



# Droit disciplinaire

*Mise à jour : Mars 2008*

# SOMMAIRE DÉTAILLÉ

## *Droit disciplinaire*

### ■ Droit disciplinaire ■

#### SECTION I DÉFINITION DE LA FAUTE

##### SOUS-SECTION I *Champ d'application*

1	Définition du droit disciplinaire . . . . .	8
2	Entreprises visées . . . . .	8
3	Salariés concernés . . . . .	8

##### SOUS-SECTION II *L'agissement fautif*

4	Sanction subordonnée à l'existence d'une faute . . . . .	8
---	--	---

##### § 1. *Absence de définition légale*

5	Aucune définition légale . . . . .	9
6	Exécution normale de la relation contractuelle . . . . .	9
7	Acte positif ou abstention de nature volontaire . . . . .	9

##### § 2. *Violation d'une disposition normative*

8	Agissement fautif dans le Code du travail . . . . .	10
9	Infractions pénales et pouvoir disciplinaire . . . . .	10
10	Non-respect de dispositions conventionnelles . . . . .	10
11	Violation du règlement intérieur . . . . .	11

##### § 3. *La faute en l'absence d'un texte*

12	Faute disciplinaire et faute contractuelle . . . . .	11
13	Faute commise à l'occasion du travail . . . . .	11
14	Faute commise hors du travail et du lieu du travail . . . . .	11
15	Motifs tirés de la vie personnelle . . . . .	12

##### SOUS-SECTION III *Pouvoir de qualification de la faute*

16	Pouvoir de l'employeur . . . . .	12
17	Limites au pouvoir de l'employeur . . . . .	12
18	Principe de non-discrimination et exercice d'une liberté fondamentale . . . . .	13
19	Exemples de faits ayant entraîné une sanction . . . . .	14

##### SOUS-SECTION IV *Preuve de l'agissement fautif*

20	Preuve à la charge de l'employeur . . . . .	15
----	---	----

#### SECTION II PRESCRIPTION DES FAUTES

21	Principe de la prescription . . . . .	15
22	Suspension du contrat et prescription . . . . .	16
23	Charge de la preuve . . . . .	16

##### § 1. *Calcul du délai de deux mois*

24	Point de départ du délai . . . . .	16
25	Notion d'employeur . . . . .	16
26	Computation du délai . . . . .	17
27	Engagement des poursuites . . . . .	17

<b>§ 2. <i>Exception à la prescription</i></b>	
28 Poursuites pénales . . . . .	17
29 Nouvel agissement fautif du salarié . . . . .	18
<b>§ 3. <i>Effets de la prescription</i></b>	
30 Saisine d'une instance ordinaire . . . . .	18
<b>SECTION III SANCTIONS DISCIPLINAIRES</b>	
<b>SOUS-SECTION I <i>Définition de la sanction</i></b>	
31 Définition légale . . . . .	18
32 Mesure prise par l'employeur . . . . .	18
33 Mesure justifiée par une faute . . . . .	19
34 Mesure pouvant avoir des conséquences sur la relation contractuelle . . . . .	19
35 Autres mesures . . . . .	20
<b>SOUS-SECTION II <i>Typologie des sanctions</i></b>	
<b>§ 1. <i>Avertissement</i></b>	
36 Sanction la plus légère . . . . .	20
<b>§ 2. <i>Mise à pied disciplinaire</i></b>	
37 Définition de la mise à pied . . . . .	21
38 Durée de la mise à pied . . . . .	21
39 Procédure et effets de la mise à pied . . . . .	21
<b>§ 3. <i>Rétrogradation</i></b>	
40 Définition . . . . .	22
41 Procédure et durée de la rétrogradation . . . . .	22
<b>§ 4. <i>Mutation interne, déplacement, transfert</i></b>	
42 Sanctions difficiles à discerner . . . . .	22
<b>§ 5. <i>Licenciement disciplinaire</i></b>	
43 Rupture du contrat de travail . . . . .	23
<b>SOUS-SECTION III <i>Choix de la sanction</i></b>	
44 Libre choix : individualisation . . . . .	23
45 Limites dans le choix de la sanction . . . . .	24
<b>SOUS-SECTION IV <i>Prescription de la sanction</i></b>	
46 Champ d'application . . . . .	25
47 Délai . . . . .	25
<b>SOUS-SECTION V <i>Amnistie des sanctions</i></b>	
48 Principe de l'amnistie . . . . .	25
49 Champ d'application de l'amnistie des sanctions . . . . .	25
50 Effets de l'amnistie des sanctions . . . . .	26
51 Retrait des mentions relatives aux sanctions dans les dossiers . . . . .	26
<b>SECTION IV SANCTIONS INTERDITES</b>	
<b>§ 1. <i>Sanctions pécuniaires</i></b>	
52 Principe de l'interdiction . . . . .	26
53 Réduction ou suppression de rémunération pour des faits fautifs . . . . .	27
54 Réductions ou suppressions de primes pour exécution défectueuse du travail . . . . .	27
55 Refus d'accorder une augmentation . . . . .	28
56 Réduction d'horaire . . . . .	28
57 Retenues de salaire licites . . . . .	28

<b>§ 2. Sanctions discriminatoires</b>	
58 Principe . . . . .	29
59 Non-respect des dispositions légales . . . . .	29
<b>§ 3. Sanctions cumulatives</b>	
60 Principe : interdiction . . . . .	29
61 Exception : fautes successives . . . . .	29
<b>SECTION V PROCÉDURES DISCIPLINAIRES</b>	
<b>SOUS-SECTION I Procédure disciplinaire légale</b>	
62 Deux procédures . . . . .	30
<b>§ 1. Procédure disciplinaire simplifiée</b>	
63 Obligation d'information du salarié . . . . .	30
64 Sanctions visées . . . . .	30
65 Modalités d'information . . . . .	31
<b>§ 2. Procédure disciplinaire renforcée</b>	
66 Champ d'application . . . . .	32
67 Convocation à l'entretien préalable . . . . .	32
68 Entretien . . . . .	33
69 Notification de la sanction . . . . .	33
70 Motivation de la sanction . . . . .	34
71 Exécution de la sanction . . . . .	34
<b>SOUS-SECTION II Procédures disciplinaires conventionnelles</b>	
72 Articulation avec la procédure légale . . . . .	34
73 Non-respect de la procédure conventionnelle . . . . .	35
74 Recours conventionnel . . . . .	36
<b>SOUS-SECTION III Refus de la sanction par le salarié</b>	
75 Sanction entraînant une modification du contrat . . . . .	36
76 Conséquences du refus de la sanction . . . . .	36
<b>SECTION VI CONTRÔLE JUDICIAIRE DES SANCTIONS DISCIPLINAIRES</b>	
77 Champ d'application des pouvoirs du juge . . . . .	37
78 Compétence du juge des référés . . . . .	37
<b>SOUS-SECTION I Modalités du contrôle</b>	
79 Contrôle de la régularité de la procédure . . . . .	37
80 Justification de la sanction . . . . .	38
81 Contrôle de la proportionnalité de la sanction . . . . .	38
82 Charge de la preuve . . . . .	38
<b>SOUS-SECTION II Pouvoirs du juge</b>	
<b>§ 1. Annulation de la sanction</b>	
83 Une faculté pour le juge, non une obligation . . . . .	39
84 Sanction irrégulière . . . . .	39
85 Sanction injustifiée . . . . .	39
86 Sanction disproportionnée . . . . .	39
87 Effet de l'annulation : anéantissement de tous les effets de la sanction . . . . .	40
88 Après une annulation : une nouvelle sanction ? . . . . .	40
<b>§ 2. Impossibilité de modifier la sanction</b>	
89 Employeur seul détenteur du choix de la sanction . . . . .	41

<b>§ 3. Condamnation à des dommages-intérêts</b>	
90 En cas d'annulation de la sanction . . . . .	41
<b>SOUS-SECTION III Recours contentieux</b>	
91 Appel . . . . .	41
<b>Annexes</b>	
92 L'évaluation des salariés . . . . .	42
93 La performance des salariés . . . . .	44
 <b>■ Motifs disciplinaires ■</b> 	
<b>SECTION I MOTIFS DISCIPLINAIRES</b>	
94 Faute du salarié . . . . .	47
<b>SOUS-SECTION I Tenue et attitude du salarié</b>	
95 Violences verbales à l'égard de la direction . . . . .	47
96 Violences verbales à l'égard des collègues de travail . . . . .	48
97 Violences verbales à l'égard des tiers . . . . .	49
98 Violences physiques au lieu et au temps de travail . . . . .	49
99 Violences commises en dehors des lieux ou des heures de travail . . . . .	50
100 Harcèlement sexuel . . . . .	50
101 Harcèlement moral . . . . .	51
102 Alcoolisme . . . . .	51
103 Tenue vestimentaire . . . . .	52
<b>SOUS-SECTION II Infractions aux règles d'hygiène et de sécurité</b>	
104 Manquement aux consignes de santé et de sécurité . . . . .	53
105 Manquement à l'obligation générale de sécurité du salarié . . . . .	53
106 Respect de l'interdiction de fumer . . . . .	54
<b>SOUS-SECTION III Probité</b>	
107 Obligation de loyauté . . . . .	54
<b>§ 1. Indélicatesse</b>	
108 Détournement de fonds . . . . .	54
109 Attribution indue de compléments de rémunération . . . . .	54
110 Usage de faux pour obtenir un avantage . . . . .	55
111 Complicité d'actes « indélicats » . . . . .	55
112 Vol . . . . .	55
113 Condamnation et infraction pénale . . . . .	56
<b>§ 2. Déloyauté commerciale</b>	
114 Principe de non-concurrence . . . . .	56
115 Création d'entreprise . . . . .	57
<b>SOUS-SECTION IV Comportement du salarié au travail</b>	
116 Fautes professionnelles . . . . .	57
117 Ponctualité au travail . . . . .	58
118 Abandon de poste . . . . .	58
119 Indiscipline et insubordination . . . . .	59
120 Temps de travail et indiscipline . . . . .	60
<b>SOUS-SECTION V Absences</b>	
121 Abus du matériel de l'entreprise . . . . .	60

122	Absences injustifiées . . . . .	60
123	Incarcération du salarié . . . . .	61

## ■ Procédure de licenciement pour motif personnel ■

### SECTION I CHAMP D'APPLICATION

124	Notion d'employeur . . . . .	63
125	Exceptions à l'application de la procédure . . . . .	63
126	Bénéficiaires . . . . .	63

### SECTION II ENTRETIEN PRÉALABLE

127	Entretien préalable obligatoire . . . . .	64
-----	---	----

#### SOUS-SECTION I *Convocation à l'entretien préalable*

128	Pour tout licenciement . . . . .	64
129	Auteur de la lettre de convocation . . . . .	64

##### § 1. *Transmission de la lettre de convocation*

130	Forme de la convocation . . . . .	65
131	Adresse du salarié . . . . .	65
132	Cas particuliers : maladie et incarcération . . . . .	65

##### § 2. *Contenu de la lettre de convocation*

133	Mentions obligatoires . . . . .	66
134	Objet de la convocation . . . . .	66
135	Délai entre la convocation et la date de l'entretien . . . . .	67
136	Date et heure de l'entretien . . . . .	68
137	Lieu de l'entretien . . . . .	68
138	Indication de la possibilité pour le salarié de se faire assister . . . . .	69
139	Eventualité d'une mise à pied conservatoire . . . . .	69

#### SOUS-SECTION II *Déroulement de l'entretien*

##### § 1. *Participants à l'entretien*

140	Employeur . . . . .	71
141	Salarié . . . . .	72

##### § 2. *Objet de l'entretien*

142	Licenciement éventuel . . . . .	73
143	Débat contradictoire . . . . .	74

##### § 3. *Preuve de l'entretien*

144	Motifs débattus lors de l'entretien . . . . .	75
-----	---	----

### SECTION III NOTIFICATION DU LICENCIEMENT

#### § 1. *Forme de la notification*

145	Notification par écrit . . . . .	75
146	Licenciement verbal ou de fait . . . . .	76
147	Qualité du signataire . . . . .	76
148	Adresse . . . . .	76
149	Contenu de la lettre de licenciement . . . . .	77

#### § 2. *Délai d'expédition*

150	Délai minimum . . . . .	79
151	Délai maximal . . . . .	79

<b>§ 3. Portée</b>	
152 Date d'effet du licenciement . . . . .	80
153 Rétractation. . . . .	80
<b>SECTION IV SUITES DU LICENCIEMENT ET SANCTIONS DES IRRÉGULARITÉS DE PROCÉDURE</b>	
<b>§ 1. Suites du licenciement</b>	
154 Préavis. . . . .	81
155 Indemnités de rupture . . . . .	81
156 Documents à remettre au salarié . . . . .	82
157 Registre unique du personnel . . . . .	82
158 Principe . . . . .	82
<b>§ 2. Sanctions des irrégularités de procédure</b>	
159 Salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise d'au moins onze salariés. . . . .	82
160 Autres salariés . . . . .	83
161 Non-respect des procédures conventionnelles de licenciement . . . . .	83
162 Sanction du non-respect des procédures conventionnelles de licenciement . . . . .	83
<b>■ Discipline ■</b>	
163 Lettre d'avertissement . . . . .	85
164 Convocation à un entretien préalable à une sanction . . . . .	85
165 Notification d'une sanction . . . . .	86
<b>■ Licenciement pour faute ■</b>	
166 Convocation à un entretien préalable pour faute grave ou lourde avec mise à pied conservatoire . . . . .	87
167 Lettre de licenciement disciplinaire pour faute grave ou lourde . . . . .	88
168 Lettre de licenciement disciplinaire. . . . .	89
169 Lettre de licenciement pour faute grave ou lourde . . . . .	90

# Droit disciplinaire

## ■ Droit disciplinaire ■

### SECTION I

## Définition de la faute

### SOUS-SECTION I

## Champ d'application

### 1 Définition du droit disciplinaire

Le pouvoir disciplinaire, corollaire du pouvoir de direction, est le pouvoir reconnu à l'employeur de sanctionner des comportements ou des actes considérés comme fautifs de salariés placés sous sa subordination.

