capital d'une société affiliée au réseau de son employeur⁴.

Cependant, en réalité, il se peut que l'infraction pénale commise par le salarié dans le cadre de sa vie personnelle ait de véritables répercussions au sein de l'entreprise. En effet, comment doit agir un employeur lorsque l'infraction pénale a conduit la juridiction pénale à prononcer l'emprisonnement du salarié, ce dernier ne pouvant dès lors plus se rendre sur son lieu de travail ? Comment encore admettre que le fait d'un salarié causant une véritable désorganisation de l'entreprise ne puisse avoir aucune incidence sur le contrat de travail liant le salarié à son employeur ?

Dans ce cadre, il serait particulièrement injuste d'empêcher tout recours de l'employeur à l'encontre de son salarié. Face à cette situation, la Cour de cassation,

¹ Soc., 29 novembre 1990, *Fertray*, RJS 1/90 n° 16.

² Soc., 16 décembre 1997, pourvoi n° 95-41.326.

³ Soc., 16 décembre 1998, pourvoi n° 96-43.540P.

⁴ Soc., 21 septembre 2006, pourvoi n° 05-41.155.

par le célèbre arrêt *Painsecq* du 17 avril 1991¹, a complété sa jurisprudence en admettant « *qu'il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* ».

B.- La limite : l'existence d'un trouble objectif

L'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 précise que : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». Il faut ainsi admettre que toute liberté a ses limites. Dès lors, la vie personnelle du salarié ne doit pas être considérée comme étant toute puissante. En effet, dès lors qu'elle remet en cause le fonctionnement normal de l'entreprise, qu'elle cause un trouble objectif (1), elle aura des conséquences sur le contrat de travail (2).

1/ La caractérisation du trouble objectif

Largement accueillie par la doctrine, la jurisprudence *Painsecq* a le mérite de limiter considérablement le pouvoir dont l'employeur dispose sur le contrat de travail jusque dans les années 1990. En effet, puisque la distinction entre vie professionnelle et vie extra-professionnelle n'était pas clairement établie, l'employeur bénéficiait d'un large pouvoir d'appréciation des faits commis par les salariés, même en dehors de leur temps de travail, bien que les textes consacraient une véritable immunité du salarié dans le cadre de sa vie personnelle. Une véritable discordance existait donc entre les textes, consacrant une immunité du salarié, et la pratique jurisprudentielle, extrêmement sévère à l'égard de ce dernier, ne connaissant pas de véritable distinction entre vie professionnelle et privée.

C'est dans ce contexte que la Cour de cassation rend l'arrêt *Painsecq* du 17 avril 1991, décision qui a le mérite d'éclaircir les zones d'ombre de la jurisprudence sociale.

Par cet arrêt, la Cour revient sur le principe d'immunité du salarié dans le cadre de sa vie privée en limitant sa rigueur. En l'espèce, un sacristain engagé par la paroisse de Saint-Nicolas-du-Chardonnet est licencié par l'association qui l'emploie, cette dernière ayant découvert son homosexualité et estimant « *que celui-ci ne pouvait être maintenu dans ses fonctions en raison de ses mœurs contraires aux principes de l'Église catholique* ». À cette occasion, la Cour de cassation va poser avec vigueur un principe, constamment repris depuis, selon lequel : « *il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette*

¹ Soc., 17 avril 1991, *Painsecq c/ Association Fraternité Saint Pie X*, pourvoi n°90-42.636P.

dernière ». Dès lors, l'homosexualité, en véritable contradiction avec les principes posés par la religion catholique, justifie le licenciement du salarié.

Les juges doivent ainsi analyser objectivement le comportement en cause par rapport à la nature des fonctions exercées, à la finalité propre de l'entreprise. Si le trouble objectif est caractérisé, le licenciement aura pour but de protéger l'intérêt de l'entreprise, « *celui-ci ne se réduisant pas à l'intérêt du propriétaire du capital et s'étendant à l'ensemble des partenaires en cause* », comme a pu le souligner Philippe Waquet.

Ainsi, constitue un trouble objectif et justifie donc son licenciement le fait pour le cadre d'une banque, notamment tenu d'une obligation de probité, d'avoir été condamné pour vol et trafic de voitures dans le cadre de sa vie personnelle¹. Il en va de même lorsque le salarié d'un établissement d'accueil aux personnes protégées a été mis en examen pour des faits d'attentat à la pudeur sur mineur² ou encore lorsqu'un chauffeur routier a été condamné pour conduite en état d'ivresse en dehors de son temps de travail, ces faits se rattachant à sa vie professionnelle³.

Plus particulièrement, est-il possible d'invoquer le trouble objectif lorsque ce n'est pas l'infraction pénale en elle-même qui cause le trouble, mais ses conséquences ? En d'autres termes, l'incarcération prolongée d'un salarié suite à une infraction pénale commise dans le cadre de sa vie privée peut-elle justifier son licenciement alors que l'infraction en elle-même ne cause aucun trouble à l'entreprise ? Plus simplement, il s'agit de se demander si l'incarcération peut être constitutive d'un trouble objectif pour l'entreprise.

Pour justifier le licenciement d'un salarié faisant l'objet d'une longue période de détention, la jurisprudence sociale se fondait premièrement sur la force majeure comme l'illustre un arrêt de la Chambre sociale du 24 avril 1986⁴. Elle a par la suite considéré qu'une longue période d'incarcération constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif non disciplinaire⁵. *A contrario*, une courte peine d'emprisonnement ne fait pas obstacle à la continuation des relations de travail. Dès lors, est dénué de cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié prononcé au seul motif de la détention du salarié⁶. Dans cette décision rendue par la Chambre sociale le 17 mai 1993, la Cour a précisé que « *l'employeur n'avait pas recherché les causes de la détention, sa durée prévisible ni les conséquences pour l'entreprise de l'absence du salarié* ». En d'autres termes, pour que soit justifié le licenciement du salarié du fait de son incarcération, il faut nécessairement que cela cause un trouble dans l'entreprise, ce trouble s'appréciant objectivement par rapport aux fonctions exercées par le salarié. Dès lors, si l'employeur a eu

¹ Soc., 25 janvier 2006, pourvoi n° 04-44.918.

² Soc., 21 mai 2002, pourvoi n° 00-41.128.

³ Soc., 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-43.227.

⁴ Soc., 24 avril 1986, pourvoi n° 83-43.220.

⁵ Soc., 15 octobre 1996.

⁶ Soc., 17 mai 1993, pourvoi n° 89-41.974.

rapidement besoin de remplacer le salarié, que le poste occupé est un poste important, que l'absence du salarié cause une désorganisation de l'entreprise... le trouble caractérisé causé à l'entreprise sera constitué, et le licenciement du salarié sera ainsi justifié. La jurisprudence insiste d'ailleurs sur le fait que le trouble constaté doit nécessiter le remplacement du salarié¹.

Le trouble objectif, s'il est caractérisé, va avoir des conséquences lourdes sur le contrat de travail dans la mesure où il justifie le licenciement du salarié. Cependant, ce licenciement ne trouvant pas son origine dans une faute du salarié, il ne peut être que non disciplinaire.

2/ Les conséquences du trouble objectif

Si un fait tiré de la vie personnelle du salarié cause un trouble objectif à l'entreprise, l'employeur sera en droit de le licencier, le licenciement ne pouvant être dans ce cadre qu'un licenciement pour motif non disciplinaire (a). Cependant, la notion de trouble objectif a connu ces dix dernières années une véritable crise. (b).

a/ Le licenciement non disciplinaire du salarié

La notion de trouble objectif est apparue dans un contexte dans lequel, comme le souligne Philippe Waquet², la jurisprudence sur le licenciement était relativement fruste. En effet, ce n'est qu'à partir de 1990³, suite à la loi du 2 août 1989, que les premiers arrêts sur le licenciement économique apparaissent. Au sein du licenciement pour motif personnel, la jurisprudence ne faisait pas encore la différence entre licenciements disciplinaire et non disciplinaire, si bien que même lorsque les faits reprochés au salarié n'avaient pas de lien avec l'exécution du contrat de travail, un licenciement pour faute était prononcé.

Ainsi, l'arrêt *Painsecq* de 1991 reflète une véritable évolution de la jurisprudence en matière de licenciement pour motif personnel. En effet, au sein de cette catégorie, il faut désormais distinguer le licenciement disciplinaire, pour faute, du licenciement non disciplinaire du salarié, ces deux types de licenciements n'emportant pas les mêmes conséquences.

La première conséquence de cette distinction entre licenciements disciplinaire et non disciplinaire tient aux motifs invoqués par l'employeur pour justifier la sanction.

¹ Soc., 5 mars 2003, pourvoi n° 01-41.872 ; 10 novembre 2004, Bull. civ. V, n° 284 ; 8 décembre 2004, pourvoi n° 02-46.791.

² P. Waquet, « Le "trouble objectif dans l'entreprise" : une notion à redéfinir », *RDT*, 2006, p. 304.

³ Soc., 24 avril 1990, *Bull. civ. V*, n° 181.

Le licenciement disciplinaire doit être fondé sur une faute du salarié. Cette faute doit avoir un lien avec l'exécution du contrat de travail. En effet, le fait reproché à un salarié ne peut justifier une sanction disciplinaire que s'il constitue un manquement à ses obligations professionnelles. L'employeur ne peut donc sanctionner le salarié qu'au titre de son pouvoir de direction (par lequel il fait notamment régner la discipline au sein de l'entreprise), le bénéfice de ce pouvoir étant lui-même limité à la relation de travail unissant l'employeur à son salarié.

En revanche, le licenciement non disciplinaire permet à l'employeur de licencier le salarié en dehors de tout comportement fautif du salarié. Les faits invoqués par l'employeur pour justifier un tel licenciement doivent présenter un caractère objectif et être personnellement imputables au salarié. Constituent ainsi des motifs possibles de licenciement non disciplinaire l'insuffisance professionnelle, l'insuffisance de résultat, l'inaptitude à de nouvelles fonctions, mais aussi le trouble objectif causé par le salarié à l'occasion d'un fait tiré de sa vie personnelle.

Ensuite, la distinction entre ces deux types de licenciement a des conséquences sur les effets mêmes du licenciement. Il faut rappeler que le licenciement pour faute (faute grave ou faute lourde) prive le salarié de ses indemnités de licenciement et peut même, en fonction de la faute retenue à l'encontre du salarié, le priver de ses indemnités de préavis ou/et de congés payés. En revanche, dans le cadre du licenciement non disciplinaire, le salarié conserve toutes ses indemnités, y compris les indemnités légales de licenciement. Dès lors, en cas de licenciement pour trouble objectif, le salarié touchera en toutes circonstances ses indemnités de licenciement, de préavis et de congés payés.

b/ Une crise de la notion de trouble objectif ?

Comme l'a précisé l'arrêt *Painsecq* de 1991 et en toute logique, le licenciement prononcé à l'encontre du salarié ne peut être qu'un licenciement non disciplinaire dans la mesure où aucune faute ne lui est imputable. Cependant, la notion de trouble objectif connaît ces dernières années une véritable crise, et ce, à divers égards.

Tout d'abord, la jurisprudence a parfois tendance à confondre la notion de trouble objectif et celle de faute. En témoigne un arrêt de la Cour de cassation en date du 3 décembre 2002¹. La Chambre sociale a à cette occasion précisé : « *que la Cour d'appel, qui a relevé que les agissements de M. X... avaient nui gravement à la réputation de l'employeur et avaient contraint celui-ci à procéder à son remplacement [...], a fait ressortir que son comportement en qualité de client de l'un de ces magasins, bien qu'étranger à l'exercice de ses activités professionnelles, avait créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise qui*

¹ Soc., 3 décembre 2002, Bull. civ. V, n° 361.

l'employait [...] que ces faits rendaient impossible la poursuite du contrat de travail pendant la durée du préavis et constituaient une faute grave ».

