

CHRONIQUE DE DROIT DU TRAVAIL

*Alain Chirez**

La mise en place d'une rubrique de droit du travail dans cette revue répond au caractère quasi inéluctable de cette discipline.

On peut échapper, dans la vie de tous les jours, à la famille, à la constitution de sociétés ou à la protection d'un brevet d'invention mais il est difficile d'échapper au travail, celui que l'on a ou celui que l'on recherche.

Loin d'être caractérisé par la fin du travail, ce début de 21ème siècle est plutôt marqué par une ruée vers le travail, le cas échéant avec ses nouvelles formes d'exercice (télétravail) et ses nouvelles formes de subordination. Les bureaux peuvent bien devenir interchangeables ('*clean desk policies*') et les clauses de résultat ou de mobilité fleurir, de nouveaux contrats apparaître avec des périodes d'essai inédites à ce jour, le droit du travail rayonne en tout cas intensément dans les autres branches du droit et avec lui les valeurs humaines essentielles.

Les chartes éthiques joutent des textes qui s'inspirent d'un ordre public de direction comme de protection parce que, comme en économie, ce droit est soumis à des cycles tantôt libéral tantôt dirigiste. Son absence au sein de cette revue n'était pas "juridiquement correct". Puisse nos lecteur y trouver, en la parcourant autant de plaisir que nous prenons à la confectionner.

I BRINON. QUARANTE ANS APRÈS

A A propos de Cass. Soc. 11 janvier 2006, n° 04-48. 201 P+B+R+I. (M.A et autres contre Pages Jaunes- France Telecom)

S'il existe une constante en droit du travail, c'est bien le point fixe posé par l'arrêt Brinon du 31 mai 1956 décidant que "l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise, est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du Travail" (Cass. Soc. 31 mai 1956, D.O. 1956 p. 340).

Quarante ans après, il n'existe toujours pas, pour le salarié, de droit subjectif à la stabilité de l'emploi. Entendons par là que les choix de gestion faits par l'employeur, quelque soit leur sagacité,

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

sont à l'abri de toute critique. C'est ce que vient de rappeler la Cour de Cassation dans une décision du 14 décembre 2005, dans un arrêt destiné à la publication, c'est à dire une décision considérée par la Haute juridiction comme importante.

On se souvient peut-être qu'il avait été jugé à la fin de l'année 2000, par un arrêt SAT que le juge ne devait pas se reconnaître le droit "de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles" (Cass. Ass. Plén. 8 déc. 2000 n° 97-44.219). On voulait dire par là que si une décision de gestion est plus mortifère que d'autres en terme d'emplois, elle ne sera pas considérée comme illégitime. Aujourd'hui, la Cour de cassation enfonce le clou et décide "que l'erreur du chef d'entreprise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule la légèreté blâmable".

Alors que l'emploi est indéniablement une valeur, la destruction de celle-ci par l'erreur de gestion est exclusive de toute responsabilité.

Même si l'article 1382 du Code Civil n'a pas valeur constitutionnelle, les instances judiciaires au plus haut niveau ont pourtant su, à certains moments de leur histoire, censurer les lois qui conjuguèrent, selon elles, l'irresponsabilité et l'absence de réparation (ce fut notamment le cas du texte relatif à la limitation de la possibilité d'engager des actions en dommages et intérêts contre les grévistes représentants du personnel et syndicats à l'occasion des grèves, censuré par la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982). Or, c'est bien à une sorte d'irresponsabilité de l'employeur, conjuguée à une absence de réparation au profit du salarié, qu'aboutit le principe réaffirmé par l'arrêt du 14 décembre 2005.

La balance est particulièrement déséquilibrée lorsque l'on sait par ailleurs que l'insuffisance professionnelle ou le manque de résultat du salarié constitue bel et bien une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Certes, le droit de l'employeur de mener l'entreprise à sa guise –y compris parfois dans le mur– n'est pas juridiquement discrétionnaire en ce sens que, de ce droit comme de la plupart des autres, on peut abuser. Quelques cas de légèreté blâmable sont parfois retenus par la jurisprudence lors de recrutements inconsidérés (situation obérée de l'entreprise connue par l'employeur au moment de l'engagement de salariés, ce qui l'avait conduit à rompre intempestivement un contrat d'adaptation, Cass. Soc. 26 fév. 1992, n° 90-40.364). Dans le même ordre d'idée, on connaît la jurisprudence relative à la rupture abusive de la période d'essai. Cependant, ce sont là des hypothèses assez marginales puisqu'il faut prouver l'abus.