Les dispositions du Code du travail qui donnent une définition générale des sanctions et instituent une procédure disciplinaire déterminent les limites du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Elles ont une fonction protectrice.

### 2 Entreprises visées

Les dispositions légales et réglementaires relatives au droit disciplinaire sont applicables dans les établissements des employeurs de droit privé et dans les établissements publics à caractère industriel et commercial (C. trav., art. L. 1311-1), et ce quelle que soit l'activité, la taille et la situation de l'entreprise (redressement ou liquidation judiciaire, etc.).

La clause de garantie d'emploi, contenue dans le plan de cession d'une entreprise et soumettant les licenciements à l'autorisation préalable du tribunal de commerce, est sans incidence sur l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur (Cass. soc., 16 mai 2007, n° 06-40.496P). Cette clause ne concerne en effet que les seuls licenciements pour motif économique.

Le droit disciplinaire prévu aux articles L. 1331-1 et suivants du Code du travail s'applique à toutes les entreprises sans considération d'effectif, qu'elles soient ou non tenues d'élaborer un règlement intérieur.

### 3 Salariés concernés

Les dispositions légales ne prévoyant **aucune exclusion**, les articles L. 1331-1 et suivants du Code du travail sont applicables à tout salarié, quel que soit son ancienneté ou son statut, dès la conclusion de son contrat de travail.

Ainsi, les **représentants du personnel** sont soumis au pouvoir disciplinaire de leur employeur (CE, 10 mars 1997, n° 170.114P). Cette application vaut tant dans l'exécution de leur contrat de travail que dans l'exercice de leurs fonctions représentatives (Cass. crim., 9 nov. 1982, n° 81-94.802P), mais alors uniquement s'il est prouvé qu'ils ont excédé leurs prérogatives (Cass. crim., 25 mai 1982, n° 81-93.443P).

Dans cette dernière affaire, il a ainsi été jugé que le défaut de communication simultanée à l'employeur de documents syndicaux faisant l'objet d'un affichage par les délégués syndicaux ne constitue pas un abus de leurs prérogatives. En conséquence, ils ne peuvent pas être sanctionnés en vertu du pouvoir disciplinaire de leur employeur.

Pour plus de détails, voir 564 « Protection des représentants du personnel ».

Par ailleurs, aucune distinction n'est opérée selon la nature du contrat de travail : **durée indéterminée ou déterminée**.

#### **Attention**

La rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée est soumise aux dispositions des articles L. 1332-1 et suivants du Code du travail applicables en matière disciplinaire et non à celles des articles L. 1232-2 et suivants du Code du travail relatives au licenciement (Cass. soc., 11 avr. 1996, n° 93-42.632P).

S'agissant des **intérimaires**, l'entreprise utilisatrice ne peut prendre de sanction à leur encontre. Cette possibilité est réservée à l'entreprise de travail temporaire, employeur de ces derniers, qui est détenteur du pouvoir disciplinaire.

### SOUS-SECTION II

## L'agissement fautif

### 4 Sanction subordonnée à l'existence d'une faute

Aux termes de l'article L. 1331-1 du Code du travail, la sanction disciplinaire prise par l'employeur est subordonnée à une faute préalable du salarié.



La notion de « faute préalable » est déterminante puisqu'elle conditionne l'étendue du pouvoir disciplinaire et les limites des garanties offertes aux salariés.

C'est une condition nécessaire qui donne à la mesure prise par l'employeur sa qualification.

Ainsi, « le fait de changer un salarié de poste pour assurer le remplacement d'un absent n'est pas en soi une sanction au sens de la loi. La même mesure peut l'être, par contre, si elle fait suite à une réprimande sur la façon dont le poste précédent était tenu » (Circ. min. DRT n° 83-5, 15 mars 1983, Légis. soc. -A1- n° 102, 28 mars 1983).

En l'absence d'agissement fautif, la mesure prise par l'employeur n'est pas une sanction au sens de l'article L. 1331-1 du Code du travail.

## § 1. Absence de définition légale

### 5 Aucune définition légale

Tant dans les articles du Code du travail consacrés au règlement intérieur que dans ceux traitant du droit disciplinaire, il n'existe pas de définition de l'agissement fautif.

Le droit du travail se différencie sur ce point du droit pénal puisque ce dernier définit l'infraction avant de préciser la peine dont elle sera réprimée.

Il est simplement énoncé que la sanction est la conséquence « d'un agissement du salarié considéré, par l'employeur, comme fautif » (C. trav., art. L. 1331-1).

L'administration a tenté de cerner la notion d'« agissement fautif ». Celui-ci peut se définir comme un comportement ne correspondant pas à l'exécution normale de la relation contractuelle ou se manifestant par un acte positif ou une abstention de nature volontaire (Circ. min. DRT n° 83-5, 15 mars 1983, Légis. soc. -A1- n° 102, 28 mars 1983).

Aucune sanction disciplinaire ne peut être infligée au salarié à titre préventif, l'agissement fautif doit avoir eu lieu (Cass. soc., 18 févr. 2004, n° 02-41.622P).

La loi et la jurisprudence établissent une hiérarchie des différentes fautes disciplinaires, que seule la jurisprudence définit :

- **la faute légère**, revêtant le plus faible degré de gravité, peut justifier une sanction disciplinaire hormis un licenciement ;
- **la faute simple (ou sérieuse)** peut donner lieu à une sanction disciplinaire, licenciement pour cause réelle et sérieuse inclus. Elle rend impossible le maintien du lien contractuel. Le salarié licencié est tenu d'exécuter son préavis, sauf dispense de l'employeur ;
- **la faute grave** est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise (Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867P). Elle résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du contrat (Cass. soc., 5 déc. 2007, n° 06-41.313P). Ce qui compte, c'est que le salarié quitte, effectivement, immédiatement l'entreprise, et de ce fait, ne réalise pas son préavis. A défaut d'un tel départ, la qualification de faute grave ne peut être retenue ;
- **la faute lourde** se situe à l'échelon le plus élevé dans la hiérarchie des fautes. Elle est découlée du comportement d'une exceptionnelle gravité du salarié, révélant son intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise (Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 88-40.618P). Elle **rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise et prive le salarié de ses indemnités de rupture et de préavis**. En outre, elle est privative de l'indemnité compensatrice de congés payés acquis au titre de la période de référence en cours. Le salarié qui la commet peut engager sa responsabilité civile. Seule la faute lourde prive le salarié du droit à l'indemnité compensatrice de congés payés (Cass. soc., 25 mai 2004, n° 02-42.428).

La Cour de cassation n'exerce pas de contrôle de qualification sur la faute sérieuse susceptible de fonder le licenciement. En revanche, elle s'attache à vérifier que le comportement invoqué par l'employeur peut être qualifié de fautif, à charge pour les juges du fond de dire souverainement, à la lumière de l'article L. 1235-1 du Code du travail, si l'attitude répréhensible constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement. Il n'en est pas de même concernant la faute grave, la chambre sociale ayant toujours maintenu en la matière son contrôle de qualification. Ainsi, elle peut censurer la décision des juges du fond qui ont retenu la qualification de « faute grave » alors que le comportement du salarié n'emportait pas, selon elle, une telle qualification.

### 6 Exécution normale de la relation contractuelle

En se référant à l'exécution normale de la relation contractuelle, la circulaire semble se cantonner à la vie professionnelle.

L'agissement fautif reproché au salarié doit donc avoir été accompli alors qu'il était sous le contrôle et l'autorité de l'employeur (respect des horaires, obligation de pointer, obéissance aux ordres hiérarchiques, etc.).

La faute disciplinaire peut également être commise en dehors du temps et du lieu strictement réservés au travail.

Un acte répréhensible peut être commis dans une annexe ou assimilée (cantine, parking, vestiaire, car de ramassage, etc.), et d'une manière générale dans tous les lieux où l'employeur continue à exercer son autorité.

Si certains comportements de la vie personnelle peuvent rejaillir de manière fâcheuse sur l'entreprise, la jurisprudence considère qu'ils ne peuvent, en principe, donner lieu à sanction.

### 7 Acte positif ou abstention de nature volontaire

Bien que l'article L. 1331-1 fasse référence à un « agissement » c'est-à-dire à une action, à quelque chose de positif, la jurisprudence admet également que des abstentions puissent être qualifiées de fautives et donner lieu à sanction.

## § 2. Violation d'une disposition normative

### 8 Agissement fautif dans le Code du travail

Le Code du travail ne définit pas la faute mais impose parfois un certain nombre d'interdictions dont le non-respect constitue une faute. Il en est ainsi de l'interdiction de procéder à des agissements de harcèlement sexuel ou moral (C. trav., art. L. 1153-6 ; C. trav., art. L. 1152-5).

Le Code du travail se contente, le plus souvent, sans la définir, d'affecter un coefficient de gravité à la faute. C'est ainsi que le législateur exige pour justifier le licenciement d'une personne :

- gréviste, une faute lourde (C. trav., art. L. 2511-1) ;
- victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, une faute grave (C. trav., art. L. 1226-9 ; C. trav., art. L. 1226-18) ;
- en état de grossesse médicalement constaté, une faute grave, non liée à l'état de grossesse, (C. trav., art. L. 1225-4).

S'agissant de la rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée, une faute grave est nécessaire (C. trav., art. L. 1243-1).

### 9 Infractions pénales et pouvoir disciplinaire

Les faits reprochés à l'intéressé peuvent, dans certains cas, constituer, non seulement un comportement fautif aux yeux de l'employeur, mais également une infraction réprimée par le Code pénal.

Il en est ainsi notamment de l'escroquerie, du vol, de la conduite en état d'ébriété, de l'abus de confiance, etc.

A la différence du Code du travail, le Code pénal définit les infractions qu'il réprime. Il précise les éléments (légal, matériel et moral) dont la réunion est indispensable pour qu'une infraction, quelle qu'elle soit, puisse légalement être constituée.

Pour plus de détails, voir 156 « Responsabilité pénale du chef d'entreprise ».

Dans l'hypothèse où le salarié a commis une telle infraction, la question se pose de savoir dans quelle mesure le droit pénal peut agir sur le droit disciplinaire et si, concrètement, l'employeur peut sanctionner le salarié.

**Remarques** : Le Conseil de prud'hommes n'est pas tenu d'attendre que le juge pénal ait statué pour rendre son jugement, lorsqu'une infraction commise par le salarié peut être constitutive d'une sanction disciplinaire. Il peut rendre son jugement sans attendre la décision du juge pénal, même si la décision à intervenir est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil (C. proc. pén., art. 4).

#### a) Condamnation pénale

Si les faits répréhensibles ont été commis dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, ils peuvent donner lieu à sanctions, le plus souvent à un licenciement pour faute grave (Cass. soc., 16 déc. 1993, n° 92-43.873).

Si un tribunal correctionnel reconnaît l'intention dolosive d'une salariée ayant volé son employeur, même si ce délit de vol comporte un élément intentionnel, celui-ci n'implique pas, par lui-même, l'intention de nuire à l'employeur, nécessaire pour la reconnaissance d'une faute lourde (Cass. soc., 9 juill. 1999, n° 97-42.815P).