Il faut ici constater que le fait du salarié, qui s'est déroulé dans le cadre de sa vie personnelle, a été considéré comme constituant une faute par la Haute juridiction. Le licenciement disciplinaire du salarié est ainsi considéré comme valable.

Quelques mois plus tard, le 25 février 2003, la Chambre sociale admet le licenciement pour faute grave d'un salarié pour un fait commis dans le cadre de sa vie personnelle. Or le lendemain, une autre formation de la Chambre sociale affirme que le fait tiré de la vie personnelle ne peut constituer une faute, quand bien même ce dernier entraînerait l'incarcération du salarié (et par là même, la suspension de son contrat de travail).

Les décisions de la Cour de cassation apparaissent donc être en totale discordance, et les décisions ultérieures ne permettent toujours pas de cerner une position définitive de la jurisprudence.

En effet, en 2004, la Chambre sociale affirme cette fois que : « *Si un fait tiré de la vie personnelle du salarié ne peut constituer une faute, il en est autrement si le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a causé un trouble objectif caractérisé au sein de cette dernière* »¹. La Cour précise ici qu'un fait commis par le salarié dans le cadre de sa vie personnelle ne peut constituer une faute, sauf si ce fait crée un trouble objectif au sein de l'entreprise. Le trouble objectif, s'il est reconnu, constitue donc une faute qui justifie le licenciement disciplinaire du salarié. Le principe posé en 1991 paraît ici bien loin.

Dans la même lignée, un arrêt du 10 mai 2006 retient que la cour d'appel « *a ainsi fait ressortir [...] que les faits reprochés au salarié ne s'étaient pas produits dans l'exécution de son contrat de travail, qu'ils n'avaient causé aucun trouble dans l'entreprise et n'avaient pas porté atteinte à ses intérêts, en sorte qu'ils n'étaient pas fautifs* ».

Comment la Haute juridiction justifiait-elle cette solution ? Comme l'a précisé le Professeur Gérard Loiseau, « *à l'époque où la chambre sociale se fondait sur l'existence d'un trouble caractérisé pour déduire l'existence d'une faute grave, son président justifiait la solution par l'idée que le salarié auteur du trouble avait nécessairement violé son obligation de loyauté à l'égard de l'employeur* ». L'obligation de loyauté, inhérente au contrat de travail, permettait de constater le manquement par le salarié à une de ses obligations contractuelles et justifiait ainsi la restauration du pouvoir disciplinaire de l'employeur. C'est parce que la loyauté

¹ Soc., 16 mars 2004, pourvoi n° 01-45.062.

est une notion floue à contenu variable¹ qu'elle facilite la caractérisation du manquement et accroît de ce fait les pouvoirs de l'employeur.

En totale contradiction avec le principe posé par la jurisprudence *Painsecq* de 1991, la jurisprudence a finalement opté pour un retour à la solution classique, retenant l'absence de faute du salarié pour un fait tiré de sa vie personnelle, le licenciement non disciplinaire de l'employé étant toutefois possible dès lors qu'un trouble objectif a été caractérisé.

Tout d'abord, deux arrêts de la Chambre sociale du 30 novembre 2005 réaffirment : « *qu'il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci a créé un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise* ».

Par la suite, un arrêt du 13 septembre 2006, à propos du licenciement pour faute grave d'un salarié condamné pour viol, rappelle l'incompatibilité entre les notions de trouble objectif et de faute disciplinaire : « *Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que le licenciement prononcé pour faute grave avait un caractère disciplinaire et qu'aucune faute n'était reprochée à M. B..., la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

Cette solution, constamment reprise depuis, a été réaffirmée dans un récent arrêt en date du 9 mars 2011 : « *un fait de la vie personnelle occasionnant un trouble dans l'entreprise ne peut justifier un licenciement disciplinaire* »².

Ainsi, l'infraction pénale qui serait commise par un salarié dans le cadre de sa vie personnelle ne peut en aucun cas constituer une faute du salarié, la vie privée de ce dernier étant protégée par de nombreux textes de sources nationales, européennes et même internationales. En revanche, le trouble objectif, parfois aussi appelé trouble caractérisé, permet de limiter la rigueur de l'immunité dont bénéficie le salarié dans le cadre de cette sphère extra-professionnelle en permettant le licenciement non disciplinaire du salarié.

Même si cette notion de trouble objectif vient tempérer un principe d'immunité souvent considéré comme injuste, cette solution paraît critiquable à certains égards. En effet, le fait d'un salarié, même s'il a été commis en dehors de ses fonctions, peut avoir des conséquences lourdes sur le bon fonctionnement de l'entreprise. Mais puisqu'il faut ici faire prévaloir le trouble objectif, le salarié bénéficierait d'un licenciement non disciplinaire, impliquant l'admission des indemnités de licenciement. Cette solution paraît dans certains cas particulièrement injuste. De même, le manquement à une obligation contractuelle, s'il a été constaté dans le cadre de la vie personnelle du salarié, ne pourrait pas justifier son licenciement disciplinaire? Prenant en compte ces incompatibilités, la

¹ V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ – Droit prospectif*, 1991-3, p. 754-768.

² Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-42.150.

Cour de cassation a affiné sa jurisprudence en la matière et a alors admis progressivement des exceptions au principe d'immunité, dès lors qu'un lien avec le contrat de travail était constaté.

II.- L'exception au principe : un licenciement disciplinaire parfois admis

Comme cela a été précisé précédemment, le fait d'un salarié commis dans le cadre de sa vie personnelle ne peut en aucun cas constituer une faute. Dès lors, et en toute logique, le salarié ne pourra se voir licencier pour un motif disciplinaire. Cependant, la Cour a récemment admis cette possibilité (A) dans le cas où le fait du salarié constituerait *in fine* le manquement à une de ses obligations contractuelles. Cette nouvelle exception au principe d'immunité du salarié a diversement été admise par la doctrine dans la mesure où sa portée est lourde de conséquences (B).

A.- La nouvelle exception au principe d'immunité : le manquement à une obligation contractuelle

Par une décision très remarquable de la Cour de cassation en date du 3 mai 2011, une nouvelle exception au principe d'immunité du salarié dans le cadre de sa vie personnelle vient d'être admise. En l'espèce, un salarié engagé en qualité d'ouvrier nettoyeur a été licencié pour faute grave dans la mesure où, du fait du retrait de son permis de conduire à raison de la totalité de ses points, il n'était plus en mesure de conduire le véhicule mis à sa disposition dans le cadre de sa vie professionnelle. La Chambre sociale précise à cette occasion « *qu'un motif tiré de la vie personnelle ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail* ». Il s'agit ainsi de déterminer dans le cas d'espèce si la conduite du véhicule par le salarié constitue une de ses obligations contractuelles. Aucune clause du contrat de travail ne précise que le salarié est tenu de conduire un véhicule dans le cadre de ses fonctions. La Cour de cassation précise à cet effet qu'une condition déterminante du contrat de travail peut être tacite. Qu'en l'espèce, « *le salarié, initialement engagé en qualité d'ouvrier nettoyeur, ayant accepté de conduire un véhicule mis à sa disposition par son employeur pour les besoins de son travail, la détention d'un permis de conduire valide par M. X... était donc nécessairement, bien qu'elle n'ait pas été exprimée, une condition déterminante du contrat de travail du salarié* ». Mais par la suite, la Cour précise que ne constitue pas un manquement de l'intéressé à ses obligations contractuelles le fait pour un salarié, dont la fonction entraîne la conduite d'un véhicule, de perdre son permis de conduire suite à une infraction commise dans le cadre de sa vie personnelle. Finalement, la Cour précise que puisque le licenciement était de nature disciplinaire, il doit être regardé comme étant dénué de cause réelle et sérieuse.

Autrement dit, si l'employeur avait licencié le salarié pour un motif non disciplinaire, la Cour aurait admis la rupture du contrat de travail.

Si certes ici le licenciement est finalement invalidé par la Haute juridiction dans la mesure où le manquement à une obligation contractuelle par le salarié n'est pas caractérisé, la nouvelle exception au principe d'immunité du salarié dans le cadre de sa vie personnelle est ainsi posée et retentit avec force.

Une solution similaire a été retenue par la juridiction administrative en 2010, qui avait retenu « *qu'un agissement du salarié intervenu en dehors de l'exécution de son contrat de travail ne peut motiver un licenciement pour faute, sauf s'il traduit la méconnaissance par l'intéressé d'une obligation découlant de ce contrat* »¹.

Cette décision de la Cour a surpris la doctrine dans la mesure où jusque-là, en matière de retrait de permis de conduire, la Haute juridiction reconnaissait tantôt l'existence d'une cause réelle et sérieuse pour le licenciement du salarié même si le salarié avait agi dans le cadre de sa vie personnelle dans la mesure où il existait un lien avec la vie professionnelle² ; tantôt, elle invalidait le licenciement disciplinaire puisque le fait du salarié s'était déroulé dans le cadre de sa vie privée³.

Ainsi, selon la nouvelle exception au principe qui prévoit qu'un fait de la vie personnelle ne peut être sanctionné par un licenciement disciplinaire, le fait du salarié, quand bien même il se déroulerait dans le cadre de sa vie personnelle, justifierait son licenciement disciplinaire à chaque fois que le fait constituerait un manquement à une de ses obligations contractuelles.

Cette décision du 3 mai 2011 est à mettre en parallèle avec une décision rendue par la Chambre sociale le 3 juin 2009 qui avait censuré un arrêt de la Cour d'appel, à propos d'un joueur de basket-ball professionnel ayant fait l'objet d'un contrôle d'alcoolémie s'étant révélé positif durant son arrêt de travail. La Cour d'appel avait validé le licenciement pour faute grave retenu à l'encontre du salarié en se fondant sur le manquement à son obligation contractuelle de respect des obligations d'hygiène de vie dont il était tenu, même en période de suspension de son contrat de travail.

La Cour d'appel avait de plus relevé que le salarié toujours « *en état d'imprégnation alcoolique caractérisée* » le lendemain, jour de sa reprise du travail, avait vu ses capacités physiques diminuées pour reprendre l'entraînement. À cette occasion, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel en rappelant le

¹ CE, 15 décembre 2010, n° 316856, JCP G 2011. 353, note J. MOULY ; *RDT* 2011. 99, concl. G. DUMORTIER, et 116, obs. P. ADAM.

² Soc., 2 décembre 2003 ; mais encore Soc., 22 septembre 2009, pourvoi n° 08-42.304.

³ Soc., 30 novembre 2005, pourvoi n° 04-13.877.

principe jusque-là retenu selon lequel « *un fait de la vie personnelle ne peut constituer une faute du salarié dans la relation de travail* »¹.

Force est de constater ici le véritable changement qui s'est opéré avec la décision rendue en 2011.

B.- La portée considérable de l'exception

La décision rendue par la Cour de cassation le 3 mai 2011 a un impact considérable sur ce qui avait été retenu par la jurisprudence jusqu'alors, et ce, à plusieurs égards.

Tout d'abord, plus qu'un licenciement non disciplinaire, l'employeur aura le droit désormais de prononcer un licenciement disciplinaire à l'encontre de son salarié. Comment justifier cela ? Dans le cadre du trouble objectif, comme cela a été démontré précédemment, aucune faute ne peut être retenue à l'encontre du salarié, dans la mesure où le fait du salarié s'est déroulé dans le cadre de sa vie personnelle et n'a aucun lien avec son contrat de travail.