Au même moment, (et dans un domaine voisin où s'exerce aussi le pouvoir de gestion) la Cour de cassation vient encore d'assouplir les conditions du licenciement économique. Elle considère depuis le 11 janvier 2006 que les réorganisations peuvent désormais intervenir "pour prévenir des difficultés économiques à venir". Certains commentateurs considèrent, certes, que l'arrêt ne changera pas grand chose, voire qu'il s'agit "d'un arrêt mort-né" (cf. obs. Rachid Brihi et Hélène Masse dans "Le Monde" du 14 janvier 2006), la loi du 18 janvier 2005 instituant l'obligation d'une

gestion prévisionnelle des emplois pour prévenir les plans sociaux. Il n'en est pas moins vrai que l'on est loin des décisions qui excluaient les difficultés économiques ponctuelles, ou passagères pour fonder les licenciements économiques. Rien de plus nébuleux que la mesure prise pour "prévenir des difficultés économiques à venir, liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences pour l'emploi". L'aléa qui planera sur un contentieux animé sans doute par des parties et des juges qui devront être des voyants extralucides dissuadera certainement les demandeurs.

C'est dire que le système est parfaitement cohérent. Le droit du travail s'inscrit dans un univers d'une précarité sans précédent qui n'est pas seulement celle des Contrats Nouvelle Embauche. Il gravite aujourd'hui autour d'un pouvoir de gestion irresponsable au sens juridique du terme, sous la menace des licenciements préventifs.

II STRESS ET HARCELEMENT MORAL

A A propos de CA Paris 18^e Ch. D) 17 mai 2005. Ass, Centre dentaire Miromenil Contre Berguermont

On a parlé de notion "fourre-tout" à propos du harcèlement moral introduit dans le Code du Travail Français par la loi du 17 janvier 2002 ; il importe donc de clarifier les concepts et en particulier la différence avec le stress. Des conséquences parfois similaires (fatigue, voire épuisement ou « burn out ») sur la santé du salarié qui en est victime ne doivent pas conduire à confondre les genres.

Le stress est une tension qui trouve son origine dans l'incapacité à répondre à ce que l'on croit devoir faire. Plus généralement, il s'agit d'un ensemble de perturbations provoquées par une agression sur un organisme (H. Selye).

Juridiquement, on appréhende le stress surtout sous l'angle de la santé physique ou mentale qui doit être protégée par le chef d'établissement aux termes de l'article L 130-2 du code du travail. Les clauses de quotas dans les contrats de travail, lorsqu'elles mettent la barre des résultats à atteindre à un niveau difficilement accessible participent assurément d'une sorte de "gestion par le stress", d'ailleurs condamnée par la jurisprudence. La Cour de cassation exige, depuis longtemps déjà, des résultats accessibles et des moyens fournis au salarié pour y parvenir.

En soi, le stress ressenti par le salarié n'est évidemment pas pénalement punissable comme l'est le harcèlement moral infligé par l'employeur ou un collègue de travail.

Le harcèlement moral, consiste, quant à lui, aux termes de l'article L 122-49 du Code du travail dans les agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits du salarié et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Certes, il s'agit là d'une notion à peine moins factuelle, à peine plus juridique que le stress dans la mesure où, même défini par la loi, le harcèlement reste un conglomérat d'éléments de fait laissé à

l'appréciation souveraine du juge du fond. La Cour de cassation a récemment jugé, par exemple, que les faits de harcèlement étaient constitués par "un ensemble de mesures vexatoires injustes et inappropriées trouvant leur justification dans la volonté de l'employeur de se séparer d'une secrétaire qui ne lui convenait plus" (Cass. Crim. 21 juin 2005).

Alors que la notion de stress est une notion de pur fait, celle de harcèlement, malgré cette définition apparemment structurée, constitue un concept à peine plus contrôlé par la haute juridiction. La Cour de cassation, qui, on le sait, n'est pas un troisième degré de juridiction, ne contrôle pas les faits. Elle juge des décisions.

Tout au plus, peut-on déceler dans l'évolution de la jurisprudence récente une amorce de contrôle par la Cour de Cassation : dans une décision du 27 octobre 2004, celle-ci avait indiqué qu'il n'appartient qu'aux juges du fond d'apprécier souverainement les faits qu'ils constatent, alors que dans une décision plus récente du 29 juin 2005, la formule utilisée ("que la Cour d'appel a pu en déduire") laisse entendre un début de contrôle. Il est bien certain que l'existence d'un contrôle, même très restreint, présente une meilleure garantie pour les victimes et une meilleure cohérence du droit.