#### b) Relaxe pénale

En application du principe de l'autorité au civil de la chose jugée au pénal, si les faits ayant donné lieu à poursuite pénale ne sont pas retenus par la juridiction pénale, ils ne pourront, à eux seuls, donner lieu à sanction (Cass. soc., 20 mars 1997, n° 94-41.918P). Au contraire, dès lors que les faits invoqués sont considérés comme établis par le juge, le juge civil, tenu par cette décision, pourra considérer le licenciement fondé sur ces mêmes faits comme reposant sur une cause réelle et sérieuse ou sur une faute grave (Cass. soc., 6 juill. 1999, n° 96-40.882P).

En revanche, une relaxe pénale n'implique pas une absence de motif réel et sérieux de licencier ou de sanctionner. En effet, la décision du juge pénal ne s'impose aux juridictions civiles qu'en ce qui concerne la réalité des faits et leur imputabilité aux salariés.

Les faits ayant donné lieu à relaxe peuvent justifier une sanction s'ils apportent un trouble à la marche ou à l'image de l'entreprise et s'ils caractérisent, indépendamment de toute autre qualification éventuelle, un manquement professionnel distinct de la faute pénale (Cass. soc., 4 mai 1994, n° 91-40.945, Juris. Actua. n° 7064, 4 juill. 1994).

Dans cette espèce, un chef-comptable, a été licencié pour faute lourde, son employeur lui reprochant des détournements de fonds. Poursuivi pour escroquerie, le salarié a été relaxé. La Cour de cassation approuve les juges d'appel d'avoir dit que le comportement de l'intéressé caractérisait « un manquement distinct de la faute pénale ». En effet, les sommes perçues par le salarié avaient été inscrites dans la comptabilité de l'entreprise sous un poste différent de celui sur lequel elles auraient dû apparaître, et ce procédé comptable avait ôté toute crédibilité à cette comptabilité dont le salarié avait eu, en raison même de ses fonctions, la responsabilité.

Le licenciement avait donc été motivé par un manquement avéré du salarié à ses obligations contractuelles.

### 10 Non-respect de dispositions conventionnelles

La discipline ne fait pas partie des clauses obligatoires des accords ou des conventions collectives énumérées par le Code du travail (voir section IV « Négociations et conventions collectives »).

Elle ne figure pas non plus dans l'énumération, non limitative, donnée par l'article R. 2261-2 du Code du travail des clauses pouvant figurer dans les conventions de branche susceptibles d'extension.

Certaines conventions collectives étendues comportent un chapitre ou un article consacré à la discipline : sanctions, procédure disciplinaire, manquements aux règles professionnelles et disciplinaires, cas constitutifs de faute grave, voire même lourde, justifiant le licenciement immédiat. Toutefois, une telle qualification ne saurait lier les tribunaux en cas de contentieux individuel.

Par ailleurs, la convention collective peut uniquement déroger à la loi dans un sens plus favorable au salarié. Elle ne peut instituer, par exemple, un cas de responsabilité pécuniaire du salarié susceptible de faire échec à l'application de l'article L. 1331-2 du Code du travail.

L'étude des conventions collectives ne permet pas de donner d'indications précises sur la notion d'« agissement fautif » pouvant donner lieu à sanction disciplinaire de la part de l'employeur.

La rareté ou le flou des dispositions conventionnelles quant aux agissements fautifs des salariés reflète, sans nul doute possible, la difficulté, voire l'impossibilité de déterminer par avance les agissements fautifs.

## 11 Violation du règlement intérieur

Bien que les articles L. 1331-1 et suivants du Code du travail sur le droit disciplinaire s'appliquent à toutes les entreprises, il existe des dispositions spéciales pour les entreprises d'au moins 20 salariés qui sont tenues d'avoir un règlement intérieur (C. trav., art. L. 1311-2 et s.). Dans ces entreprises, le règlement intérieur constitue le principal, mais non exclusif, support du droit disciplinaire. Les entreprises (ou établissements) de moins de 20 salariés qui le souhaitent peuvent élaborer un tel document, alors même qu'elles n'y sont pas légalement tenues.

En toute hypothèse, le contenu du règlement intérieur est strictement limité à trois domaines : la santé, la sécurité et la discipline (C. trav., art. L. 1321-1). Pour cette dernière, il s'agit de règles générales et permanentes, et notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur.

Les juges ne sont pas liés par la qualification des faits fautifs donnée par le règlement intérieur et peuvent ainsi écarter l'application d'une disposition de ce document qu'ils considéreraient comme discriminatoire ou apportant aux libertés individuelles des restrictions injustifiées.

Pour plus de détails, voir I44 « Règlement intérieur ».

## § 3. La faute en l'absence d'un texte

### 12 Faute disciplinaire et faute contractuelle

La procédure disciplinaire prévue aux articles L. 1331-1 et L. 1332-1 à L. 1332-3 du Code du travail doit s'appliquer :

- dans la seule hypothèse où cette faute, de nature disciplinaire, implique un élément intentionnel ;
- lorsque l'employeur entend prendre une mesure à la suite d'un agissement fautif du salarié.

Ces articles se contentant d'évoquer l'« agissement fautif », sans autre précision, ils ne s'opposent donc pas à une définition large de la faute.

L'administration a donné au concept de « faute » une conception particulièrement large, recouvrant non seulement les fautes contre la discipline, mais également celles consistant en l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat de travail (Circ. min. DRT n° 83-5, 15 mars 1983, Légis. soc. -A1- n° 102, 28 mars 1983).

La Cour de cassation semble opter pour la seconde conception, en relevant, à maintes reprises, que la sanction est intervenue « pour des faits considérés par l'employeur comme fautifs » (Cass. soc., 16 mars 1995, n° 90-41.213P). Faut-il encore que le fait allégué soit fautif, à défaut de quoi la sanction ne sera pas justifiée.

### 13 Faute commise à l'occasion du travail

C'est dans le cadre des relations contractuelles de travail que les agissements fautifs des salariés sont les plus nombreux et les moins contestables.

Les fautes ainsi commises dans le cadre de la vie professionnelle peuvent justifier une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement.

*Exemples* : L'étude de la jurisprudence en ce domaine permet notamment de citer comme agissements fautifs : l'abandon de poste, les absences ; les critiques, les dénigrements ; les dégradations de matériel ; les infractions à la sécurité ; l'insubordination ; les violences, les menaces, les injures ; les vols, les indécrotesses.

La liste ci-dessus n'est, pas limitative ; voir pour des exemples le (voir 19).

### 14 Faute commise hors du travail et du lieu du travail

Même en l'absence de dispositions spécifiques dans le contrat de travail, le salarié est le plus souvent tenu, en dehors de l'exécution de son contrat de travail, à certaines obligations qui continuent à l'assujettir en dehors des lieux et des heures de travail, telles, notamment, les obligations de discrétion, de loyauté, de secret professionnel.

La méconnaissance de l'une de ces obligations est une faute susceptible de donner lieu à sanction. A titre d'exemple, l'arrêt de la chambre sociale retient que l'exercice, par une secrétaire médicale, d'une activité de voyante-tarologue relevant de sa vie personnelle, ne peut en lui-même constituer une faute, en l'absence de manquement par la salariée à son obligation contractuelle de confidentialité (Cass. soc., 21 oct. 2003, n° 00-45.291 ; Cass. soc., 21 oct. 2003, n° 01-44.761). Un tel manquement, non démontré en l'espèce, aurait pu découler dans cette affaire de l'utilisation, par l'intéressée, de dossiers confidentiels auxquels elle a accès en raison de ses fonctions.

Le salarié sera notamment tenu, pendant la durée d'exécution de son contrat de travail, à l'obligation de ne pas concurrencer son employeur. Le non-respect de cette obligation est susceptible de justifier un licenciement pour faute grave (Cass. soc., 28 mai 1997, n° 94-43.575 ; Cass. soc., 11 déc. 1996, n° 94-42.403).

## 15 Motifs tirés de la vie personnelle

Aux termes de l'article 9 du Code civil, « chacun a droit au respect de sa vie privée ». L'article L. 1132-1 du Code du travail reprend ce principe en interdisant à tout employeur de sanctionner, ou de licencier, un salarié en raison de son origine, de son sexe, etc.

La jurisprudence applique strictement ce principe du respect de la vie privée. Désormais, la Cour de cassation exclut du champ d'application du droit disciplinaire les faits relevant de la vie personnelle du salarié. Elle considère, en effet, qu'un fait imputé au salarié ne peut constituer une faute dès lors qu'il relève de sa vie personnelle (Cass. soc., 16 déc. 1997, n° 95-41.326P ; Cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-45.473P).

Toutefois, le manque de loyauté résultant d'un fait relevant de sa vie personnelle peut fonder une sanction. Ainsi, la malversation opérée par un salarié avant son embauche ne peut lui être reprochée par son nouvel employeur. Seul peut être retenu contre lui le fait de l'avoir ultérieurement dissimulé à son employeur alors que l'ancienne société était devenue la cliente (Cass. soc., 31 mai 2005, n° 03-40.439).

Ce concept de « vie personnelle » est plus large que celui de « vie privée ». En effet, selon les travaux du professeur Robert sur lesquels le conseiller Waquet s'est appuyé, la vie personnelle revêt trois composantes :

- la vie privée stricto sensu, sorte de noyau dur de la vie personnelle, c'est-à-dire le respect des comportements (apparence de la personnalité, authenticité de la personne, domicile) ; le respect de l'anonymat (droit à l'image, protection de la voix, des informations nominatives) ; le respect des relations de la personne (correspondance, relations familiales et sentimentales) ;
- l'exercice des libertés civiles, c'est-à-dire la liberté de se marier, de divorcer, d'être propriétaire, de consommer ;
- l'exercice de la citoyenneté, c'est-à-dire la liberté d'opinion, de participation à la vie politique, à la vie associative.

L'utilisation de cette notion de « vie personnelle » démontre la volonté de la Cour de cassation de préserver les libertés individuelles des salariés.

Pour être sanctionnés, les faits reprochés au salarié et relevant de sa vie personnelle doivent, compte tenu des fonctions de l'intéressé, et de la finalité de l'entreprise, avoir entraîné un trouble caractérisé menaçant les intérêts de l'entreprise.

Pour plus de détails, voir 150 « Protection des libertés fondamentales ».

### SOUS-SECTION III

## Pouvoir de qualification de la faute

### 16 Pouvoir de l'employeur

La détermination de la faute relève du pouvoir disciplinaire de l'employeur : la faute disciplinaire est celle qu'il définit comme telle (C. trav., art. L. 1331-1).

L'appréciation de l'employeur se trouve déterminante pour la mise en place du jeu disciplinaire.

C'est à l'employeur qu'incombe le soin de qualifier l'agissement fautif du salarié.

Suivant la qualification donnée par l'employeur au comportement du salarié, la mesure qu'il prend à l'égard de ce dernier sera ou non une sanction.

Ce pouvoir n'est cependant pas absolu, les salariés bénéficiant d'un certain nombre de garanties, dont un contrôle judiciaire a posteriori. En effet, le pouvoir de qualification de l'employeur est limité puisque le conseil de prud'hommes saisi devra vérifier si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction (C. trav., art. L. 1333-1 et s.).

### 17 Limites au pouvoir de l'employeur

Ne peut être considéré comme fautif et susceptible de donner lieu à sanction, l'exercice d'un droit expressément reconnu par la loi ou la réglementation.

Le Code du travail interdit parfois d'infliger une sanction ou de procéder à un licenciement pour certains motifs.

Il est ainsi notamment interdit de sanctionner :

- les opinions émises par les salariés dans le cadre de leur droit d'expression, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle (C. trav., art. L. 2281-3 ; Cass. soc., 5 mai 1993, n° 90-45.893).