En revanche, en cas de manquement à une obligation contractuelle, le licenciement disciplinaire pourrait être prononcé à l'égard du salarié. Qu'est-ce qui justifie une telle différence ? Pour que le licenciement disciplinaire soit valable, il est nécessaire qu'une faute du salarié soit démontrée. Or lorsque le salarié manque à une de ses obligations contractuelles, il commet nécessairement une faute. Comme le précise la Haute juridiction dans sa décision du 3 mai 2011, l'obligation contractuelle peut aussi bien être expresse que tacite. Dès lors, l'exception récemment posée a des contours particulièrement flous et larges. Par exemple, dans le cas de la mise à disposition d'un véhicule par l'employeur, faut-il tenir compte du véhicule en tant qu'instrument de travail ou aussi du véhicule en tant qu'avantage en nature ?

L'imprécision de l'exception nouvellement posée pourrait dès lors aboutir à une intervention accrue des tribunaux qui auraient alors à déterminer au cas par cas si le fait du salarié constitue un manquement à ses obligations contractuelles, ces obligations pouvant même être tacites.

Parmi les obligations implicites découlant du contrat de travail, on retrouve notamment l'obligation de loyauté qui lie le salarié à son employeur. Initialement, la notion de loyauté était relativement restrictive dans la mesure où elle ne semblait s'intéresser qu'au salarié qui concurrence son entreprise². Mais par la suite, la Cour de cassation a considéré qu'elle ne constituait qu'un exemple d'obligation contractuelle découlant du contrat de travail, une obligation implicite.

¹ Soc., 3 juin 2009, pourvoi n° 07-44.513, D. 2010. 407, obs. S. KARAA.

² Soc., 21 juillet 1994, pourvoi n° 93-40.554 ; Soc., 25 octobre 2000, pourvoi n° 98-43.760 ; Soc., 21 octobre 2003, pourvoi n° 01-43.943 ; Soc., 12 octobre 2004, pourvoi n° 03-43.465.

Parfois même, plus qu'une simple obligation de loyauté, est exigée « *une obligation particulière de loyauté et de probité* »¹. Les contours de la notion de loyauté sont donc particulièrement larges, et peuvent englober l'obligation de probité, de confidentialité, l'obligation de sécurité...²

Dès lors, le travail de la Cour de cassation visant, dans les années 90, à limiter les prérogatives de l'employeur sur le contrat de travail est remis en cause. Par cette décision, le pouvoir disciplinaire de l'employeur est restauré alors que ce dernier n'est plus accepté en matière de licenciement pour trouble objectif.

Enfin et surtout, la décision rendue par la Haute juridiction en 2011 paraît critiquable dans la mesure où il n'est maintenant plus nécessaire, pour l'employeur, de démontrer que le fait tiré de la vie personnelle du salarié a eu des répercussions sur le fonctionnement de l'entreprise ou sur les conditions de travail de l'employé. En effet, s'il faut faire une application stricte de l'exception posée par l'arrêt, dès lors qu'un manquement à une obligation contractuelle est constaté par l'employeur, ce dernier est en droit de licencier disciplinairement son salarié, sans même avoir besoin de prouver que le manquement cause préjudice à l'entreprise et à son bon fonctionnement.

En l'espèce, il aurait sans doute été préférable de retenir, comme cela a été fait dans l'arrêt précité du 2 décembre 2003, un lien entre le fait tiré de la vie personnelle du salarié et ses fonctions, justifiant le licenciement disciplinaire du salarié dans la mesure où le fait « *affecte la relation de travail, voire qu'il ait des répercussions sur l'activité professionnelle* » comme l'a souligné le Professeur Grégoire Loiseau³.

Ainsi, la répression du fait commis par le salarié a connu une évolution considérable au cours de ces vingt dernières années. Ne pouvant tout d'abord pas faire l'objet, en principe, d'un licenciement, la Cour de cassation admet en 1991 une limite au principe d'immunité du salarié dans le cadre de sa vie personnelle en admettant l'existence d'un trouble objectif. Dès lors que le fait du salarié, commis dans le cadre de sa vie personnelle, cause un trouble objectif au sein de l'entreprise, il est possible de procéder au licenciement non disciplinaire de ce dernier. Mais la limite au principe subit immédiatement de nombreuses fluctuations, la Cour restaurant pendant un certain temps la possibilité de licencier le salarié pour faute, même en cas de trouble objectif. Après un retour à sa solution d'origine, à savoir un licenciement non disciplinaire en cas de trouble objectif, la Cour sème à nouveau le trouble en admettant, par sa décision du 3 mai 2011, le licenciement disciplinaire du salarié dès lors que le fait commis par ce dernier

¹ Soc., 25 février 2003, pourvoi n° 00-42.031.

² Soc., 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-43.227, *Dr. soc.*, 2004, p. 550, n. J. SAVATIER : suite au retrait du permis de conduire d'un chauffeur poids lourd suite à des faits de conduite en état d'ivresse, le licenciement du salarié fautif a été admis du fait du manquement à son obligation de loyauté qui impliquait notamment une obligation de sécurité.

³ G. LOISEAU, « Vie personnelle et licenciement disciplinaire », *D.*, 2011, p. 1568.

constitue un manquement à une des obligations découlant de son contrat de travail, même si le fait en question s'est déroulé dans le cadre de sa vie personnelle.

Les fluctuations en la matière ont donc été d'importance. Il s'agit donc de se demander si la solution retenue par la Cour de cassation en mai 2011 va persister. En tout état de cause, une nouvelle intervention de la Chambre sociale en la matière est particulièrement attendue. Elle permettra peut-être de préciser les contours de l'exception récemment énoncée.

D'ailleurs, une autre décision récente montre qu'il est indispensable de redéfinir les contours des notions d'obligation découlant du contrat de travail, de trouble objectif et de faute, mais aussi ceux des notions vie professionnelle et vie personnelle du salarié. Par un jugement rendu le 19 novembre 2010, le Conseil des Prud'hommes de Boulogne Billancourt a validé le licenciement pour faute grave de trois salariés qui avaient dénigré leur hiérarchie sur leur page Facebook, et donc dans le cadre de leur vie personnelle. Le Conseil précise tout d'abord que « *la faute grave résulte d'un fait fautif ou d'un ensemble de faits fautifs imputables au salarié qui constitue une violation des obligations découlant du code du travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié pendant la durée du préavis* ». Puis il considère que « *le licenciement de Madame S. pour incitation à la rébellion contre la hiérarchie et dénigrement envers la société Alten Sir repose sur une cause réelle et sérieuse, le comportement de la salariée étant constitutif d'une faute grave ne permettant pas son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis* ». Au final, la décision est peu explicite. Les salariés se trouvant en principe en dehors du cadre de leur vie professionnelle, seul le trouble objectif pourrait permettre le licenciement des salariés, ces licenciements ne pouvant de plus pas être prononcés pour faute. Faut-il alors considérer qu'il existe ici un manquement à une obligation contractuelle du salarié, comme le manquement à l'obligation de loyauté ? Rien ne l'indique dans le jugement rendu par le Conseil. Ou alors faut-il considérer que le fait que la discussion sur le mur Facebook des salariés soit atteignable par de nombreuses personnes fait perdre le caractère personnel de la discussion ? Autant de questions dont les réponses sont fortement attendues, les salariés ayant fait appel du jugement rendu en novembre 2010. Il n'est cependant pas exclu que la Cour de cassation confirme la solution retenue en novembre 2010. En effet, la jurisprudence admet qu'un fait de vie personnelle peut justifier un licenciement disciplinaire dès lors qu'il se rattache, par un élément, à la vie professionnelle du salarié¹ ou qu'il constitue un manquement à son obligation de loyauté².

Force est de constater que l'employeur dispose aujourd'hui d'un large pouvoir d'intervention en cas d'infraction pénale commise par un de ses salariés. En effet, le pouvoir disciplinaire dont il dispose lui permet de sanctionner l'infraction pénale constitutive d'une faute, la notion de faute étant elle-même

¹ Soc., 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-43.227.

² Soc., 21 octobre 2003, pourvoi n° 01-43.943.

relativement vaste. Ensuite, la jurisprudence lui a reconnu la possibilité de licencier son salarié, même lorsque l'infraction ne revêt pas un caractère professionnel.

Ce large privilège sur le contrat de travail, au bénéfice de l'employeur, est tout de même sérieusement modéré dans la mesure où l'infraction pénale, si elle est source de rupture, est aussi et surtout source de responsabilités.

CHAPITRE II.- L'infraction pénale du salarié, source de responsabilités

*Ubi emolumentum ibi onus*¹. Cet adage latin résume parfaitement la situation à laquelle est confronté l'employeur en la matière. En effet, puisqu'il tire avantage de l'activité produite par son salarié, l'employeur sera amené à engager sa responsabilité, aussi bien civile que pénale (Section 1). En contrepartie, lorsque l'infraction pénale commise par son salarié lui a causé préjudice, la jurisprudence a fini par lui accorder, dans des cas tout de même restreints, la possibilité d'engager la responsabilité pécuniaire du salarié (Section 2), lui permettant ainsi d'obtenir la réparation du préjudice subi.

Section 1.- La mise en jeu de la responsabilité de l'employeur

Si l'infraction pénale du salarié a permis de justifier son licenciement ainsi que sa condamnation pénale, les faits dommageables de cette infraction vont avoir des conséquences considérables sur la responsabilité de l'employeur. En effet, ils vont être à l'origine de l'engagement de sa responsabilité pénale (I), mais aussi de sa responsabilité civile (II), responsabilités dont l'employeur aura beaucoup de mal à se dédouaner.

I.- La responsabilité pénale de l'employeur

Pour que la responsabilité pénale d'une personne soit mise en œuvre, un agissement ou une omission qui lui est personnellement imputable doit être

¹ Où est le profit sont les risques.

démonstré. Le Code pénal formule ce principe dans deux dispositions : l'article 121-1 dispose que : « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* » et l'article 121-4 précise que l'auteur de l'infraction ne peut être que la personne qui commet les faits incriminés ou qui tente de commettre un crime ou, dans certains cas, un délit. Or la jurisprudence reconnaît depuis longtemps la possibilité de reconnaître la responsabilité du chef d'entreprise pour un fait commis par son préposé. Il faut dès lors constater l'existence d'une véritable limite au principe de personnalité de la responsabilité (A). Le chef d'entreprise se verra donc très souvent reconnu responsable des faits commis par ses salariés, mais il pourra dans certains cas, tout de même restreints, et sous certaines conditions strictes, écarter cette responsabilité (B).

A.- La limite au principe de personnalité de la responsabilité pénale

Le principe posé par l'article 121-1 du Code pénal, selon lequel « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* » constitue un des principes fondamentaux du droit pénal. Il ne semble par ailleurs souffrir d'aucune exception. Cependant, un arrêt de la Chambre criminelle en date du 28 janvier 1859 en a considérablement diminué la vigueur en précisant que : « *si, en général, chacun n'est passible de peine qu'à raison de son fait personnel, cette règle souffre d'exception en certaines matières ; notamment en fait de professions industrielles réglementées, les conditions ou le mode d'exploitation imposé à l'industrie, obligent essentiellement le chef ou le maître de l'établissement qui est personnellement tenu de les faire exécuter et, en cas d'infraction, même par la faute de ses ouvriers ou préposés, ce n'est pas moins lui qui est avant tout réputé contrevenant* ». Ainsi, selon cette jurisprudence constamment reprise par la suite, dès lors qu'un salarié commet une infraction pénale dans le cadre de ses fonctions, le chef d'entreprise sera tenu d'y répondre. Ce dernier sera « *appréhendé en qualité d'auteur médiateur tandis que le préposé, à l'origine de la violation de la norme pénalement sanctionnée, est appréhendé en qualité d'auteur immédiat* »¹. Une réponse du législateur, du fait de l'importance de la limite au principe de personnalité de la responsabilité pénale, était fortement attendue, mais le Code pénal de 1992, tout comme le précédent, reste muet sur le sujet.