En tout cas, demander à un salarié de travailler plus ou mieux ne constitue pas du harcèlement s'il n'existe pas, par ailleurs, de mesures blessantes ou volontairement humiliantes. Le pouvoir de direction est, on le sait, inhérent à la relation de travail. C'est l'envers de la subordination juridique qui caractérise le contrat. Ce pouvoir de direction permet à l'employeur d'enjoindre des tâches par directives et d'en contrôler l'exécution, même s'il peut arriver que l'exercice de l'autorité soit perçu comme une agression.

Le salarié qui est surchargé n'est d'ailleurs pas juridiquement totalement démuné. De la saisine des délégués, lorsqu'il en existe, jusqu'au droit de retrait en cas grave de risque pour sa santé, il existe des réponses plus ou moins appropriées. Le refus de faire des heures supplémentaires constitue, certes, une faute si la demande est ponctuelle mais devient un droit si ces heures s'institutionnalisent puisqu'on modifie alors le contrat, dans son élément durée du travail.

Un jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris a particulièrement bien tenté cette approche différentielle entre stress et harcèlement en distinguant le harcèlement, des "conséquences à tort ou à raison mal ressenties par le salarié, des contraintes imposées par les impératifs de gestion inhérents à la vie de toute entreprise développant son activité dans un contexte par essence concurrentiel et conduisant parfois à la remise en question de situations acquises" (Tribunal de Grande Instance Paris, 25 oct. 2002, Aff. Bismut/Vautier).

De son côté, la Cour de cassation a indiqué clairement que "l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire ne caractérise pas à lui seul un harcèlement moral".

Si l'on essaye toutefois d'aller au fond des choses, il apparaît que l'une des différences fondamentales réside dans l'état d'esprit de l'auteur des agissements. La loi de modernisation sociale a introduit ce qui se trouvait auparavant éparse dans la jurisprudence, c'est à dire l'exigence d'une

exécution de bonne foi du contrat de travail. Et c'est dans cette exigence d'exécution de bonne foi que réside certainement l'une des différences essentielles d'origine entre stress et harcèlement. Le harceleur n'agit pas avec loyauté, alors que le co-contractant de la personne stressée peut être de bonne foi., dès lors, bien sûr, que les mesures nécessaires ont été prises pour protéger la sécurité et la santé physique et mentale des travailleurs.

Certes, au pénal, il ne semble pas nécessaire d'aller jusqu'à démontrer la finalité du harcèlement puisque précisément, dans le texte légal, les agissements répétés doivent simplement avoir pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail. La simple conscience cependant de cet effet, suffisante pour caractériser l'infraction exclut aussi la bonne foi.

Allant plus loin encore, il n'est pas étonnant, comme l'observent certains commentateurs, "que certains magistrats du second degré affirment sans pudeur ni retenue que la volonté de nuire caractérise le harcèlement moral" (Patrice Adam, D.O. Janv. 2006 p. 34, à propos notamment de Paris 22^{ème} ch. 4 nov. 2004 ; Mme A. c/ Société Box France, n° RG 03-30886).

En définitive, ce qui distingue la "surchauffe" du harcèlement réside précisément dans cette bonne foi qui doit imprégner les relations de travail à tous les niveaux, formation, exécution et rupture. Le contrat de travail est un contrat de confiance qui nécessite la bonne foi.

Ce n'est évidemment pas dire que l'exigence de bonne foi et l'interdiction du harcèlement se juxtaposent. Il y a des faits qui ne constituent pas du harcèlement mais caractérisent un manquement à la bonne foi contractuelle (cf. par ex. CA Paris 187^{me} ch. D, 17 mai 2005, D.O. 2006 p. 32 et svtes, obs. P. Adam précitées). Les atteintes à cette bonne foi contractuelle constituent un ensemble beaucoup plus vaste –pour parler en termes mathématiques- que le domaine du harcèlement moral. L'exactitude de l'équation harcèlement moral = stress du salarié + mauvaise foi ou intention de nuire de l'employeur, se vérifie en revanche assez souvent.

Certes, le sens de l'évolution actuelle du droit du travail est celui de l'objectivation. Il n'en reste pas moins que la loyauté constitue le contexte indispensable dont le manquement est sanctionné sous la forme des abus divers appréhendés par le droit. Il est dès lors inévitable que subsiste une part de subjectivité non négligeable dans la relation de travail et non soluble dans cette objectivation.