- Toutefois, constitue une faute grave le fait pour un salarié d'émettre des critiques excessives et malveillantes à l'égard de son employeur et de sa gestion, excédant le droit d'expression reconnu aux salariés (Cass. soc., 20 janv. 1993, n° 91-43.652) ;
- le refus d'un salarié à temps plein de travailler à temps partiel (C. trav., art. L. 3123-4) ;
  - le refus du salarié à temps partiel d'effectuer des heures complémentaires proposées par l'employeur au-delà des limites légales ou conventionnelles ou de changer la répartition de ses horaires, alors que le contrat ne l'a pas prévu (C. trav., art. L. 3123-20 ; C. trav., art. L. 3123-24) ;
  - l'exercice du droit de retrait du poste de travail lorsque le salarié a un motif raisonnable de penser que la situation présente un danger grave et imminent pour sa santé ou sa vie (C. trav., art. L. 4131-3 ; Cass. soc., 11 déc. 1986, n° 84-42.209P) ;
  - l'exercice d'une action en justice basée sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes (C. trav., art. L. 1144-3) ;
  - l'exercice d'activités mutualistes (C. trav., art. L. 1132-1) ;
  - le refus du salarié de suivre une formation réalisée en dehors du temps de travail (C. trav., art. L. 6321-7) ;
  - le refus du salarié de consentir un bilan de compétences (C. trav., art. L. 6313-10) ;
  - un salarié pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement moral ou sexuel, ou pour avoir relaté ou témoigné de l'existence de tels agissements (C. trav., art. L. 1152-2 ; C. trav., art. L. 1153-2 et s., voir 246 « Harcèlements ») ;
  - un salarié qui, de bonne foi, témoigne ou relate à son employeur ou aux autorités judiciaires ou administratives, des faits de corruption dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (C. trav., art. L. 1161-1).

## 18 Principe de non-discrimination et exercice d'une liberté fondamentale

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap, ou encore en raison de l'exercice normal du droit de grève (C. trav., art. L. 1132-1 ; C. trav., art. L. 1132-2 ; C. trav., art. L. 1132-3).

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de ces agissements ou pour les avoir relatés (C. trav., art. L. 1132-3 et s.).

Cet article reprend les dispositions des articles 225-1 et suivants du Nouveau Code pénal, qui sanctionnent la discrimination dans l'embauchage et le licenciement, et de l'article L. 2141-5 du Code du travail relatif à la discrimination syndicale.

### a) Opinions politiques

L'expression des opinions politiques ne peut être assimilée à un agissement fautif.

### b) Exercice du droit syndical

Aux termes des articles L. 2141-5 et L. 1132-1 du Code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison notamment de ses activités syndicales.

Pour annuler une sanction disciplinaire, les juges doivent vérifier que les agissements reprochés au délégué syndical n'excèdent pas les limites de ses droits (Cass. crim., 30 mars 1993, n° 92-83.580).

### c) Exercice du droit de grève

L'article L. 1132-2 du Code du travail interdit également les sanctions discriminatoires à raison de l'exercice normal du droit de grève. En effet, aux termes de l'article L. 2511-1 du Code du travail, l'exercice du droit de grève ne peut pas justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié. Son exercice ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-1, notamment en matière de rémunération et d'avantages sociaux.

Seul peut constituer une faute l'exercice anormal du droit de grève caractérisé :

- soit par la participation à une grève illicite (grève perlée, grève du zèle, etc.) ;
- soit par la réalisation d'une faute lourde.

Pour plus de détails, voir 816 « Conflits collectifs ».

### d) Opinions religieuses

Toujours aux termes de l'article L. 1132-1 du Code du travail, sont prohibées, comme discriminatoires les sanctions fondées sur les convictions religieuses du salarié.

Toutefois, « L'article L. 1132-1 du Code du travail, en ce qu'il dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses convictions religieuses, n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement » (Cass. soc., 20 nov. 1986, n° 84-43.243P).

Si l'on conçoit que dans un tel cas d'espèce, les convictions religieuses du salarié constituaient, sans aucun doute possible, un élément substantiel du contrat de travail permettant ainsi de neutraliser largement le jeu de l'article L. 1132-1 du Code du travail, la formule employée par la Cour de cassation nous semble trop ouverte.

**e) Refus d'exécuter un ordre illégal**

S'agissant du licenciement, l'administration estime que doit être considéré comme illégal, le licenciement qui serait exclusivement motivé par le refus d'exécuter un ordre abusif (Rép. min. n° 20755, JOAN, 31 janv. 1983, p. 586).

**19 Exemples de faits ayant entraîné une sanction****a) Sanctions injustifiées****1. Avertissement**

Il a été jugé que ne peut être sanctionné par un avertissement le fait pour un salarié d'avoir au cours d'une réunion de négociation sur les salaires établi ses notes de frais et perturbé par des propos déplaisants la réunion. Par enchaînement, la situation devenant inacceptable, la direction avait été amenée à lever la séance (Cass. soc., 21 mai 1996, n° 93-41.257).

Doit être annulé l'avertissement :

- assorti d'une mise à pied de deux jours infligée à une salariée pour fraude au pointage alors que celui-ci n'était pas frauduleux mais correspondait bien au retour effectif de l'intéressée dans l'entreprise, même si le travail n'avait été repris qu'avec une demi-heure de retard (Cass. soc., 3 mars 1993, n° 89-43.373) ;
- injustifié pris à l'encontre d'un salarié alors que les réserves du médecin du travail étaient de nature à expliquer son insuffisance de résultats, que l'employeur ne pouvait ignorer les difficultés qu'il rencontrait et n'avait pas cherché à lui fournir un poste compatible avec les recommandations de ce médecin (Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-43.918P).

**2. Mise à pied**

N'est pas justifiée la mise à pied d'un salarié pour refus d'exécuter les instructions de son employeur, dès lors que celui-ci n'avait pas eu matériellement le temps d'exécuter les instructions (Cass. soc., 26 juin 1986, n° 84-44.349).

**3. Rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée (CDD)**

N'est pas justifiée la rupture du CDD prononcée pour faute grave en raison d'absences non autorisées réitérées du salarié, dès lors que cette rupture est intervenue après une seule absence non autorisée. L'annonce par l'intéressé de son intention de s'absenter à nouveau à une date prochaine malgré le désaccord de son employeur ne saurait en effet être prise en compte pour justifier ladite décision. Aucune sanction disciplinaire ne peut être infligée au salarié à titre préventif (Cass. soc., 18 févr. 2004, n° 02-41.622).

**4. Licenciement**

Est injustifié le licenciement pour faute du salarié qui refuse la proposition d'aménagement de son poste de travail tout en ne commettant aucun acte d'insubordination, un tel refus ne constituant pas une faute (Cass. soc., 27 oct. 2004, n° 02-41.187P).

**b) Sanctions justifiées****1. Avertissement**

Justifie un avertissement le fait pour une salariée de modifier unilatéralement son horaire de travail en quittant son poste une heure avant l'heure normale (Cass. soc., 25 juin 1986, n° 83-41.999P).

**2. Blâme**

Est justifié le blâme infligé par l'employeur au salarié qui annule de sa propre initiative un rendez-vous de chantier sans que les participants en soient avertis (Cass. soc., 20 avr. 1989, n° 86-43.661P).

**3. Mise à pied**

Est justifiée la mise à pied :

- de deux jours infligée à un membre du CHSCT qui avait organisé une réunion ayant pour objet de contester les projets ne concernant pas directement l'entreprise et relatifs à des modifications éventuelles du droit du travail (Cass. soc., 26 févr. 1992, n° 88-45.284P) ;
- de deux jours d'un conducteur de train ayant manqué de vigilance au regard d'un panneau imposant un ralentissement (Cass. soc., 3 juill. 1991, n° 87-43.405P) ;
- d'un salarié ayant refusé d'accomplir des heures supplémentaires pour inventaire prévues par la convention collective (Cass. soc., 4 déc. 1990, n° 87-43.464P).

**4. Rétrogradation**

Est justifiée la rétrogradation d'un contremaître au poste d'ouvrier suite à des négligences répétées et graves, à savoir un défaut de fabrication dans la production issues de l'atelier que l'intéressé était chargé de surveiller et ce, malgré les mises en garde de son chef hiérarchique (Cass. soc., 30 avr. 1997, n° 95-44.746P).

## 5. Licenciement

Le refus du salarié, ayant une attitude provocatrice, de se soumettre à une mise à pied disciplinaire alors que ce comportement était la répétition d'actes d'insubordination, constitue une faute grave (Cass. soc., 25 mai 2004, n° 02-41.900P).

Est justifié le licenciement pour faute d'un salarié qui, à de nombreuses reprises, utilise pendant son temps de travail le poste téléphonique mis à sa disposition pour établir des communications avec des messageries de rencontre entre adultes, alors qu'il sait que cet usage est interdit dans l'entreprise (Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 06-45.279). Il faut noter qu'en l'espèce, la simple vérification des relevés de la durée, du coût et des numéros des appels téléphoniques passés à partir de chaque poste édités au moyen de l'autocommutateur téléphonique de l'entreprise ne constitue pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance du salarié.

Est justifié le licenciement pour faute grave d'une salariée qui interrompt une formation d'adaptation mise en place par son employeur, laquelle constitue une modalité d'exécution du contrat de travail et met fin à sa suspension, et qui, malgré les mises en demeure réitérées de son employeur, persiste dans son refus de réintégrer la formation (Cass. soc., 13 févr. 2008, n° 06-43.785).

### SOUS-SECTION IV

## Preuve de l'agissement fautif

### 20 Preuve à la charge de l'employeur

L'employeur qui qualifie les faits d'agissements fautifs doit être à même de démontrer que ceux-ci reposent sur des éléments précis et objectifs.

L'employeur sera tenté de renforcer le contrôle de l'activité de ses salariés notamment à l'aide de procédés techniques, tels que les badges, les caméras vidéo, etc. Préalablement à la mise en place de tels moyens, le comité d'entreprise doit en être informé (C. trav., art. L. 2323-32).

Constituent ainsi un moyen de preuve illicite les enregistrements du salarié effectués par le système de vidéo-surveillance de la clientèle, également utilisé par l'employeur pour contrôler ses salariés, sans information et consultation préalables du comité d'entreprise (Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866P).

Il est interdit à l'employeur de se prévaloir de faits obtenus à l'aide de moyens susceptibles de porter atteinte à la vie privée des salariés.

Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance (C. trav., art. L. 1222-4). La Cour de cassation a étendu ce principe d'information préalable au domaine disciplinaire, en refusant d'admettre comme mode de preuve les dispositifs de contrôle et de surveillance dont les salariés ignorent l'existence (Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-44.078P). Constituent ainsi des modes de preuve illicites :

- l'enregistrement effectué par une caméra dissimulée (Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.120P) ;
- la filature du salarié, qu'elle soit effectuée par un détective ou par le supérieur hiérarchique du salarié (Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-44.078P ; Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401P) ;
- le rapport d'une société de surveillance extérieure (Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.219P) ;
- le constat d'huissier de justice établi dans le manquement de ses obligations professionnelles (en taisant son identité et en prenant une fausse qualité pour obtenir des renseignements) (Cass. soc., 5 juill. 1995, n° 92-40.050P).

**Remarques** : Si une vidéosurveillance est installée dans un entrepôt, dans le but d'assurer la sécurité des lieux et non la surveillance des salariés, l'enregistrement d'un vol commis par un salarié est un mode de preuve licite, même en l'absence d'information préalable des salariés (Cass. soc., 31 janv. 2001, n° 98-44.290P).

Sur la surveillance des salariés et les nouvelles technologies, voir 150 « Protection des libertés fondamentales ».

### SECTION II

## Prescription des fautes

### 21 Principe de la prescription

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 (C. trav., art. L. 1332-4).

L'objet de cet article est d'interdire qu'un fait fautif prescrit, passé le délai de deux mois, puisse donner lieu à lui seul à une sanction.

Le juge des référés a compétence pour annuler une sanction consécutive à une faute prescrite, même s'il existe une difficulté d'interprétation (Cass. soc., 23 nov. 1999, n° 97-43.787P).

L'article L. 1332-4 du Code du travail étant d'ordre public, les clauses des accords qui comportent des délais de prescription plus longs ne sont pas opposables aux salariés (Circ. min. DRT 83-5, 15 mars 1983, Légis. soc. -A1- n° 102, 28 mars 1983). Rien ne s'oppose, au contraire, à ce que ce délai soit conventionnellement réduit.

**Attention**

C'est au salarié de soulever la prescription de la faute devant les juges du fond. De plus, le moyen tiré de la prescription ne peut être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation (Cass. soc., 21 juin 2000, n° 98-41.485).

**22 Suspension du contrat et prescription**

La suspension du contrat de travail ne suspend pas le délai de prescription.

En effet, l'article L. 1332-4 du Code du travail est d'interprétation stricte, il ne prévoit qu'une seule hypothèse de suspension du délai de prescription, celle de l'exercice de poursuites pénales.