En l'absence de précisions données par le législateur, la doctrine a avancé plusieurs thèses permettant de justifier l'existence d'une telle responsabilité du chef d'entreprise, responsabilité du fait d'autrui, qui semble faire peser sur la tête de l'employeur une véritable présomption de responsabilité.

Une première thèse se fondait sur la théorie du profit. L'employeur tirant profit de l'activité exercée par ses salariés, il paraissait alors logique de faire peser sur l'employeur, comme en matière civile, la responsabilité pénale qui pouvait

¹ B. de LAMY et M. SEGONDS, « Notions fondamentales – Responsabilité pénale », Fasc. 5, *JurisClasseur Pénal des Affaires*, 2004.

naître du fait de ses employés. Cette thèse a été rapidement critiquée notamment par le Professeur Cartier¹ qui précisait que « *la détermination du pénalement responsable se révèle irréalisable toutes les fois où l'infraction est commise au sein d'une entreprise dont le capital social est réparti entre les mains de différents détenteurs* ». Finalement abandonnée deux autres thèses ont été retenues.

Tout d'abord, la thèse du pouvoir préconise l'idée selon laquelle le chef d'entreprise a pour fonction, au travers du pouvoir de direction dont il dispose, de s'assurer que les règles relatives à l'exploitation de l'entreprise soient respectées. Dès lors que cela n'est pas fait, sa responsabilité pénale sera engagée « *car celui-ci aura manqué au devoir de contrôle qui lui incombait en sa qualité de chef, et les peines qui lui seront applicables en conséquence joueront quant à lui le rôle de sanctions disciplinaires* »².

Enfin, une dernière thèse a été admise : celle de la faute commise par le chef d'entreprise. Ce dernier doit en effet tout mettre en œuvre pour éviter que soit constatée une inobservation des prescriptions relatives à l'exploitation de l'activité de l'entreprise. Pour ce faire, l'employeur dispose de son pouvoir disciplinaire, lui permettant de sanctionner le salarié toutes les fois où ces prescriptions ne sont pas respectées. S'il ne met pas en œuvre ce pouvoir, le chef d'entreprise commet alors une faute, faute d'omission, justifiant la mise en jeu de sa responsabilité pénale³.

Cependant, pour caractériser l'existence d'une faute commise par l'employeur, la jurisprudence ne fait parfois que relever l'existence d'une infraction commise par un salarié liée au fonctionnement de l'entreprise, sans pour autant rechercher si des moyens avaient été mis en œuvre par l'employeur, au titre de son pouvoir de sanction ou de son devoir de surveillance, pour éviter la commission de l'infraction⁴. De même, la Haute juridiction retient que « *le chef d'établissement au sens de l'article L.263-2 du Code du travail commet une faute personnelle engageant sa responsabilité pénale en ne s'assurant pas lui-même de la stricte et constante exécution des dispositions édictées pour l'hygiène et la sécurité des travailleurs* »⁵. Il faut dès lors constater l'existence d'une position extrêmement sévère de la Cour de cassation à l'égard de l'employeur laissant paraître une véritable présomption de responsabilité pénale, dont il pourra se dégager dans certains cas en remplissant toutefois des conditions strictes.

¹ M.-E. CARTIER, « Notion et fondement de la responsabilité pénale du chef d'entreprise », in *La responsabilité pénale du fait de l'entreprise*, Masson, 1977, p. 45, sp. p. 62.

² A. LÉGAL, « La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise », *Mélanges Brethe de la Gressaye*, 1967, p. 477, sp. p. 480.

³ A. COEURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », *Dr. soc.* 1975, p. 396.

⁴ Crim., 28 octobre 1969.

⁵ Crim., 16 janvier 1990.

B.- Les limites à la responsabilité pénale de l'employeur

L'employeur doit faire face, en cas d'infraction pénale commise par le salarié dans le cadre de ses fonctions, à une véritable présomption de responsabilité instaurée par la jurisprudence. Pour se dédouaner de cette responsabilité, l'employeur n'aura que deux possibilités : il devra démontrer son absence de faute (1), mais il pourra aussi prouver l'existence d'une délégation de pouvoirs (2).

1/ L'absence de faute

Face à la présomption de responsabilité dont il fait l'objet, le seul moyen de défense que l'employeur pourra opposer à la juridiction répressive est l'absence de faute. L'absence de faute constitue le fait pour un employeur d'établir qu'il s'est conduit en professionnel prudent, diligent, avisé. Cependant, cette possibilité lui était dans un premier temps refusée¹. Une réponse de la jurisprudence suite à l'adoption de la loi du 6 décembre 1976, par laquelle le législateur exigeait une faute personnelle du dirigeant pour que puisse être mise en œuvre sa responsabilité pénale, était particulièrement attendue, mais elle conserva l'état de sa jurisprudence antérieure.

Par la suite, le législateur, par l'adoption de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996, se risqua à une nouvelle tentative en prévoyant que la responsabilité pénale des maires et assimilés, et plus généralement de tous les citoyens ne pourrait être engagée qu'« *en cas d'imprudence, de négligence, ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par les lois ou les règlements sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que des pouvoirs et des moyens dont il disposait* »². Comment en effet retenir une autre solution ? Et pourtant, cette nouvelle tentative avorta, la jurisprudence s'entêtant à retenir l'existence d'une présomption de responsabilité à l'égard du chef d'entreprise du fait de l'infraction commise par son préposé³.

Ce n'est qu'à la suite de l'adoption de la loi du 10 juillet 2000 qu'une évolution se fit sentir. Toujours en matière d'homicide et de blessures par imprudence, le nouvel alinéa 4 de l'article 121-3 prévoit désormais que l'auteur indirect d'une infraction pénale (dont fait partie l'employeur) ne pourra voir sa responsabilité mise en œuvre qu'à la double condition, d'une part, d'avoir « *créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter* », et, d'autre part, de s'être rendu coupable d'une faute déterminée consistant soit à avoir « *violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité* ».

¹ Crim., 27 février 1978 ; Crim., 20 novembre 1974 ou encore Crim., 15 décembre 1976.

² C. pén., art. 121-3, al. 3.

³ Crim., 19 novembre 1996 ; Crim., 21 janvier 1998 ou encore Crim., 9 novembre 1999.

prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer ». Sans pour autant éliminer l'existence d'une responsabilité pénale du chef d'entreprise du fait d'autrui, qui n'a jusque-là, en dehors de l'homicide ou des blessures par imprudence, aucun fondement légal, cette nouvelle initiative du législateur a permis d'atténuer la rigueur de la jurisprudence en la matière¹.

2/ Le mécanisme de la délégation de pouvoir

Si la preuve de l'absence de faute est difficile à rapporter, le chef d'entreprise ne se trouve pas pour autant dans une impasse. En effet, il dispose de la possibilité de prouver qu'il avait expressément délégué ses pouvoirs à un salarié, cette délégation entraînant certes un transfert des pouvoirs au salarié, mais surtout le transfert de la responsabilité pénale y afférant. C'est notamment ce que précise un ancien arrêt de la Chambre criminelle en date du 24 janvier 1902 : le chef d'entreprise peut être exonéré de sa responsabilité pénale *« s'il est expressément constaté qu'il a délégué la direction du chantier à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur »*.

Pour que la délégation soit valable, elle doit cependant répondre à diverses conditions (a). Si ces dernières sont réunies, la délégation produira divers effets (b).

a/ Les conditions de la délégation

Tout chef d'entreprise peut être amené à déléguer une partie de ses pouvoirs, à l'exception de l'entrepreneur individuel. Aucun seuil n'a été fixé par la jurisprudence : le chef d'une entreprise de petite taille peut aussi bien déléguer ses pouvoirs que celui d'une entreprise au chiffre d'affaires conséquent.

Le chef d'entreprise ne pourra cependant pas déléguer la totalité de ses pouvoirs. Comme le précise un arrêt de la Chambre criminelle du 22 décembre 1975, cela marquerait son désintérêt à l'égard de l'entreprise et la délégation serait alors considérée comme étant privée d'efficacité.

Ensuite, elle ne pourra en aucun cas concerner les obligations légales incombant au dirigeant. Si tel était cependant le cas, le dirigeant serait tout de même reconnu pénalement responsable en cas d'infraction pénale².

De plus, et logiquement, si l'employeur qui a délégué une partie de ses pouvoirs à un salarié prend personnellement part à l'infraction, il ne pourra en aucun cas invoquer la délégation pour écarter sa responsabilité pénale. C'est

¹ Crim., 13 février 2001 ; Crim., 20 mars 2001 ou encore Crim., 15 mai 2001.

² Crim., 4 janvier 1983.

notamment un arrêt de la Chambre criminelle du 19 octobre 1995 qui a précisé à cet égard que : « *Doit être approuvée la cour d'appel qui, pour condamner le dirigeant d'un établissement financier du chef de délit d'initié sur le fondement de l'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967, énonce que la délégation de pouvoirs invoquée pour combattre la présomption de responsabilité posée par ce texte était, en l'espèce, sans effet, la décision de réaliser les titres sur le marché ayant été prise par l'intéressé lui-même* ». Enfin, la délégation ne doit avoir été effectuée qu'au profit d'un seul salarié¹.

Concernant maintenant le salarié qui bénéficie de la délégation de pouvoirs, la jurisprudence n'exigeait pas de conditions particulières et un simple salarié pouvait en bénéficier. En revanche, aujourd'hui, il faut constater que la jurisprudence l'autorise essentiellement lorsqu'elle est à destination des cadres d'une entreprise.

Quoi qu'il en soit, il faut que ce salarié soit lié à l'entreprise par un contrat de travail. Certains considèrent à cet effet que « *cela s'explique par la nécessité d'imposer une présence, un contrôle effectif et permanent pendant toute la période de risques* ». Ensuite, le salarié doit avoir les qualifications requises pour pouvoir effectuer les fonctions qui ont été déléguées par l'employeur². Cela se déduit notamment de l'expérience qu'il a acquise pour les fonctions concernées et de l'indépendance dont il dispose pour les exercer. De plus, le transfert des fonctions doit s'accompagner d'un transfert du pouvoir de direction de l'employeur y afférant³.

Enfin, pour que l'acte de délégation soit valable, il nécessite le consentement des intéressés qui sont en principe l'employeur, délégant, et le salarié, délégataire. Cependant, après une longue période d'hésitation jurisprudentielle, la subdélégation a finalement été admise. Dès lors, le salarié délégataire peut désormais lui-même déléguer les fonctions concernées, à condition toutefois d'obtenir l'accord de l'employeur délégant, même si cet accord n'est pas systématiquement nécessaire⁴.

b/ Les effets de la délégation

Lorsque toutes les conditions ont été remplies, la délégation de pouvoirs va permettre de transférer la présomption de responsabilité qui pèse normalement sur l'employeur au salarié délégataire. Cela paraît logique : puisque le salarié par le biais de la délégation bénéficie d'une indépendance dans l'exécution de ses fonctions et dispose même du pouvoir de direction y afférant. Il reviendra dès lors

¹ Crim., 2 octobre 1979.

² Crim., 21 février 1968 ; Crim., 26 janvier 1986, mais encore Crim., 26 juillet 1991.

³ Crim., 11 mars 1993.

⁴ Crim., 30 octobre 1996, précisant que si la délégation de pouvoirs initiale du chef d'entreprise n'est pas contestée, l'autorisation de l'employeur n'est pas une condition de validité si la subdélégation est régulièrement consentie.

au salarié délégataire, si une infraction est commise par un salarié sous sa direction, de démontrer son absence de faute.

Si la délégation est reconnue comme étant valable, la responsabilité pénale du dirigeant ne pourra en aucun cas être recherchée, le cumul des responsabilités étant impossible. C'est notamment ce qu'a précisé un arrêt de la Chambre criminelle du 14 mars 2006.

En revanche, et en toute logique, il pourra voir sa responsabilité pénale engagée dès lors qu'une infraction intentionnelle est susceptible de lui être reprochée¹.

II.- La responsabilité civile de l'employeur

À la différence de la responsabilité pénale, qui a pour objet de protéger les valeurs sociales essentielles et de réprimer le contrevenant, la responsabilité civile a pour objectif l'indemnisation de la victime du dommage. À ce titre, l'article 1384 du Code civil dispose qu'on est « *responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». Cet article, particulièrement large, balaie les différents cas de responsabilité : la responsabilité du fait personnel, la responsabilité du fait d'autrui et la responsabilité du fait des choses.

Plus particulièrement, l'alinéa 5 précise que « *Les maîtres et commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ». Il s'agit ici de s'interroger sur la contenance de cette responsabilité (A) pour comprendre quelles en sont les implications (B).

A.- Le principe de responsabilité de l'employeur du fait de son préposé

Dès lors que le fait d'un salarié cause un dommage à autrui, la responsabilité civile de son employeur sera engagée, l'obligeant à réparer le préjudice subi par la victime. Comment justifier une telle sévérité à l'égard de l'employeur (1) ? Pour que cette responsabilité puisse être admise doivent cependant être réunies plusieurs conditions qui ont été précisées par la jurisprudence, le Code civil étant en la matière peu explicite (2).

1/ La justification du principe

Si aujourd'hui, il est possible de considérer le droit du travail comme une discipline spécifique, disposant de ses propres règles, tel n'a pas toujours été le cas.

¹ Crim., 29 mars 1994.

Avant l'apparition du Code du travail, étaient applicables les dispositions de droit commun. C'est ainsi par exemple que la rupture du contrat de travail, ou louage de services, pouvait se faire librement, l'employeur bénéficiant d'un droit. Cependant, cette liberté pouvait se heurter à l'abus, ce qui révélait la faute de ce dernier¹.

Le Code civil de 1804 s'est construit sur les bases idéologiques de la Révolution française. Les hommes naissaient « libres et égaux en droits ». Ils bénéficiaient donc des mêmes prérogatives juridiques et se trouvaient soumis aux mêmes obligations. Les sujets sont ici abordés de manière abstraite, sans considération de classe, de fortune...

Or dans le cadre du contrat de travail, les parties ne disposent pas des mêmes droits et obligations. Cela se matérialise par une des caractéristiques essentielles du contrat de travail, à savoir le lien de subordination. Dès lors, le droit du travail ne pouvait se satisfaire de l'application stricte des règles posées par le Code civil et a donc recherché l'égalité concrète des parties au contrat.

Ainsi, en matière de responsabilité civile, le Code civil sera applicable. Mais c'est une disposition particulière qui sera transposable à la relation employeur-salarié : l'article 1384 alinéa 5. Comme cela a été précisé précédemment, sous certaines conditions, le commettant, ou employeur, sera responsable des faits commis par son préposé, salarié.

La règle posée emporte des conséquences importantes. Il s'agit d'un cas de responsabilité du fait d'autrui : l'employeur n'a personnellement commis aucune faute, mais sera tenu de réparer les conséquences dommageables des faits de son préposé.

La règle est particulièrement sévère à l'égard de l'employeur. Comment se justifie-t-elle ? Cette limitation de responsabilité civile contractuelle du salarié doit être mise en relief avec le concept de salariat, qui exclut, par définition, que le travailleur salarié subisse directement ou indirectement les risques d'exploitation de l'entreprise. En effet, pour constituer son entreprise, l'employeur a dû réaliser un apport, un investissement, qui va lui donner droit aux bénéfices, mais qui justifie aussi qu'il subisse les pertes. Ce risque va donner droit à l'employeur d'exploiter son entreprise comme il l'entend. Pour ce faire, il dispose d'un pouvoir de direction et est donc bénéficiaire d'une autorité hiérarchique sur le personnel de son entreprise. Comme l'a précisé Yann Aubré, « *Dès lors que le risque d'exploitation est inhérent à la personne de l'entrepreneur et non pas à la personne du salarié, dont le statut ne suppose pas la réalisation préalable d'une opération d'investissement (ou d'apport) au profit de l'entreprise, mais, au contraire, la*

¹ Cette solution, notamment présentée par un arrêt du Tribunal de commerce du 5 février 1872, se fondait sur la liberté de l'industrie, la liberté de choisir son collaborateur et ainsi, liberté de s'en séparer. Mais si elle paraissait orthodoxe à l'époque, elle est en complet décalage avec l'époque contemporaine. C'est la raison pour laquelle la notion de cause réelle et sérieuse est apparue en 1973.

soumission de celui-ci à l'autorité hiérarchique de l'entrepreneur (employeur), c'est à ce dernier et non pas au salarié qu'il incombe d'assumer le risque d'exploitation de l'entreprise. Il s'ensuit donc que la charge de ce risque ne saurait être transférée totalement ou partiellement au salarié, même en vertu d'un engagement contractuel convenu, à l'avance, avec lui »¹.

Un adage latin peut parfaitement résumer cette situation : *ubi emolumentum ibi onus* (où est le profit sont les risques). En effet, le commettant tire avantage de son préposé. Dans ce cadre, il paraît normal qu'il en assume les risques.

D'autres auteurs fondent leur analyse sur l'idée de garantie ou de cautionnement au profit des victimes.

Quoi qu'il en soit, aucune autre disposition ne vient préciser la règle posée par l'article 1385 alinéa 5 du Code civil. La seule condition de la mise en jeu de la responsabilité du commettant posée par ce texte est que le fait du préposé doit avoir été commis dans le cadre de ses fonctions. Si le texte devait être appliqué tel quel, le commettant serait quasiment systématiquement reconnu comme responsable du fait de son préposé. La jurisprudence est donc venue atténuer la rigueur du principe en exigeant que trois conditions cumulatives soient respectées pour que soit reconnue la responsabilité du commettant.

2/ Les conditions posées par la jurisprudence

La responsabilité fondée sur l'article 1384 alinéa 5 du Code civil suppose la réunion de trois conditions cumulatives.

Il faut d'abord qu'il existe entre l'auteur du fait dommageable et celui dont la responsabilité est recherchée un rapport de subordination. Cette notion est entendue très largement par la jurisprudence qui a notamment précisé qu'il s'agissait pour le commettant de « *pouvoir faire acte d'autorité en donnant aux préposés des ordres ou des instructions sur la manière de remplir, à titre temporaire ou permanent, avec ou sans rémunération, fût-ce en l'absence de tout louage de services, les emplois qui leur ont été confiés pour un temps et un objet déterminés* »².

Il faut ensuite un acte dommageable émanant du préposé et revêtant les caractères d'une faute. Autrement dit, pour que la responsabilité du commettant – responsabilité du fait d'autrui – soit reconnue, il faut préalablement relever l'existence de la responsabilité personnelle du préposé. Selon une jurisprudence constante depuis un arrêt de la Chambre des Requêtes de 1866, la responsabilité du commettant n'est engagée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, qu'en cas

¹ Y. AUBRÉ, « Contrat de travail (clauses particulières) », *Répertoire de droit du travail*, Édition Dalloz 2011.

² Crim., 7 novembre 1968, pourvoi n° 68-90.118 ; Crim., 14 juin 1990, pourvoi n° 88-87.396.

de faute commise par le préposé. Cette exigence a été rappelée par un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 8 avril 2004. La Cour, à propos de la responsabilité d'un club de football du fait d'un de ses joueurs, a précisé qu'il était indispensable que la faute du préposé soit reconnue, cette dernière devant de surcroît relever d'une faute caractérisée, ici notamment, par la violation des règles du jeu¹.

Si cette condition semblait a priori aller de soi, les choses sont en réalité moins simples qu'elles n'y paraissent. Il est possible de faire un parallèle avec un autre cas de responsabilité du fait d'autrui : la responsabilité des pères et mères. Dans cette hypothèse, la reconnaissance de la responsabilité personnelle de l'enfant n'est pas exigée pour que soit engagée celle des parents².

La troisième condition de la mise en jeu de la responsabilité du commettant du fait de son préposé consiste en l'existence d'un lien de connexité entre le fait dommageable et les fonctions exercées par le salarié. Cette condition résulte de la lettre même de l'article 1384 alinéa 5 : en effet, les commettants doivent répondre des dommages causés par leurs préposés « *dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ». Il est donc nécessaire que le salarié ait agi dans le cadre de ses fonctions.

Dès lors, si tel n'est pas le cas, c'est le salarié qui sera seul tenu de réparer les dommages causés aux victimes de l'infraction dont il est responsable.

Cette règle implique donc que si l'infraction commise par le préposé est une faute totalement étrangère à ses fonctions, en dehors de ses horaires de travail, en un lieu autre que son lieu de travail et avec des moyens et dans un but étrangers à ses fonctions, le commettant sera exonéré de la responsabilité posée par l'article 1384 alinéa 5. Le préposé sera tenu comme personnellement responsable envers la victime du dommage qu'il aura causé.

Ainsi, un employeur ne peut être tenu comme responsable de l'incendie volontaire d'un restaurant perpétré par son salarié, à des fins étrangères à ses attributions et en dehors de ses fonctions. C'est ce qu'a précisé un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 7 septembre 2004³.

Mais cette règle est-elle aussi valable en cas d'abus de fonctions du salarié ? Plus précisément, le commettant doit-il être tenu responsable des faits de son salarié dès lors que l'infraction a été commise à l'occasion de ses fonctions, mais sans lien avec celles-ci ?

¹ CA Paris, 1ère ch., sect. A, 9 décembre 2002, *SAOS Paris St-Germain Football c/ CPAM Côtes d'Armor*.

² Civ. 1ère, 10 mai 2001, pourvoi n° 99-11.287.

³ Crim., 7 septembre 2004, pourvoi n° 03-87.018.

La réponse à cette question n'est pas aisée et a divisé pendant longtemps la doctrine¹, mais aussi la jurisprudence qui connaît encore aujourd'hui des difficultés à se stabiliser, malgré plusieurs interventions de l'Assemblée plénière.

Alors que la deuxième Chambre civile ne retenait pas la responsabilité du commettant dès lors que le préposé n'avait pas agi pour le compte de son employeur², la Chambre criminelle considérait quant à elle que dès que le préposé avait usé de ses fonctions pour commettre les faits litigieux, la responsabilité du commettant devait être reconnue³.

Après plusieurs tentatives⁴, l'Assemblée plénière s'est positionnée par un arrêt en date du 19 mai 1988. En l'espèce, le salarié d'une compagnie d'assurance avait détourné une partie des sommes versées par la clientèle. La Cour de cassation confirme le jugement rendu par les juges du fond en retenant la responsabilité du commettant et précise que « *le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions* ». Les trois conditions cumulatives pour engager la responsabilité du commettant au titre de l'article 1384 alinéa 5 sont donc rappelées.

Finalement, la notion de responsabilité du fait des commettants posée par l'article 1384 alinéa 5 est simple, mais ses contours ne sont pas déterminés par le Code civil. Ainsi, c'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de déterminer les conditions d'engagement de cette responsabilité, comme cela a été développé précédemment. Mais c'est également elles qui ont dû préciser les conséquences, les impacts de cette responsabilité.