La jurisprudence en a ainsi jugé à propos notamment de :

- la maladie du salarié qui n'entraîne ni la suspension ni l'interruption de ce délai (Cass. soc., 9 déc. 2003, n° 01-44.501 ; Cass. soc., 9 déc. 2003, n° 01-46.056 ; Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-42.493) ;
- l'incarcération (Cass. soc., 10 mars 1998, n° 92-42.715P) ;
- l'accident du travail et de la maladie professionnelle (Cass. soc., 17 janv. 1996, n° 92-42.031P ; Cass. soc., 6 févr. 2002, n° 99-40.778).

**23 Charge de la preuve**

Lorsque les faits fautifs ont été commis plus de deux mois avant l'engagement des poursuites disciplinaires, c'est à l'employeur de rapporter la preuve qu'il en a eu connaissance postérieurement, dans les deux mois ayant précédé l'engagement des poursuites. (Cass. soc., 19 mars 1998, n° 96-40.079P ; Cass. soc., 31 mai 2006, n° 03-46.066).

Cette charge de la preuve atténue ainsi les risques de fraude.

**§ 1. Calcul du délai de deux mois****24 Point de départ du délai**

Le point de départ du délai de deux mois est le jour où l'employeur a eu connaissance du fait fautif (C. trav., art. L. 1332-4).

Ce n'est donc pas la date des faits qui sert de point de départ du délai. La connaissance des faits par l'employeur s'entend de l'information exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés au salarié (Cass. soc., 17 févr. 1993, n° 88-45.539P ; CE, 20 avr. 2005, n° 254909 : Répond à cette exigence la lettre d'une salariée dénonçant ces faits de manière précise et circonstanciée ; n'y répond pas l'information par un tiers) ; elle est fonction des circonstances propres à chaque espèce. Si l'employeur n'a eu une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés au salarié qu'à la date à laquelle l'instance ordinaire a statué sur les manquements professionnels, le point de départ du délai de deux mois est le jour de la décision ordinaire (Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 04-47.683P).

**Attention**

Le délai court à compter de la connaissance par le supérieur hiérarchique du manquement le plus récent du salarié fautif, peu important que ce supérieur ait tardé à informer sa direction de ces faits (Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 02-47.272).

Dans certains cas, il est nécessaire pour l'employeur de procéder ou faire procéder à une enquête complémentaire, voire à un audit comptable. Alors, la connaissance des faits fautifs sera effective à compter de la connaissance de l'employeur des résultats de cette enquête (Cass. soc., 10 juill. 2001, n° 98-46.180P). Est donc exclue du délai de deux mois la durée nécessaire à l'élaboration d'un audit comptable commandé par l'employeur, qui n'avait pas une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés au salarié et qui avait indiqué suspendre toute décision disciplinaire jusqu'au dépôt du rapport d'audit (Cass. soc., 13 déc. 1995, n° 94-43.137).

Bien entendu, compte tenu des problèmes de preuve qui peuvent surgir sur le moment exact où l'employeur a eu connaissance des faits, le risque de fraude n'est pas exclu (CE, 10 mars 1997, n° 170.114P).

La tentative de conciliation n'est pas de nature à interrompre le délai de prescription de deux mois (Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 05-42.879).

**25 Notion d'employeur**

La notion d'employeur est la même que celle utilisée à l'article L. 1331-1 du Code du travail c'est-à-dire la « personne ayant le pouvoir de sanctionner » (JOAN, 18 mai 1982, p. 2328) ou celle ayant le pouvoir d'engager les poursuites disciplinaires (Circ. min. DRT, n° 83-5, 15 mars 1983, Légis. soc. -A1- n° 102, 28 mars 1983).

La notion d'employeur est donc souple, car il ne s'agit pas seulement du représentant légal de l'entreprise, mais également de toute personne ayant délégation, tel le supérieur hiérarchique direct (Cass. soc., 30 avr. 1997, n° 94-41.320P, directeur artistique d'une société et supérieur hiérarchique direct d'un salarié ; Cass. soc., 8 juill. 1998, n° 96-41.856, directeur général), de toute personne ayant qualité pour prendre l'initiative d'une action disciplinaire (CE, 9 mars 2005, n° 253458 : le supérieur hiérarchique direct du salarié).



**Remarques** : Lorsque l'article L. 1224-1 du Code du travail est applicable, le nouvel employeur peut invoquer les fautes du salarié alors qu'il se trouvait sous l'autorité de l'ancien employeur, dès lors qu'aucun des deux employeurs n'a laissé écouler un délai de deux mois après avoir eu connaissance des faits (Cass. soc., 6 févr. 2002, n° 00-41.388).

## 26 Computation du délai

Le délai se calcule selon les modalités prévues à l'article R. 1332-3 du Code du travail, c'est-à-dire de quantième en quantième (C. trav., art. R. 1332-4).

Il expire à 24 heures le jour du mois suivant le même quantième que le jour fixé pour l'entretien.

*Exemple* : L'employeur qui a connaissance d'un fait fautif le 15 janvier ne pourra engager les poursuites disciplinaires après le 15 mars à minuit.

A défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois suivant à 24 heures.

*Exemple* : L'employeur ayant connaissance d'un fait fautif le 31 décembre, il ne pourra engager les poursuites disciplinaires après le 28 ou 29 février à minuit.  
Lorsque le dernier jour de ce délai est un samedi, un dimanche, un jour férié ou chômé, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

## 27 Engagement des poursuites

Le délai de deux mois prévu à l'article L. 1332-4 du Code du travail doit être décompté entre le moment où l'employeur a eu connaissance des faits reprochés et le moment où les poursuites sont engagées.

### a) Sanction lourde

Cet engagement des poursuites est marqué par la convocation à l'entretien préalable lorsque la sanction est soumise à cette procédure (mise à pied disciplinaire, etc.).

Lorsque la faute donne lieu à un licenciement, la convocation à l'entretien préalable constitue la date d'engagement des poursuites (Cass. soc., 5 févr. 1997, n° 94-44.538P ; CE, 12 févr. 1990, n° 88.256).

La notification d'une mise à pied conservatoire constitue l'engagement des poursuites disciplinaires au sens de l'article L. 1332-4 du Code du travail. Elle interrompt la prescription des faits fautifs prévue par ce texte (Cass. soc., 13 janv. 1993, n° 90-45.046).

### b) Sanction mineure

L'engagement des poursuites est marqué par la notification de la sanction lorsque cette sanction n'est pas soumise à la procédure de l'entretien préalable. Cette notification a lieu le jour de la présentation de la lettre recommandée ou celui de la remise de la lettre simple contre décharge.

**Remarques** : Le délai de prescription de deux mois des fautes disciplinaires n'est pas interrompu par une sanction disciplinaire annulée pour irrégularité de procédure (Cass. soc., 18 janv. 1995, n° 90-42.087P).

## § 2. Exception à la prescription

### 28 Poursuites pénales

#### a) Conditions

L'article L. 1332-4 du Code du travail dispose que l'existence de poursuites pénales suspend le délai de deux mois, mais il ne définit pas l'exercice de poursuites pénales.

Ce texte vise-t-il le simple fait de déposer une plainte entre les mains du procureur de la République contre X ou contre une personne dénommée, ou est-il nécessaire qu'il y ait mise en mouvement de l'action publique ?

La doctrine est divisée sur ce point et la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur cette question à notre connaissance.

Une interprétation littérale de l'article L. 1332-4 du Code du travail devrait conduire à adopter la seconde solution, c'est-à-dire qu'il y ait mise en mouvement de l'action publique soit par citation directe, si l'instruction est nécessaire ou obligatoire, soit par un réquisitoire introductif ou par une plainte avec constitution de partie civile.

Les poursuites pénales doivent avoir été exercées dans le délai de deux mois à compter du jour où l'employeur a eu connaissance des faits fautifs, qu'elles soient dues à l'initiative d'un tiers ou de l'employeur (Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 98-40.020P ; Cass. soc., 6 déc. 2000, n° 98-45.772P ; Cass. soc., 26 avr. 2007, n° 05-44.546). A défaut il ne peut s'en prévaloir (Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 01-40.412).

#### b) Effets des poursuites pénales sur le délai de prescription

L'administration et une partie de la doctrine considèrent que les poursuites pénales exercées dans le délai de deux mois ont pour effet de suspendre la prescription (Circ. min. DRT n° 83-5, 15 mars 1983, Légis. soc. -A1- n° 102, 28 mars 1983).

Le Conseil d'Etat considère que « lorsqu'un fait fautif a donné lieu à des poursuites pénales avant le délai de deux mois, l'engagement par l'employeur de poursuites disciplinaires à l'encontre du salarié fautif n'est pas soumis à la condition de délai ainsi prévue » (CE, 8 juin 1990, n° 76.102P).

Pour le Conseil d'Etat, les poursuites pénales n'auraient donc pas pour effet de suspendre ou d'interrompre le délai de deux mois prévu à l'article L. 1332-4 du Code du travail, mais entraîneraient purement et simplement la non-application de ce délai.

Au contraire, la Cour de cassation juge que l'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision pénale est devenue définitive pour engager la procédure disciplinaire (Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 98-45.020P ; Cass. soc., 6 déc. 2000, n° 98-45.772P).

Le procureur général ayant deux mois pour interjeter appel, le délai de deux mois de l'employeur court à compter de l'expiration du délai d'appel.

**Remarques** : Le Conseil de prud'hommes n'est pas tenu d'attendre que le juge pénal ait statué pour rendre son jugement, lorsqu'une infraction commise par le salarié peut être constitutive d'une sanction disciplinaire même si la décision à intervenir du juge pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil (C. proc. pén., art. 4).

## 29 Nouvel agissement fautif du salarié

Aucun fait fautif ne peut « à lui seul donner lieu à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois » (C. trav., art. L. 1332-4).

Ce texte signifie que si une faute du salarié ne peut être sanctionnée en tant que telle plus de deux mois après sa connaissance par l'employeur, elle peut toutefois être évoquée à l'occasion d'une nouvelle faute, en tant que signe d'un manque de discipline permanent.

Ainsi, cet article ne fait pas obstacle à la prise en considération d'un fait antérieur à deux mois dans la mesure où le comportement du salarié s'est poursuivi dans ce délai (Cass. soc., 10 nov. 1999, n° 97-43.514 ; Cass. soc., 13 janv. 2004, n° 01-46.592P ; Cass. soc., 30 sept. 2004, n° 02-44.030P).

Il faut toutefois que les deux fautes procèdent d'un comportement identique (Cass. soc., 13 févr. 2001, n° 98-46.482).

En revanche, dès lors que les faits reprochés au salarié protégé dans le délai de prescription de deux mois ne revêtent pas un caractère fautif, les dispositions de l'article L. 1332-4 du Code du travail font obstacle à ce que l'employeur invoque des fautes commises par le salarié intéressé et portées à la connaissance de l'employeur plus de deux mois avant l'engagement des poursuites (CE, 1<sup>er</sup> févr. 1995, n° 139361).

## § 3. Effets de la prescription

### 30 Saisine d'une instance ordinale

Lorsqu'une instance ordinale est saisie à la suite d'une faute professionnelle, le délai de prescription court à compter de la date à laquelle cette instance statue (Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 04-47.683).

## SECTION III

# Sanctions disciplinaires

### SOUS-SECTION I

## Définition de la sanction

### 31 Définition légale

Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales prises par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui 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 (C. trav., art. L. 1331-1).

Comme le précise l'administration (Circ. min. DRT n° 83-5, 15 mars 1983, Légis. soc. -A1- n° 102, 28 mars 1983), trois éléments caractérisent la sanction puisque celle-ci est une mesure prise par l'employeur, justifiée par un comportement antérieur du salarié, susceptible d'avoir des conséquences sur la relation contractuelle.

### 32 Mesure prise par l'employeur

#### a) Qualité d'employeur

La mesure doit avoir été prise par l'employeur.

Celui-ci est « la personne ayant le pouvoir de sanctionner » (JOAN, 18 mai 1982 p. 2328), du moins celle ayant le pouvoir d'engager des poursuites disciplinaires. Il va de soi, même en l'absence de disposition expresse et selon les principes de représentation classiques, que le droit disciplinaire de l'employeur peut être dévolu à un cadre de l'entreprise ayant pouvoir pour le faire.

Une telle délégation n'est cependant valable que si la personne bénéficiaire est pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'exercice de ce pouvoir (Cass. soc., 19 juill. 1988, n° 85-45.111P).

Ainsi, les remarques écrites dont un salarié avait fait l'objet de la part d'un agent de maîtrise, dépourvu de toute qualification pour exercer un quelconque pouvoir disciplinaire, constituait non pas une sanction disciplinaire, mais une simple constatation des faits destinée à la direction (Cass. soc., 4 mai 1995, n° 93-46.125).