B.- L'application du principe posé par l'article 1384 alinéa 5 à l'action de la victime

Si l'article 1384 alinéa 5 pose un principe de responsabilité du commettant du fait de ses préposés, le Code civil n'en précise en aucun cas les contours. C'est donc la jurisprudence qui est venue préciser contre qui et comment l'action de la victime devait être dirigée. Mais elle a aussi admis quelques exceptions au strict principe posé par l'article 1384 alinéa 5.

Auparavant, la victime du fait dommageable causé par le préposé pouvait se retourner soit contre le commettant, soit contre le préposé, mais aussi contre les deux à la fois. Cette solution trouvait son fondement, jusqu'au début des années 1990, dans la notion de garantie des droits des tiers.

¹ Th. HASSLER, *La responsabilité des commettants*, D. 1980, chr., p.125 ; mais encore Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'abus de fonctions*, D. 1986, p. 143.

² Civ. 2^e, 14 juin 1957, *JCP G* 1957, II, n° 10188.

³ Crim., 16 juillet 1969, *Gaz. Pal.* 1969, 2, som., p.26.

⁴ Ch. réunies, 9 mars 1960, pourvoi n°58-91.049 ; Ass. Plén., 10 juin 1977, pourvoi n° 75-93.163.

Ainsi, l'action pouvait être menée contre le préposé qui était dès lors tenu de réparer les dommages causés par sa faute. Dans ce cadre, le salarié ne pouvait en aucun cas se retourner contre l'employeur sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5.

En revanche, si le commettant était seul assigné et qu'il avait été condamné à indemniser la victime, il avait la possibilité d'exercer un recours subrogatoire contre le préposé s'il n'avait pas lui-même commis de faute.

La jurisprudence était donc à l'époque particulièrement sévère à l'égard du préposé qui, bien que travaillant pour le compte de son employeur, en subissait parfois les risques.

Dès 1970, il avait été proposé que l'employeur soit tenu de prendre en charge les conséquences dommageables commises par la faute du salarié si cette faute ne revêtait pas les caractères de la faute lourde.

Le premier pas vers une amélioration de la situation du salarié a été annoncé par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 12 octobre 1993, aussi appelé arrêt *Rochas*. En l'espèce, deux employés de la société étaient accusés par la société Rochas de concurrence déloyale et d'utilisation illicite de sa marque. La Cour d'appel avait rejeté la demande de l'employeur tendant à condamner les deux salariés en considérant qu'ils avaient agi dans le cadre de la mission qui leur était confiée et qu'il n'en avait pas dépassé les limites.

L'employeur forme alors un pourvoi en cassation en invoquant la jurisprudence antérieure des chambres civiles, selon laquelle « *le lien de subordination du préposé, s'il permet que sa responsabilité soit garantie à l'égard de la victime par celle de son commettant, ne l'exonère en rien des conséquences personnelles de cette responsabilité* ». Autrement dit, si la responsabilité civile des préposés n'était pas engagée, il resterait à la société Rochas la possibilité d'exercer un recours subrogatoire contre eux.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en précisant « *qu'aucune faute personnelle susceptible d'engager leur responsabilité n'était caractérisée à l'encontre de ces préposés dans la réalisation des actes dommageables* ».

Certains ont analysé cette jurisprudence comme un véritable revirement : en effet, les préposés ne seraient désormais responsables face aux tiers qu'en cas de faute personnelle. D'autres n'y ont vu qu'un arrêt d'espèce. Quoi qu'il en soit, les contours de la jurisprudence *Rochas* n'étaient pas clairement définis, à commencer par l'absence de définition de la faute personnelle.

Une position plus claire de la Haute juridiction était donc très attendue par la doctrine, position qui est intervenue par un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 23 février 2000, aussi appelé arrêt *Costedoat*.

Par cet arrêt *Costedoat*, l'Assemblée plénière précisa que « *n'engage pas sa responsabilité auprès des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant* ». Une immunité est donc consacrée par la Haute juridiction : la victime n'a plus qu'une action, contre le commettant, dès lors que le préposé n'outrepasse pas les limites de sa mission. Cette solution n'est clairement pas à l'avantage de la victime dans la mesure où, si le commettant est finalement insolvable, elle ne disposera plus d'aucun recours et ne pourra donc être indemnisée des dommages qu'elle a subis.

Cependant, si l'arrêt *Costedoat* pose un principe d'immunité du salarié en matière de responsabilité civile, il n'en définit pas les limites : à partir de quand et sur la base de quel critère doit-on considérer que le préposé qui commet une infraction pénale excède les limites de la mission qui lui a été confiée par son commettant ?

Cette décision a été très critiquée par la doctrine, et certains auteurs ont même pu y voir un véritable « *coup d'État judiciaire* ». D'autres ont considéré que la Cour de cassation s'était sans doute fourvoyée sur le terrain de l'obligation à la dette pour régler un problème de contribution¹. Pour contrebalancer la rigueur du principe nouvellement posé, le projet Catala proposait de rétablir le recours de la victime contre le préposé auteur des dommages pour le cas où l'employeur ne serait pas en mesure de faire face à ses obligations².

Cette décision a été complétée, un an plus tard, par l'arrêt *Cousin* en date du 14 décembre 2001. Condamné pénalement des chefs de faux, usage de faux et escroqueries, pour avoir fait obtenir frauduleusement à cette société des subventions destinées à financer de faux contrats de qualification, l'employé d'une société forme un pourvoi en cassation suite à l'arrêt de la Cour d'appel qui a retenu sa responsabilité civile face aux tiers, victimes du dommage causé par sa faute. L'Assemblée plénière, par un arrêt confirmatif, valide la solution retenue par la Cour d'appel de Paris le 1er mars 2000 en précisant que « *le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile envers celui-ci* ».

Ainsi, depuis 2001, pour pouvoir faire renaître l'action dont dispose la victime contre le salarié, ce dernier doit avoir commis une faute intentionnelle. Mais si cette faute intentionnelle est une condition nécessaire, elle n'est cependant pas suffisante. La faute doit de surcroît refléter les caractères d'une infraction pénalement incriminée. Cette seconde exigence s'explique selon Monsieur le Professeur Jean Mouly³ par le fait de donner à la faute, en sus de sa dimension

¹ G. DURRY, « Un plaidoyer pour une révision de la jurisprudence *Costedoat* ou une hérésie facile à corriger », in *Mélanges M. Gobert*, Paris, Economica, 2004, p. 549.

² Projet Catala, article 1359-1 C. civ.

³ J. MOULY, « Quelle faute pour la responsabilité civile du salarié », *D.*, 2006, p. 2756.

psychologique, « *un caractère plus objectif en fonction de la gravité de l'acte* ». Le caractère intentionnel n'est donc pas suffisant, l'acte devant revêtir une certaine gravité. Mais qu'est-ce qu'une faute pénale intentionnelle ?

Si le caractère pénal de l'infraction ne se discute pas, la notion de faute intentionnelle est relativement imprécise. Elle a pendant longtemps été considérée comme la faute commise avec la volonté de créer un dommage, voire l'intention de nuire à autrui. Le résultat, mais aussi l'acte dommageable devaient avoir été désirés par l'auteur. Mais désormais, c'est une notion beaucoup plus large qui est retenue par la doctrine et la jurisprudence : « *la faute et ses effets doivent avoir été délibérément prévus et acceptés* » comme le précise le Monsieur le Professeur Jean Mouly.

C'est cette dernière notion de la faute intentionnelle qui a été retenue en matière de responsabilité civile du préposé à l'égard des tiers. Cette solution apparaît clairement dans l'arrêt Cousin : si l'arrêt relève dans son considérant l'intention du salarié, seule sa volonté de commettre l'infraction suffit à lui imposer la réparation du dommage subi par la victime au titre de sa responsabilité civile. La solution a par la suite été confirmée par un arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 2004. La Cour a, à cette occasion, précisé que : « *le préposé qui a intentionnellement commis une infraction ayant porté préjudice à un tiers engage sa responsabilité à son égard* », peu importe que le résultat ait été voulu ou non. Une décision récente de la Cour de cassation, en date du 12 mai 2011 rappelle à cet égard que « *pour débouter le Fonds de sa demande, l'arrêt énonce qu'une faute constitutive d'une infraction pénale volontaire, autre que de négligence ou d'inattention de nature quasi délictuelle, ne peut entrer dans le cadre de l'obligation qui revient à l'employeur d'assumer les conséquences civiles des fautes commises par ses employés ou salariés* ».

En revanche, la solution ne sera pas la même en matière de responsabilité civile du préposé à l'égard de l'employeur. La notion de faute intentionnelle retenue par la jurisprudence en la matière est la conception stricte de cette faute. Si, certes, l'élément intentionnel est nécessaire à la mise en jeu de la responsabilité du préposé à l'égard du commettant, il faut de surcroît que soit démontrée l'intention de nuire du préposé. Ce n'est que sous cette condition que la responsabilité pécuniaire du salarié envers son employeur pourra être engagée.

Section 2.- La responsabilité du salarié envers son employeur

Posé par l'article L. 1331-2 du Code du travail, le principe de l'interdiction de toute sanction pécuniaire ne semble souffrir d'aucune exception. Pourtant, la jurisprudence, en 1958, a atténué la rigueur du principe ainsi posé par le Code du travail en admettant que la faute lourde du salarié permît à son employeur d'obtenir

des dommages et intérêts du fait du préjudice subi par lui (I). Cependant, il est possible de constater, en observant la jurisprudence sociale, que dans certains cas, la faute grave du salarié va permettre à l'employeur de récupérer certaines sommes qui lui sont dues, auprès de son salarié (II). Faut-il dès lors constater une autre atténuation au principe posé par l'article L. 1331-2 du Code du travail ?

I.- La faute lourde, seul fondement de réparation admis

L'interdiction de toute sanction pécuniaire à la charge du salarié est affirmée avec force par l'article L. 1331-2 du Code du travail. Le principe ainsi posé paraît de prime abord totalement justifié. En effet, comment faire supporter au salarié les risques de l'exploitation ? Mais cette interdiction est rapidement apparue comme étant trop stricte envers l'employeur, qui ne pouvait, en aucun cas, se retourner contre le salarié pour lui demander la réparation du préjudice subi, même lorsque le salarié avait fait preuve d'une véritable intention de nuire à l'égard de son employeur. La jurisprudence a donc admis une exception au principe d'immunité du salarié : la faute lourde permet dès 1958 à l'employeur de demander réparation à son salarié.

A.- La justification du principe

L'article L. 1331-2 du Code du travail (ancien article L. 122-42) précise que : « *Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite* ». Le principe ainsi posé par le législateur paraît inattaquable. Faut-il alors comprendre que l'employeur qui a vu sa responsabilité engagée du fait de l'infraction pénale commise par son salarié ne pourrait en aucun cas se retourner contre ce dernier pour obtenir réparation ?

Il faut, pour comprendre l'affirmation posée par le Code du travail, revenir sur les fondements mêmes du contrat de travail. Le contrat de travail est un contrat à exécution successive. Le législateur n'en donnant aucune définition, c'est la doctrine et la jurisprudence qui ont précisé qu'il s'agit d'une « *convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération* »¹. Il en ressort ainsi que le contrat de travail est un contrat entre inégaux, caractérisé par un lien de subordination ; l'employeur exerçant sur son salarié un pouvoir juridique. En contrepartie de celui-ci, l'employeur aura l'obligation de réparer les dommages provoqués par les personnes qui sont sous sa direction et ne pourra se retourner contre elles pour exiger la réparation du préjudice qu'il pourrait subir. Une répartition des risques

¹ J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMEAUD, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 22^{ème} édition, 2004.

permet donc de contrebalancer le pouvoir de direction dont dispose l'employeur sur son préposé.

Le salarié ne maîtrise effectivement pas l'ensemble du processus de production, et il est ainsi justifié que les dommages résultant de l'activité de production soient à la charge de l'entreprise.

Il a été précisé que : « *L'interdiction de faire supporter les risques de l'entreprise aux salariés est un effet de l'application du droit du travail. Un travailleur n'est pas moins subordonné ou moins dépendant parce qu'il assume les risques de son employeur. Au contraire, il est en situation de particulière faiblesse et mérite plus encore d'être protégé. C'est pour protéger les travailleurs auxquels l'employeur fait supporter les risques économiques de l'entreprise que la limitation de la responsabilité du salarié au cas de faute lourde a été édictée* ».

Par un arrêt en date du 27 novembre 1958, la Chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé que le salarié « *ne peut être tenu pour responsable du résultat défectueux de son travail que si sa façon de procéder révèle, par comparaison avec un ouvrier normalement diligent, non une simple erreur involontaire, mais une faute lourde volontaire* ». Cette exception au principe a été par la suite confirmée à de nombreuses reprises. Ainsi, la Chambre sociale a pu affirmer de nouveau, dans un arrêt du 31 mai 1990, que « *le salarié ne répond pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation et sa responsabilité ne peut se trouver engagée qu'en cas de faute lourde* ». On en déduit donc que le salarié ne répondra ni de ses fautes simples ni de ses fautes graves.

Cette exception au principe de l'interdiction d'une sanction pécuniaire à la charge du salarié permet d'éviter que les entreprises ne mettent à profit le système de la responsabilité contractuelle pour éventuellement faire peser sur les salariés les pertes inhérentes à l'exercice d'une activité économique. Ainsi, la Cour de cassation estime qu'un « *salarié ne répond pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation* »¹. L'exigence d'une faute lourde a d'ailleurs souvent été rappelée dans le cadre d'affaires concernant des gérants de magasin, auxquels étaient reprochés des « *manquants dans les marchandises* »².

Toute clause contraire, qui étendrait la responsabilité du salarié envers son employeur et instaurerait ainsi une responsabilité de plein droit du salarié serait considérée comme nulle. La Cour de cassation l'a d'abord jugé pour les clauses insérées dans le contrat de travail par un arrêt du 10 novembre 1992, rendue par sa Chambre sociale, et a par la suite étendu sa solution aux clauses insérées dans le règlement intérieur de l'entreprise ainsi que dans les conventions collectives par un arrêt en date du 9 juin 1993. Ces clauses ne pourront jouer que si la faute lourde du

¹ Soc., 31 mai 1990, pourvoi n° 88-41.419.

² Soc., 23 janvier 1992, pourvoi n° 88-43.275.

salarié est reconnue¹. Cependant, cette affirmation de la Haute juridiction « aboutit en définitive, à exclure la clause de responsabilité dans tous les cas où elle serait utile à l'employeur et à n'en tolérer le jeu que dans les cas où elle est sans objet parce que l'employeur y est déjà assuré de pouvoir engager la responsabilité de son salarié »².

Finalement, cette jurisprudence, certes *contra legem*, permet d'atténuer la rigueur du principe d'interdiction de sanction pécuniaire à l'égard du salarié qui se révélait être particulièrement injuste dans certains cas. La faute lourde en tant que fondement nécessaire à la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire du salarié a même été érigée par la Haute juridiction en principe général du droit³.

Cependant, l'exception posée par la jurisprudence est très limitée dans la mesure où la définition de la faute lourde retenue par la Haute juridiction est particulièrement restrictive.

B. L'expression du principe

Reconnu en 1958, le principe d'interdiction des sanctions pécuniaires à l'égard du salarié en dehors de toute faute lourde prouvée a été réaffirmé de très nombreuses fois⁴ et plus récemment par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 2 mars 2011. En l'espèce, l'employeur a mis en œuvre une clause du contrat de travail qui stipulait que les frais générés par la franchise en cas d'accident responsable, le malus et les frais de remise en état du véhicule accidenté seraient à la charge du salarié en cas de licenciement ou de démission. Or l'employeur n'invoque à aucun moment l'existence d'une faute lourde ce qui rend la clause contractuelle nulle.

Pour cerner l'étendue de l'exception posée par la Cour de cassation, il convient de définir la notion de faute lourde.

En droit du travail, l'employeur peut reprocher à son salarié différents types de fautes qui n'auront pas les mêmes conséquences sur la relation de travail. La faute que l'on va qualifier de simple représente celle évoquée par l'article 1382 du Code civil : il s'agit de la violation d'une norme de comportement. Cette faute ne peut à elle seule justifier le licenciement du salarié contrairement à la faute sérieuse qui peut notamment consister en la répétition de fautes simples.

La faute grave se définit quant à elle comme étant celle qui empêche toute continuation de la relation de travail.

¹ Soc., 23 janvier 1992, JCP éd. G 1993, II, n° 22000.

² J. DEPREZ, « Droit commun des obligations et spécificité du régime de responsabilité civile du salarié dans la jurisprudence sociale », *RJS*, 1993, p. 3.

³ Soc., 12 avril 1995, *Dr. Soc.* 1995, p. 654, obs. J. SAVATIER.

⁴ Soc., 23 septembre 92 ; Soc., 12 avril 1995 ; Soc., 6 mai 2009.

La faute lourde se distingue, dans sa définition, mais également dans ses conséquences, des autres fautes imputables au salarié. Elle est placée au plus haut niveau de la hiérarchie des fautes disciplinaires dans la mesure où elle va notamment le priver, en plus de ses indemnités de licenciement et de préavis, de ses indemnités de congés payés.

En 1958, la Cour de cassation, pour apprécier la faute lourde, compare le fait du salarié au comportement d'un salarié normalement diligent et exige, pour que soit retenue une telle faute, « *non une simple erreur involontaire, mais une faute lourde volontaire* ».

En droit civil, cette faute s'entend de celle qui manifeste l'inaptitude de son auteur à assumer la mission dont il est chargé, et se distingue de la faute intentionnelle qui nécessite au contraire pour être identifiée, concernant la responsabilité du salarié, que soit relevée l'intention de nuire de ce dernier.

C'est notamment ce qu'a précisé un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 29 novembre 1990. En l'espèce, il était reproché à un salarié employé en qualité de boucher d'avoir, en toute connaissance de cause, et sur sa propre initiative, remis en vente, après réemballage et redatage, de la viande périmée. La Cour d'appel, pour constater l'existence d'une faute lourde, notamment privative de l'indemnité compensatrice de congés payés, avait retenu que les seuls éléments relatifs à la vente de viande périmée établissaient à la charge du salarié une faute lourde en raison des conséquences sérieuses qu'elle était susceptible d'entraîner. La Haute juridiction casse la décision rendue par la Cour d'appel, en précisant que pour caractériser l'existence d'une faute lourde, les juges du fond doivent relever l'intention de nuire du salarié vis-à-vis de l'employeur ou de l'entreprise. La faute lourde est donc, depuis cette date, assimilée à une faute intentionnelle. Cette faute intentionnelle est elle-même comprise de manière stricte par la jurisprudence. En effet, non seulement le résultat, mais aussi l'acte dommageable doivent avoir été voulus par l'auteur. Cette vision de la faute intentionnelle est clairement au bénéfice du salarié, car plus difficilement caractérisée. Au contraire, comme cela a été précisé précédemment, la notion de faute intentionnelle retenue en matière de responsabilité civile du préposé à l'égard des tiers est quant à elle entendue de manière large. La faute et ses conséquences doivent avoir été délibérément prévues et acceptées, peu importe que le salarié ait voulu les conséquences de l'acte accompli.

Enfin, la jurisprudence a, par la suite précisé que la faute lourde doit s'entendre d'une faute d'une exceptionnelle gravité, qui justifie le départ immédiat de l'entreprise du salarié qui en est l'auteur, et qui recèle l'intention de nuire de ce dernier à son employeur¹. Ainsi, il n'est pas rare que l'infraction pénale, du salarié constitue une faute lourde. En effet, comme cela a été précisé précédemment, l'infraction pénale commise par le salarié sera le plus souvent un délit intentionnel

¹ Soc. 22 février 2000, pourvoi n° 98-40.184.

ou un crime. Ces faits étant d'une exceptionnelle gravité, ils permettent à l'employeur de retenir la faute lourde à l'encontre de l'employeur dans la plupart des cas.

La notion de faute lourde est donc strictement entendue par la Cour de cassation. Étant la seule faute permettant la réparation par le salarié du dommage subi par l'employeur, certains préconisaient l'existence d'un contrat de dépôt pour pouvoir contourner la faute lourde. Pourquoi retenir l'existence d'un contrat de dépôt ? Parce qu'il ne serait dans ce cas point nécessaire de prouver la faute lourde pour pouvoir obtenir la restitution de sommes ou d'objet par le salarié. Le contrat de dépôt peut se définir comme la convention par laquelle une personne, le déposant, confie à une autre personne, appelée dépositaire, la conservation d'un objet ou d'une somme d'argent. Il s'agirait ici d'invoquer simplement l'exécution du contrat pour obtenir la restitution des sommes qui avaient initialement été confiées au salarié au titre de ce contrat. La solution retenue par la Cour de cassation dans pareil cas a notamment été précisée par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 23 janvier 1992 : un salarié engagé en qualité de gérant salarié d'un magasin avait été licencié pour insuffisance professionnelle du fait de manquants dans les marchandises. L'employeur invoquait, pour justifier le remboursement des manquants, l'existence d'un contrat de dépôt. La Haute juridiction décide, pour refuser de condamner le salarié au remboursement des manquants, que seule la faute lourde du salarié peut engager la responsabilité pécuniaire de ce dernier.

L'exemple le plus représentatif en la matière était sans doute celui du vol commis par le salarié. Le vol est défini par l'article 311-1 du Code pénal de la manière suivante : « *Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». Le vol commis par le salarié à l'encontre d'un client de l'entreprise justifie son licenciement pour faute grave, quand bien même l'objet de l'infraction pénale est de faible valeur. C'est notamment ce qui a été décidé par un arrêt de la Cour de cassation en date du 21 février 2006. Mais qu'en est-il du vol commis à l'encontre de l'employeur ? Cette question est marquée par une importante évolution jurisprudentielle. En effet, il y a 20 ans, ce vol était considéré comme constituant une faute lourde induisant l'intention de nuire du salarié. Ce dernier avait alors l'obligation de réparer le préjudice subi par l'employeur. Mais par un arrêt du 6 mars 2007, la jurisprudence a opéré un véritable revirement en la matière. En effet, la Haute juridiction tient compte du passé irréprochable du salarié ainsi que de la modicité de la valeur de la chose dérobée pour décider que le licenciement était dénué de cause réelle et sérieuse.

La solution retenue par la Cour de cassation le 31 mai 1990, selon laquelle seule la faute lourde est susceptible d'engager la responsabilité pécuniaire du salarié, semble ne souffrir d'aucune exception. Pourtant, une décision récente du 19 novembre 2002 semble de prime abord écarter cette exigence et a semé le trouble dans une jurisprudence jusque-là bien établie.

II.- La faute grave, un fondement de réparation parfois suffisant ?

La faute lourde est-elle systématiquement nécessaire ? Un arrêt de la Cour de cassation de 2002 semble revenir sur cette position en précisant que la faute lourde n'était pas nécessaire pour obtenir la restitution des sommes encaissées par le salarié pour le compte de son employeur. Faut-il constater un revirement de jurisprudence en matière de responsabilité pécuniaire du salarié (A) ? S'il faut constater qu'il ne s'agit pas en réalité d'un revirement, la jurisprudence est relativement imprécise en la matière, confondant parfois réparation du préjudice subi par l'employeur et exécution d'une obligation contractuelle (B).