Il ne faut pas, à notre avis, déduire trop rapidement de cet arrêt que n'ont pas automatiquement la qualification de sanction, les mesures prises à la suite d'agissements fautifs par une personne dépourvue de la délégation nécessaire.

Sous réserve de circonstances particulières et propres à chaque espèce, un écrit notifié à la suite d'agissements fautifs du salarié par une personne non bénéficiaire d'une délégation en matière disciplinaire constituera le plus souvent, à notre avis, une sanction irrégulière dans la forme.

### **b) Mesure prise**

La mesure prise par l'employeur s'entend aussi bien d'un acte positif (l'avertissement, le blâme, la mise à pied) que d'une abstention (le retard à l'avancement, la non-attribution d'une prime de fin d'année).

Il est vrai que la sanction correspondant à une abstention de l'employeur est difficile à démontrer, à moins qu'elle ne compromette un droit virtuel du salarié. N'a pas été assimilé à une sanction, le refus d'un employeur :

- d'accorder une augmentation conjoncturelle de salaire à deux salariées ayant fait l'objet, après convocation à un entretien préalable, d'une mesure sanctionnant leur insuffisance professionnelle. L'augmentation de salaire n'avait aucun caractère obligatoire et son application à la plupart des salariés n'obligeait pas l'employeur à la généraliser (Cass. crim., 26 avr. 1988, n° 87-83.867P) ;
  - de faire bénéficier un salarié d'un avancement statutairement fondé sur un critère de choix (Cass. soc., 10 mai 1989, n° 86-42.293P).
- Ce refus, lorsqu'il est abusif, peut éventuellement donner lieu à une action en responsabilité civile (Cass. soc., 20 mars 1990, n° 88-41.769P).

## **33 Mesure justifiée par une faute**

La sanction prise par l'employeur doit avoir pour origine un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, faute de quoi certaines mesures ne seront pas des sanctions.

Il revient donc aux juges du fond d'apprécier, en fonction des éléments propres à chaque espèce, si l'employeur a entendu :

- soit sanctionner un comportement qu'il considère comme fautif ;
- soit transmettre au salarié des observations sur la qualité de son travail.

La Cour de cassation a ainsi jugé que ne constituaient pas une sanction disciplinaire :

- la lettre par laquelle l'employeur enjoint au salarié, en raison de son comportement, de cesser tout rapport avec la clientèle et de s'en tenir à l'étude de certains dossiers (Cass. soc., 10 juill. 1995, n° 94-40.610) ;
- la réclamation au salarié de sommes indûment perçues (Cass. soc., 18 nov. 1992, n° 90-40.010P) ;
- la lettre d'un employeur constatant une insuffisance des prestations et exprimant l'espoir que le salarié prendrait en compte ces remarques (Cass. soc., 22 janv. 1991, n° 87-42.844P) ;
- le refus d'accorder un avancement fondé sur un critère de choix (Cass. soc., 10 mai 1989, n° 86-42.293P).

En revanche, constituent une sanction disciplinaire :

- la lettre de l'employeur reprochant au salarié diverses erreurs et le mettant en demeure d'apporter un maximum de soins à la réalisation des travaux qui lui étaient confiés (Cass. soc., 13 oct. 1993, n° 92-40.955) ;
- le changement d'affectation d'un salarié qui avait pour effet de le priver du versement d'une prime décidé en raison de faits fautifs commis par lui, même si cette mesure est, par ailleurs, justifiée par la nécessité d'un perfectionnement des connaissances de l'intéressé avant sa réaffectation dans l'emploi initial (Cass. soc., 19 juin 1991, n° 87-45.597P).

## **34 Mesure pouvant avoir des conséquences sur la relation contractuelle**

La sanction se définit non seulement à partir du lien de causalité entre la faute et la mesure prise, mais également à partir des effets qu'elle est susceptible de produire sur la situation du salarié dans l'entreprise.

La sanction doit être de « nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération » (C. trav., art. L. 1331-1).

Ce texte envisage aussi l'existence de sanctions détachées de toute référence à la présence, la fonction, la carrière ou la rémunération (en ce sens, JOAN, 17 mai 1982, p. 2300).

Ainsi, le blâme ou l'avertissement sont des sanctions.

Constituent des sanctions disciplinaires les mesures ayant des conséquences sur :

- la **présence du salarié** : il s'agit d'une mesure telle un licenciement ou une mise à pied ;

— la **fonction du salarié** : lors des débats parlementaires, le ministre du Travail a précisé qu'il fallait entendre par « fonction », non seulement le titre ou la qualification professionnelle, mais également la nature des activités, c'est-à-dire le type de travail attaché à la qualification professionnelle (voir JOAN, 17 mai 1982, p. 2309).

Les rétrogradations sont incontestablement des mesures susceptibles d'affecter les fonctions des salariés ;

— la **carrière du salarié** : sont susceptibles d'avoir une incidence sur la carrière du salarié des mesures telles qu'une mutation, le refus d'une promotion, un blocage à l'avancement, la radiation d'une liste d'aptitude et le retrait d'un tableau d'avancement ;

— la **rémunération du salarié** : il en est ainsi notamment des mesures telles que la mise à pied, la rétrogradation.

Dans ces hypothèses, la retenue sur salaire correspond soit à un temps d'absence, soit à une modification des fonctions.

S'agissant des sanctions pécuniaires, elles sont prohibées en application de l'article L. 1331-2 du Code du travail.

## 35 Autres mesures

### a) Exclusion des observations verbales

Les observations verbales ne sont aucunement des sanctions.

A l'occasion des débats parlementaires, le ministre du Travail a ainsi justifié cette exclusion : « (...) dans les relations du travail, il doit y avoir une part de souplesse et de réalisme ; il faut bien que les choses soient dites, des choses qui ne sont pas toujours vécues de la même manière ; tel mot un peu rude dans un bureau sera considéré comme une agression verbale, mais le même mot sur un chantier du bâtiment fera partie du quotidien (...) ».

Les observations verbales, les réprimandes sont certes des mesures disciplinaires, mais non des sanctions au sens de l'article L. 1331-1 du Code du travail.

### b) Blâme et avertissement

Il existe certaines mesures, tels l'avertissement, le blâme ou la réprimande, qui ne produisent pas de tels effets mais ont une connotation morale.

S'il est évident que de telles mesures n'ont pas d'incidence immédiate sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié, il n'en reste pas moins qu'elles peuvent à terme, mais non de façon certaine, produire de tels effets. Il s'agit donc bien de sanctions disciplinaires.

## SOUS-SECTION II

## Typologie des sanctions

### § 1. Avertissement

#### 36 Sanction la plus légère

L'avertissement est, en général, la sanction la plus légère prévue par les conventions collectives ou les règlements intérieurs. Cette sanction est soumise à la procédure simplifiée, c'est-à-dire limitée à une simple notification écrite.

L'avertissement peut être défini comme le courrier adressé au salarié à la suite d'agissements considérés, par l'employeur, comme fautifs. Le terme « avertissement » n'a pas obligatoirement à figurer dans la lettre. Toutefois, il est préférable de le préciser afin d'éviter toute contestation sur la nature de ce courrier. En effet, la distinction entre la lettre d'avertissement (sanction disciplinaire) et la lettre de mise au point n'est pas toujours aisée à faire. C'est l'intention de l'employeur qui détermine la nature de la sanction. Si l'employeur :

— a entendu sanctionner un comportement qu'il considère comme fautif, le courrier sera considéré comme un avertissement.

Par exemple, sera considérée comme un avertissement la lettre de l'employeur reprochant au salarié diverses erreurs et le mettant en demeure d'apporter un maximum de soins à la réalisation des travaux lui incombant (Cass. soc., 13 oct. 1993, n° 92-40.955).

De même constitue un avertissement, une « mise en garde » notifiée par écrit avec indication qu'elle sera portée au dossier de l'intéressé (Cass. soc., 22 avr. 1997, n° 94-42.430) ou encore le courrier qui constate les fautes commises, sans prendre de mesures, dès lors que ces faits ont été ultérieurement évoqués à l'appui d'un licenciement disciplinaire (Cass. soc., 12 oct. 2004, n° 02-43.753) ;

— se contente de constater une insuffisance des prestations du salarié, il ne s'agira pas d'un avertissement.

Ainsi, ne constitue pas une sanction disciplinaire la lettre par laquelle l'employeur enjoint au salarié, en raison de son comportement, de cesser tout rapport avec la clientèle et de s'en tenir à l'étude de certains dossiers (Cass. soc., 10 juill. 1995, n° 94-40.610). Il en est de même de la lettre constatant une insuffisance des prestations du salarié et exprimant l'espoir qu'il prenne en compte cette remarque afin de fournir une prestation plus conforme à celle attendue par l'employeur (Cass. soc., 22 janv. 1991, n° 87-42.844P).

#### **Attention**

La mise en garde adressée dans un courriel pour un fait considéré comme fautif est une sanction (Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-43.698).

## § 2. Mise à pied disciplinaire

### 37 Définition de la mise à pied

La mise à pied est une mesure de suspension provisoire du contrat de travail.

La mise à pied disciplinaire doit être distinguée de la mise à pied conservatoire (Cass. soc., 3 mai 2001, n° 99-40.936P).

#### a) *Mise à pied conservatoire*

Cette mesure n'est pas une sanction. Il s'agit d'une mesure prise dans l'attente d'une sanction à venir.

Cette mesure est une dispense de travail au cours de la procédure disciplinaire ne préjugant pas de la sanction définitive, qui pourra être le licenciement du salarié ou une sanction moindre, telle une mise à pied disciplinaire (Cass. soc., 5 juill. 2006, n° 03-46.361P).

Elle est nécessairement à durée indéterminée (Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-43.012P). Il a ainsi été jugé que la mise à pied, prononcée dans la lettre de convocation à l'entretien préalable fixant pour la sanction à intervenir un terme postérieur à la notification de la lettre de licenciement, est bien une mise à pied conservatoire (Cass. soc., 30 sept. 2004, n° 02-44.065P).

Prévue à l'article L. 1332-3 du Code du travail lorsque l'agissement fautif du salarié a rendu indispensable sa mise à pied immédiate, elle est destinée, pour reprendre les termes de la circulaire ministérielle DRT N° 83-5 du 15 mars 1983 § 2314, à « faire face à des situations de danger et de désordre, par exemple en cas de rixe ». Elle implique l'existence d'une faute grave (Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867).

N'étant pas une sanction, la mise à pied conservatoire ne donne pas lieu à une procédure distincte de celle engagée en vue du licenciement du salarié ou d'une autre sanction (Cass. soc., 30 sept. 2004, n° 02-43.638P : lettre autorisant une absence rémunérée dans l'attente d'une décision définitive, concomitante à la lettre de déclenchement de la procédure de licenciement).

Dans certains cas, cette mise à pied à titre conservatoire peut être requalifiée en sanction disciplinaire. Il en est ainsi notamment lorsque le salarié, à l'issue d'une telle mesure, reprend son travail avant d'être licencié (Cass. soc., 4 juill. 1990, n° 87-44.840P ; Cass. soc., 30 juin 1992, n° 89-43.949P).

La rémunération du salarié correspondant à la période de mise à pied à titre conservatoire sera maintenue, sauf licenciement pour faute grave ou transformation de la mise à pied à titre conservatoire en mise à pied disciplinaire, après respect de la procédure disciplinaire (Cass. soc., 29 mars 1995, n° 93-41.863P). Dès lors, la mise à pied conservatoire qui a donné lieu à une privation de salaire et à un licenciement pour faute simple présente le caractère d'une sanction disciplinaire. Le salarié ayant été sanctionné deux fois pour les mêmes faits, le licenciement prononcé est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 3 févr. 2004, n° 01-45.989).

Pour plus de détails, voir 316 « Procédure de licenciement pour motif personnel ».

#### b) *Mise à pied disciplinaire*

La mise à pied disciplinaire est une sanction. Il s'agit d'une suspension du contrat de travail qui entraîne pour le salarié la suppression de sa rémunération et l'interdiction d'exercer ses attributions professionnelles pendant la durée de la mise à pied.

Même si elle a une incidence sur la rémunération, elle est licite. En effet, la mise à pied disciplinaire, certes, affecte la rémunération du salarié, mais cette retenue est fondée sur l'inexécution de la prestation de travail (Cass. soc., 25 juin 1987, n° 84-42.314P).

### 38 Durée de la mise à pied

La durée de la mise à pied ne fait l'objet d'aucune disposition dans le Code du travail.

Une mise à pied ne saurait être infligée pour une durée indéterminée.

Le plus souvent, les conventions collectives ou, à défaut, les règlements intérieurs prévoient une durée maximale ou une fourchette (par exemple : 1 à 2 jours ou 3 à 8 jours maximum).

La durée de la mise à pied disciplinaire ne pourra, en tout état de cause, excéder la durée prévue par la convention collective ou le règlement intérieur.

**Remarques** : Les juges ont le pouvoir de réduire, dans les limites imposées par le règlement intérieur ou la convention collective, des mises à pied dont la durée est supérieure à celle énoncée dans les textes (Cass. soc., 25 févr. 1985, n° 83-44.955P).

En l'absence de toutes dispositions conventionnelles ou issues du règlement intérieur, la Cour de cassation a admis la validité des mises à pied prononcées pour une durée de 14 jours (Cass. crim., 9 nov. 1982, n° 81-94.802P).

#### **Attention**

L'employeur qui prononce une mise à pied disciplinaire à la suite d'une mise à pied conservatoire doit imputer la durée de cette dernière sur celle de la mise à pied disciplinaire (Cass. soc., 5 juill. 2006, n° 03-46.361P).

### 39 Procédure et effets de la mise à pied

La mise à pied à titre disciplinaire est soumise à la procédure prévue à l'article L. 1332-2 du Code du travail, c'est-à-dire qu'elle doit être précédée d'un entretien préalable.

La mise à pied doit être également être notifiée au salarié concerné et motivée.

La mise à pied s'impose au salarié, sauf à exercer, le cas échéant, un recours en annulation de la sanction. La mise à pied disciplinaire suspend le contrat de travail et le salarié est dispensé de travailler dans l'entreprise. En revanche, elle ne suspend pas le mandat des représentants du personnel (Cass. crim., 11 sept. 2007, n° 06-82.410).

La rémunération correspondant à cette période n'a pas à être versée. A l'issue de la mise à pied, le salarié retrouve son emploi antérieur.

## § 3. Rétrogradation

### 40 Définition

La rétrogradation correspond à un déclassement hiérarchique. Le salarié continue de travailler mais le contenu de sa prestation de travail est modifié, entraînant une baisse de sa position hiérarchique dans la grille de classification et une baisse corrélative de son salaire.

La question s'est posée de l'assimilation de la rétrogradation à une sanction pécuniaire.

La jurisprudence opère la distinction suivante.

#### *a) Baisse effective des responsabilités*

Sont licites les rétrogradations qui correspondent à une baisse effective des responsabilités hiérarchiques ou des fonctions. N'est pas une sanction pécuniaire illicite :

- la rétrogradation qui est la conséquence d'une modification du travail et d'une baisse des responsabilités (Cass. soc., 24 mars 1988, n° 86-41.600P) ;
- la baisse de rémunération qui n'est que la conséquence de la rétrogradation du salarié dans un emploi différent (Cass. soc., 17 févr. 1993, n° 88-45.539P ; Cass. soc., 30 avr. 1997, n° 95-44.746P).

#### **Attention**

A contrario, est une sanction pécuniaire prohibée la suppression d'une prime de mobilité liée à la rétrogradation disciplinaire d'une salariée. Devenue partie intégrante de son salaire, la prime de mobilité attribuée à une salariée à la suite de son affectation lui reste acquise, peu important sa rétrogradation disciplinaire qui emporte diminution de sa rémunération (Cass. soc., 22 févr. 2006, n° 05-42.003).

#### *b) Absence de modification des fonctions*

Sont illicites les rétrogradations qui impliquent seulement une diminution de salaire sans modification des fonctions.

Concrètement, cette mesure se traduit uniquement par une baisse de salaire et donc par une pénalisation pécuniaire de la faute tels :

- la rétrogradation d'échelon sans modification des fonctions (Cass. soc., 24 mars 1988, n° 86-41.600P) ;
- le déclassement d'un salarié alors qu'il n'avait subi aucun changement effectif d'affectation en travaillant sur la même machine (Cass. soc., 23 févr. 1994, n° 90-45.000 ; Cass. soc., 24 oct. 1991, n° 90-41.537) ;
- le changement d'équipe de nuit à l'équipe de jour entraînant une diminution de certains éléments de rémunération de l'intéressé (Cass. soc., 11 mars 1997, n° 94-40.881).

### 41 Procédure et durée de la rétrogradation

La rétrogradation est soumise à la procédure prévue aux articles L. 1332-2 et suivants du Code du travail. Dès lors, elle est précédée d'un entretien préalable.

La rétrogradation doit également être notifiée au salarié concerné et motivée.

La durée de la rétrogradation ne fait l'objet d'aucune disposition dans le Code du travail. Elle a le plus souvent un caractère permanent, ce qui n'est pas de nature à la rendre illicite (Cass. soc., 4 nov. 1994, n° 94-20.018P ; voir 42 sur le caractère provisoire et conservatoire d'une rétrogradation : Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 04-46.051P).

L'employeur « ne peut imposer une période d'essai à un salarié rétrogradé qui aurait pour effet de lui permettre de rompre le contrat de travail de ce salarié sans avoir à justifier d'un quelconque motif ; il s'ensuit que la rupture résultant du refus par le salarié d'accepter les conditions de ce nouvel emploi s'analyse en un licenciement » (Cass. soc., 17 févr. 1993, n° 88-45.539P).

#### **Attention**

La rétrogradation impliquant une modification du contrat de travail du salarié, l'employeur ne peut pas l'imposer unilatéralement au salarié, il doit préalablement requérir son acceptation (Cass. soc., 15 juin 2000, n° 98-43.400P ; voir 75 et s.).

## § 4. Mutation interne, déplacement, transfert

### 42 Sanctions difficiles à discerner

Il s'agit là de sanctions particulièrement difficiles à distinguer de simples mesures d'organisation prises par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction et fondées sur des considérations techniques et économiques.

A la suite d'un agissement fautif du salarié, l'employeur pourra décider de déplacer un salarié dans un autre atelier, un autre établissement, de le changer d'équipe, etc.

Constituent une sanction disciplinaire, à la suite d'un agissement considéré comme fautif :

- un changement d'affectation (Cass. soc., 19 juin 1991, n° 87-45.597P) ;
- la mutation d'un salarié (Cass. soc., 30 nov. 1994, n° 91-41.418 ; Cass. soc., 29 mai 2002, n° 00-40.996). Par suite, le maintien de ce salarié à son nouveau poste de travail, dont l'employeur savait qu'il était incapable de le tenir, caractérise un abus de droit, de sorte que l'insuffisance professionnelle de l'intéressé dans ses fonctions ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, l'employeur ayant l'obligation d'assurer l'adaptation de ses salariés à leurs emplois (Cass. soc., 29 mai 2002, n° 00-40.996).

En revanche, ne constitue pas une mesure disciplinaire, la mutation du salarié qui n'affecte pas sa situation dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération (Cass. soc., 13 juin 2007, n° 06-41.368). Ainsi, une mutation intervenue dans l'intérêt du service en raison des difficultés d'adaptation du salarié dans ses fonctions n'a pas un caractère disciplinaire (Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-42.572).

**Remarques** : Constitue une sanction disciplinaire la mutation décidée en raison du comportement du salarié, qualifié d'inacceptable et d'intolérable par une lettre qui, bien que faisant état d'une mesure conservatoire, lui reproche un tel comportement justifiant cette mutation (Cass. soc., 30 mai 2007, n° 06-40.599).

Toutefois, le changement d'affectation décidé par l'employeur dans l'attente d'une décision pénale définitive et de l'avis du conseil de discipline en raison de la gravité des faits reprochés au salarié est une mesure provisoire. En conséquence, il s'agit d'une mesure conservatoire n'interdisant pas la sanction ultérieure (Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 04-46.051P).

La mutation impliquant une modification du contrat de travail du salarié, l'employeur ne peut pas l'imposer unilatéralement au salarié, il doit préalablement requérir son acceptation (voir 75 et s.).

Si cette mutation se traduit par la mobilité du salarié, dont le contrat comporte une clause de mobilité, elle s'imposera au salarié si elle est légitime (Cass. soc., 11 juill. 2001, n° 99-41.574P).

Le refus, par un salarié dont le contrat de travail contient une telle clause, de la modification de son lieu de travail constitue en principe un manquement à ses obligations contractuelles, mais ne caractérise pas à lui seul une faute grave (Cass. soc., 23 janv. 2008, n° 07-40.522P, cet arrêt transpose à l'application d'une clause de mobilité la solution retenue à l'occasion d'un refus de changement des conditions de travail d'un salarié, voir Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 03-42.018P). Dès lors, il convient, pour l'employeur, d'invoquer la faute simple du salarié à l'appui de sa décision de licenciement, laquelle constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement.

#### **A noter**

La Cour de cassation a indiqué que « seules des circonstances particulières – on peut penser à un refus totalement injustifié au regard de la nature et des conséquences de la modification en jeu – pourront justifier la qualification de faute grave » (v. Bull. Cour de cass. trav., 1<sup>er</sup> trimestre 2005, p. 63).

## § 5. Licenciement disciplinaire

### 43 Rupture du contrat de travail

Il est difficile d'évoquer la discipline dans l'entreprise sans prendre en considération le licenciement. Celui-ci reste la sanction disciplinaire majeure.

Le licenciement a donc une double finalité puisqu'il est à la fois :

- une sanction disciplinaire entraînant la rupture des relations contractuelles motivée par des faits commis par le salarié et considérés par l'employeur comme fautifs ;
- et l'utilisation du droit de résiliation.

Cette double finalité a pour effet d'entraîner l'application combinée des dispositions légales relatives aux licenciements et des dispositions relatives au droit disciplinaire.

Pour plus de détails, voir 314 « Motifs personnels de licenciement » et 316 « Procédure de licenciement pour motif personnel ».

#### SOUS-SECTION III

### Choix de la sanction

#### 44 Libre choix : individualisation

Aucun contrôle préalable ne s'exerce quant au choix de la sanction. L'employeur est libre, en présence d'un agissement du salarié qu'il considère comme fautif, de sanctionner ou non le salarié et de choisir la sanction. Toutefois, la sanction doit être proportionnelle à la faute.

S'il envisage de sanctionner le salarié, il dispose de toute une gamme de sanctions qui vont du simple avertissement au licenciement.

L'employeur peut notamment, dans l'intérêt de l'entreprise et dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires, sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute, sous réserve de respecter le détournement de pouvoirs et les articles L. 1132-1 et suivants du Code du travail interdisant les discriminations (Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-42.270P ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 1995, n° 91-44.908P ; Cass. soc., 14 mai 1998, n° 96-41.755P). Ces sanctions avaient été prononcées en tenant compte des anciennetés et des comportements respectifs.

Non seulement l'employeur peut sanctionner différemment un salarié, mais il peut également sanctionner un salarié et ne pas sanctionner les autres salariés ayant commis les mêmes fautes (Cass. soc., 17 déc. 1996, n° 95-41.858P).

## 45 Limites dans le choix de la sanction

### a) Sanctions interdites

Certaines sanctions disciplinaires sont interdites soit en raison de leurs effets (sanctions pécuniaires et sanctions cumulatives, voir section de la présente étude), soit en raison de leurs motifs (sanctions discriminatoires, voir section 4 de la présente étude).

### b) Règlement intérieur et convention collective

En principe, sauf clause contraire en ce sens, la hiérarchie des sanctions prévues par le règlement intérieur ne s'impose pas à l'employeur (Cass. soc., 27 mars 1985, n° 82-41.942).

Pendant, l'employeur peut être contraint de respecter les dispositions du règlement intérieur ou de la convention collective qui restreignent son pouvoir disciplinaire (Cass. soc., 17 déc. 1997, n° 94-43.237P ; Cass. soc., 21 janv. 1992, n° 90-46.104P).

#### 1. Liste limitative des sanctions

Le règlement intérieur ou la convention collective peut prévoir expressément que la liste des sanctions énumérées est limitative.

#### 2. Sanctions maximales

Le règlement intérieur ou la convention collective peut prévoir une sanction « maximale » ; il est bien évident que l'employeur ne saurait aller au-delà de telles dispositions.

Par exemple, si l'un ou l'autre de ces textes dispose que la mise à pied ne saurait excéder trois jours, l'employeur ne peut infliger une mise à pied d'une durée supérieure à ce maximum.

A défaut, cette mise à pied pourrait être réduite par les juges à la durée conventionnelle ou réglementaire (Cass. soc., 25 févr. 1985, n° 83-44.955P).

#### 3. Sanctions subordonnées au prononcé de sanctions antérieures

Si la convention collective ou le règlement intérieur prévoit que le prononcé de certaines sanctions est subordonné au prononcé antérieur d'une autre sanction, l'employeur est limité quant au choix de la sanction.