A.- Un revirement exprimé ?

Par un arrêt en date du 19 novembre 2002, la Chambre sociale de la Cour de cassation semble venir perturber la solution jusque-là retenue en matière de responsabilité pécuniaire du salarié, à savoir l'exigence d'une faute lourde.

En l'espèce, une compagnie d'assurances constate qu'une de ses salariées, chargée notamment de récupérer auprès de la clientèle les fonds correspondants aux contrats conclus, détourne une partie de ces sommes pour son propre compte. L'employeur licencie alors la salariée sur la base de cette infraction pénale pour faute grave et demande à ce que les sommes indument perçues par cette dernière lui soient restituées. La Cour d'appel de Douai donne bon droit à la demande formulée par l'employeur. La salariée forme alors un pourvoi en cassation et se base sur le fait qu'elle n'avait commis aucune faute lourde, seul fondement justifiant l'engagement de sa responsabilité pécuniaire.

La Chambre sociale précise alors : « *Attendu que la cour d'appel, qui s'est bornée à ordonner le versement des sommes que le salarié avait encaissées pour le compte de son employeur et qu'il devait lui restituer, n'était pas tenue de retenir une faute lourde à son encontre pour le condamner à exécuter son obligation contractuelle* ».

La décision rendue par la Cour en 2002 est donc claire : il ne s'agit en aucun cas d'un revirement de jurisprudence. La jurisprudence de 1958 fixant l'obligation de caractériser la faute lourde pour pouvoir reconnaître la responsabilité pécuniaire du salarié n'est pas remise en cause. Elle ne trouve tout simplement pas à s'appliquer au cas d'espèce.

En 1958, en effet, on se trouve sur le terrain de la responsabilité pécuniaire, l'employeur demandant la réparation d'un préjudice subi du fait du préposé. Dans le cadre de l'arrêt du 19 novembre 2002, la situation est radicalement différente : il s'agit en effet ici du manquement à une obligation contractuelle. En effet,

l'employeur souhaite uniquement obtenir la restitution des sommes qui avaient été encaissées pour son compte. N'étant ainsi pas sur le terrain de la responsabilité pécuniaire, mais sur celui du manquement à une obligation contractuelle, l'employeur n'a pas à se limiter à la faute lourde pour pouvoir demander à sa salariée la restitution des sommes indument perçues.

La décision rendue par la Cour de cassation le 19 novembre 2002 (aussi appelé arrêt *Bielawski*), si elle ne constitue pas un revirement de la jurisprudence de 1958, est cependant une nouveauté en la matière. Aucune décision de la Cour de cassation n'avait jusque-là retenu une telle solution et permis à l'employeur d'obtenir la restitution de sommes ou d'objet indument perçus, conservés par son salarié. Une solution contraire avait même été rendue par la Cour de cassation.

En effet, en 1999, pour des faits similaires, la Cour de cassation¹ avait retenu la solution inverse et avait exigé la faute lourde du salarié pour que la restitution soit possible. En l'espèce, une salariée n'avait pas remis à son employeur des bijoux qui lui avaient été confiés par un client de la société dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail. L'employeur est cependant débouté de ses demandes : « *Mais attendu que la responsabilité du salarié envers son employeur n'est engagée qu'en cas de faute lourde ; que l'action exercée par l'employeur avait pour objet la condamnation du salarié au paiement de dommages-intérêts pour manquement à son obligation de restituer à son employeur les bijoux reçus dans l'exercice de ses fonctions ; que l'employeur devait donc prouver la faute lourde du salarié ; que les juges du fond, par une appréciation souveraine des éléments de preuve, ont estimé que cette preuve n'était pas rapportée ; que, par ces seuls motifs, le jugement se trouve légalement justifié ; que le moyen n'est pas fondé* ».

S'agit-il d'un revirement par rapport à la jurisprudence *Bielawski* ? Pas exactement. La solution se justifie tout simplement par le fondement de l'action choisie par l'employeur : l'action avait en effet pour objet la condamnation au paiement de dommages et intérêts. Il s'agissait donc d'une action en responsabilité contractuelle. Or cette action visant à obtenir des dommages et intérêts se heurte, pour que le salarié soit condamné à réparation, à l'exigence de l'imputation d'une faute lourde.

Ainsi, puisque la solution rendue en 2002 ne se base pas sur la responsabilité pécuniaire du salarié – souffrant de l'exigence d'une faute lourde –, mais sur l'exécution d'une obligation contractuelle, il ne s'agit en aucun cas d'un revirement de jurisprudence par rapport à la solution retenue en 1958. Cependant, il faut constater que depuis quelques années, la jurisprudence peine à déterminer les limites de ces deux notions.

¹ Soc., 24 novembre 1999, pourvoi n° 97-41.911.

B.- Une jurisprudence confuse

La solution posée par l'arrêt *Bielawski* en 2002 a pour fondement le manquement à une obligation contractuelle du salarié. Il s'agit en effet d'une obligation de restitution souscrite par le salarié lors de la conclusion du contrat de travail et dont l'inexécution par le salarié débiteur peut permettre à l'employeur d'en invoquer l'exécution forcée. Comme l'a précisé Geneviève Pignarre¹, « *exécution n'est pas réparation* ».

Cependant, les limites entre l'exécution forcée et la réparation due à l'employeur du fait du salarié ne sont pas évidentes et cette difficulté s'est notamment révélée dans l'arrêt *Bielawski* du 19 novembre 2002. Dans cet arrêt, le créancier, employeur, réclamait la restitution des sommes figurant sur le compte de son salarié et non celles détenues par ce dernier. Ce détail, qui semble *a priori* minime, peut revêtir une importance capitale sur la nature de la demande. Le Professeur Jean Mouly² a à cette occasion précisé qu'« *il peut, en effet, exister entre ces deux sommes une différence tenant non seulement à une malveillance du travailleur, laquelle engage alors bien évidemment la responsabilité de ce dernier, mais aussi à une erreur ou à une négligence de sa part, lesquelles doivent au contraire, en l'absence de faute lourde, rester à la charge de l'employeur. On le voit, la solution de l'arrêt Bielawski pouvait aboutir en réalité à faire supporter au salarié d'éventuels déficits de caisse qui, pourtant, devraient aujourd'hui rester à la charge de l'entreprise* ». Il faut constater l'existence d'une grande confusion entre les notions de restitution des sommes dues à l'employeur et celle de responsabilité pécuniaire du salarié.

À cette difficulté s'ajoute celle du mécanisme de la compensation, proche des deux précédents. L'affaire du badge détérioré de la Chambre sociale de la Cour de cassation rendu le 20 avril 2005 est venue préciser le régime applicable en la matière : un salarié avait détérioré le badge lui permettant d'accéder aux locaux dans lesquels il travaillait. Après le remplacement de son badge, le salarié se rend compte que la somme correspondant au coût du remplacement du badge avait été retenue sur son salaire. La Cour de cassation précise alors que « *la responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde, même en ce qui concerne le droit à compensation prévu par l'article L. 144-1 du code du travail* ». L'article L. 144-1 du Code du travail (devenu article L. 3251), dispose qu'« *Aucune compensation ne s'opère au profit des employeurs entre le montant des salaires dus par eux à leurs salariés et les sommes qui leur seraient dues à eux-mêmes pour fournitures diverses, quelle qu'en soit la nature, à l'exception toutefois : 1. Des outils et instruments nécessaires au travail ; 2. Des*

¹ G. PIGNARRE, « La compensation à l'épreuve des règles sur la responsabilité pécuniaire du salarié », *RDT*, 2009, p. 112.

² J. MOULY, « L'affaire du badge détérioré : exécution forcée ou responsabilité du salarié pour faute lourde ? », *D.*, 2006, p. 1346.

matières ou matériaux dont le salarié a la charge et l'usage ; 3. Des sommes avancées pour l'acquisition de ces mêmes objets ».

La Cour précise ainsi dans cet arrêt de 2005 que pour que la compensation puisse être admise, la faute lourde du salarié doit avoir été révélée. Cette solution, favorablement accueillie par la doctrine, se comprend aisément dans la mesure où la détérioration du badge aurait pu avoir lieu, en dehors de toute faute du salarié, du fait de son usure normale, de son défaut de fabrication ou encore, comme le souligne le Professeur Jean Mouly, par la simple négligence du salarié ne pouvant engager sa responsabilité. L'exigence d'une faute lourde en matière de compensation paraît donc nécessaire pour éviter les abus, la simple usure du badge ou son défaut relevant des risques d'exploitation que doit supporter l'employeur.

À l'occasion d'une décision rendue par la Chambre sociale sur le même sujet le 21 octobre 2008, Jean Mouly a précisé que : *« l'employeur ne demande pas au salarié de restituer les sommes qu'il détenait effectivement, mais celles qu'il aurait dû détenir ; ce qui change tout, car il ne s'agit plus de la simple exécution d'une obligation contractuelle, en l'occurrence de restitution [...], mais de la mise à la charge du salarié d'un déficit de caisse »*¹.

¹ J. MOULY, « Les salariés doivent-ils répondre de leur déficit de caisse même en l'absence de faute lourde ? Aux frontières de l'exécution de l'obligation et de la responsabilité contractuelle », *Dr. Soc.* 2004, 740 et s.

CONCLUSION

« L'infraction pénale constitue une violation d'une loi de l'État, résultant d'un acte externe de l'homme, positif ou négatif, socialement imputable, ne se justifiant pas par l'accomplissement d'un devoir ou l'exercice d'un droit et qui est frappé d'une peine prévue par la loi » selon le Professeur Francesco Carrara.

Confrontée au droit du travail, l'infraction pénale va prendre une teinte toute particulière. Elle peut en effet avoir des répercussions sur l'embauche, l'employeur ne souhaitant pas engager, par prudence, un salarié dont le casier judiciaire ne serait pas vierge. Elle peut encore avoir des conséquences, même après la fin du contrat de travail, certains engagements du salarié vis-à-vis de son employeur pouvant être maintenus comme tel est le cas par exemple en matière de divulgation des secrets de fabrique.

Mais plus encore, lorsque l'infraction pénale a été commise par le salarié alors qu'il était lié à l'employeur par un contrat de travail, elle est susceptible d'avoir des répercussions considérables, et ce, à divers égards.

Tout d'abord, parce qu'elle peut constituer une cause de rupture du contrat de travail. En effet, dès lors que l'infraction commise par le salarié constitue une faute, l'employeur aura, grâce au pouvoir de direction dont il dispose, la faculté de licencier disciplinairement son salarié pour faute. Il conservera parfois cette faculté de rupture du contrat même lorsque l'infraction pénale a été commise dans le cadre de sa vie personnelle, dès lors qu'un manquement à une obligation découlant du contrat de travail est démontré. Il s'agit là d'une nouvelle atteinte à l'immunité dont le salarié dispose dans le cadre de sa vie personnelle, immunité qui ne pouvait auparavant être remise en cause qu'en cas de trouble objectif causé à l'entreprise, et n'entraînant qu'un licenciement non disciplinaire du salarié.

Ensuite, parce ce qu'elle va entraîner la mise en œuvre d'une véritable présomption de responsabilité de l'employeur, aussi bien sur le plan pénal que civil. Garant de l'activité de ses salariés, il a le privilège d'en tirer profit, mais devra aussi en subir les conséquences en cas de conséquences dommageables. Ce ne sont que dans des cas très restreints qu'il pourra se dédouaner de ces responsabilités, et dans des hypothèses plus restrictives encore qu'il disposera de la faculté d'engager celle du salarié du fait du dommage subi.