A titre d'exemple, si la convention collective prévoit que, sauf faute grave, une mesure de licenciement ne peut être prise sans avoir été précédée de deux sanctions de moindre importance, le licenciement disciplinaire prononcé en méconnaissance de ces dispositions conventionnelles est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 21 janv. 1992, n° 90-46.104P ; Cass. soc., 17 déc. 1997, n° 94-43.237P).

#### 4. Tableau de correspondance faute – sanction

Le règlement intérieur peut prévoir un tableau de correspondance faute – sanction, c'est-à-dire préciser la sanction susceptible d'être infligée au salarié dans l'hypothèse de tel ou tel manquement.

En présence d'un tableau de correspondance faute – sanction, l'employeur reste libre d'appliquer une sanction moindre, celle-ci étant plus favorable au salarié.

En revanche, l'employeur ne saurait infliger une sanction d'un degré supérieur à celle prévue par le règlement intérieur ou la convention collective (Cass. soc., 13 oct. 1993, n° 92-40.474P).

De tels tableaux de correspondance faute – sanction ont une portée limitée puisqu'en cas de contentieux, les juges ne seront pas liés par de telles dispositions.

Pour plus de détails, voir I44 « Règlement intérieur ».

### c) Clause du contrat de travail

L'employeur est également tenu de respecter les clauses éventuelles du contrat de travail limitant les cas de licenciement pour faute grave (Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 95-42.184).

Dans cette espèce, un gynécologue-obstétricien, à temps partiel, avait été licencié pour faute grave pour n'avoir pu, alors qu'il était d'astreinte, répondre aux appels de la sage-femme pour des accouchements en raison d'interventions qu'il effectuait dans un autre établissement. Il est licencié pour faute grave. Son contrat stipulait que la résiliation sans indemnité ni préavis pouvait intervenir dans le cas où l'intéressé se rendrait coupable dans l'exercice de sa profession d'une faute grave sanctionnée par une interdiction d'exercer pendant plus de trois mois.



Pour la Cour de cassation, le contrat ne se bornait pas à prévoir un cas de rupture sans indemnité, mais n'autorisait la rupture sans indemnité que dans le cas qu'il envisageait.

#### SOUS-SECTION IV

### Prescription de la sanction

#### 46 Champ d'application

Aucune sanction antérieure de plus de trois ans à l'engagement de poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction (C. trav., art. L. 1332-5).

Cet article s'applique à toutes les sanctions disciplinaires. L'employeur ne peut plus tenir compte d'une sanction prononcée depuis plus de trois ans pour réprimer une faute qui vient d'être commise, même si elle se révèle de même nature que la faute antérieurement sanctionnée.

*Exemple* : Un employeur désire prononcer une mise à pied en application des dispositions de son règlement intérieur qui subordonne celle-ci à trois avertissements préalables.

Si le premier avertissement date du 1<sup>er</sup> février 2008, l'employeur ne pourra plus l'invoquer pour prononcer la mise à pied à partir du 2 février 2011.

#### 47 Délai

##### a) Computation du délai

Ce délai de prescription de trois ans court à compter de la notification de la sanction antérieure jusqu'à l'engagement des poursuites disciplinaires.

##### b) Délai d'ordre public

L'article L. 1332-5 du Code du travail étant d'ordre public, la prescription qu'il institue ne peut être conventionnellement étendue au-delà de ce délai de trois ans.

En revanche, des dispositions de la convention collective ou du règlement intérieur de l'entreprise peuvent, bien entendu, puisque plus favorables au salarié, réduire ce délai.

#### SOUS-SECTION V

### Amnistie des sanctions

#### 48 Principe de l'amnistie

Les faits commis avant le 17 mai 2002, en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou qu'ils sont retenus ou susceptibles d'être retenus comme motifs de sanctions prononcées par un employeur, sont amnistiés de plein droit.

Pour plus de détails, se reporter à :

— Loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 (*JO 9 août*) : Doc. -W- n° 56/2002, 10 août 2002 ;

— Circulaire DRT n° 2002/17 du 16 septembre 2002 relative à l'application de la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie : Légis. soc. -A1- n° 8324, 11 octobre 2002.

#### 49 Champ d'application de l'amnistie des sanctions

##### a) Fautes concernées

Sont concernés tous les faits retenus ou susceptibles d'être retenus comme motifs de sanctions (dès lors qu'ils ne font pas l'objet d'une exclusion), qu'il s'agisse de fautes commises en matière d'obligations professionnelles, de discipline ou de fautes commises dans l'exercice d'un mandat de représentation du personnel. Seuls les faits constitutifs d'une faute entrent dans le champ d'application de la loi. Ainsi, ne peuvent être couvertes par l'amnistie, en l'absence d'un comportement fautif du salarié, les absences répétées pour cause de maladie ayant perturbé la bonne marche de l'entreprise et ayant entraîné un licenciement, ou l'insuffisance professionnelle susceptible de fonder un licenciement.

Les fautes susceptibles d'être qualifiées de fautes lourdes sont amnistiées dès lors qu'elles n'entrent pas dans les catégories de fautes expressément écartées de la loi d'amnistie.

Les faits amnistiés doivent avoir été commis avant le 17 mai 2002, peu important que la sanction ait été prononcée avant ou après cette date.

Sont exclus de l'amnistie les faits ayant par ailleurs fait l'objet d'une condamnation pénale qui elle-même n'est pas amnistiée, ainsi que les faits constituant un manquement à la probité (fait d'utiliser le matériel de l'entreprise à son propre profit, par exemple), aux bonnes mœurs (agressions sexuelles), ou à l'honneur (fait de communiquer à des tiers des documents internes à l'entreprise, par exemple).

### ***b) Salariés concernés***

Les salariés concernés sont tous les salariés qui se trouvent, vis-à-vis de leur employeur, dans une relation contractuelle régie par le droit privé. On peut considérer, précise la circulaire, qu'est visé l'ensemble des salariés qui, sous réserve de remplir les autres conditions prévues à l'article L. 513-1 du Code du travail, auraient qualité pour être électeurs aux conseils de prud'hommes.

## **50 Effets de l'amnistie des sanctions**

A compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, publiée au Journal officiel du 9 août 2002, aucune procédure disciplinaire ne peut être valablement engagée ou poursuivie, ni aucune sanction prononcée sur la base de faits commis avant le 17 mai 2002. L'amnistie ne fait pas disparaître les faits, mais leur retire le caractère de faute.

### ***a) Sanction prononcée***

Si la sanction a déjà été prononcée à la date d'entrée en vigueur de la loi, toute mention devra en être effacée, et cette sanction ne pourra plus être invoquée, notamment pour appuyer une sanction ultérieure plus grave.

En revanche, l'amnistie ne remet pas en cause les effets des sanctions prononcées antérieurement à son entrée en vigueur. Celles-ci ne sont pas, du fait de l'intervention de la loi d'amnistie, devenues rétroactivement illégales. Le législateur a exclu toute forme de réintégration dans la loi de 2002 au-delà du droit à réintégration des salariés bénéficiant d'une protection légale du fait de leur mandat.

En outre, l'amnistie n'efface pas les conséquences financières ou en termes de carrière que la sanction du fait amnistié a pu entraîner. Ainsi, l'amnistie n'entraîne pas l'obligation pour l'employeur de verser le salaire perdu du fait d'une mise à pied.

### ***b) Sanction non encore prononcée***

Si la sanction n'a pas encore été prononcée à la date d'entrée en vigueur de la loi, la procédure disciplinaire doit être abandonnée.

L'amnistie n'affecte pas non plus l'existence des faits amnistiés ni leur gravité, en ce qui concerne leurs conséquences sur le plan civil. Le juge conserve en outre le contrôle de la régularité des sanctions prises.

## **51 Retrait des mentions relatives aux sanctions dans les dossiers**

L'inspection du travail doit veiller à ce qu'il ne puisse être fait état des faits amnistiés et de s'assurer du retrait des mentions relatives aux sanctions dans les dossiers de toute nature concernant les travailleurs qui bénéficient de l'amnistie.

Les chefs d'entreprise doivent donc, si nécessaire, retirer toutes sanctions des dossiers des salariés.

Par « dossier », il faut entendre tous documents établis par l'employeur quels que soient leur finalité (fiches, dossiers, notes, archives, etc.), leurs destinataires, et leurs supports (papier ou écrits dématérialisés).

Seule la mention de la sanction prononcée doit être obligatoirement effacée, et non celle des faits qui l'ont entraînée. Par exemple, en cas de sanction pour retards, seront retirées du dossier concerné les lettres d'avertissement ou de mise à pied, mais pas les feuilles de pointage. Lorsque certaines notes ou correspondances concernent, outre des sanctions amnistiées, des sujets différents, il sera demandé aux chefs d'entreprise de faire disparaître les passages relatifs à ces sanctions, le reste de la correspondance pouvant être conservé.

Concernant les mentions figurant dans les procès-verbaux des CE ou sur les registres spéciaux des délégués du personnel, il faut distinguer les mentions des sanctions déjà intervenues qui doivent être retirées ou effacées (par les responsables de la tenue de ces documents), et les sanctions simplement envisagées qui n'ont pas à être expurgées des procès-verbaux, à condition que ceux-ci relatent des faits sans que les sanctions apparaissent comme acquises.

Toute référence à une sanction ou à une condamnation amnistiée sur le fondement de la présente loi est punie d'une amende de 5 000 €.

## **SECTION IV**

# **Sanctions interdites**

## **§ 1. Sanctions pécuniaires**

### **52 Principe de l'interdiction**

Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite (C. trav., art. L. 1331-2).

Le fait d'infliger une amende ou une sanction pécuniaire en méconnaissance de ces dispositions est puni d'une amende de 3 750 € (C. trav., art. L. 1334-1).

Le législateur n'a pas donné de définition de la sanction pécuniaire.

Cette interdiction générale édictée par l'article L. 1331-2 du Code du travail n'exclut cependant pas certaines sanctions susceptibles d'avoir une incidence financière (la mise à pied ou la rétrogradation).

Toutefois, la frontière entre les sanctions licites affectant la rémunération et les sanctions pécuniaires interdites n'est pas toujours aisée à déterminer.

### 53 Réduction ou suppression de rémunération pour des faits fautifs

La rétrogradation sans modification des attributions entraînant une baisse de rémunération est une sanction pécuniaire (Cass. soc., 11 mars 1997, n° 94-40.881).

Plus généralement, et en application de l'article L. 1331-2 du Code du travail, toute réduction ou suppression de rémunération en liaison avec des faits considérés comme fautifs par l'employeur constitue une sanction pécuniaire prohibée.

Ce principe s'applique aussi bien :

#### a) Au salaire de base

Est une sanction pécuniaire :

- la réduction du salaire, fixe et indépendant du rendement, pour baisse de production (Cass. soc., 12 avr. 1995, n° 91-40.593P) ;
- la retenue sur salaire correspondant à la durée de la réunion à laquelle trois salariés avaient refusé d'assister tout en restant à leur poste de travail (Cass. soc., 19 nov. 1997, n° 95-44.309P) ;
- la retenue opérée par l'employeur sur la rémunération minimale conventionnelle d'un VRP à titre exclusif à temps complet sous le prétexte d'une activité réduite ou jugée insuffisante (Cass. soc., 27 oct. 2004, n° 02-41.028P ; Cass. soc., 30 nov. 2004, n° 03-44.635P ; Cass. soc., 13 déc. 2006, n° 05-40.969P).

#### b) Aux primes diverses

Est une sanction pécuniaire :

- la suppression d'une prime (en l'espèce, une prime d'objectifs) en raison du licenciement (Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 05-45.365P) ;
- la suppression d'une prime trimestrielle à raison de faits considérés comme fautifs par l'employeur (Cass. soc., 2 avr. 1997, n° 94-43.352P ; Cass. soc., 7 mai 1991, n° 87-43.350P) ;
- le versement partiel de la gratification prévue dans la lettre d'engagement en raison de la mauvaise qualité du travail du salarié concerné (Cass. soc., 17 juill. 1996, n° 93-43.963P) ;
- la baisse de coefficient permettant de déterminer le montant d'une prime liée à la quantité et à la qualité du travail (Cass. soc., 22 nov. 1995, n° 91-43.809P) ;
- la suppression de la prime de « rétribution pour la qualité et la productivité » d'un salarié non gréviste qui avait refusé d'occuper le poste d'un autre salarié non gréviste (Cass. soc., 16 févr. 1994, n° 90-45.915P). En espèce, l'employeur avait prévu que cette prime pouvait être supprimée « pour indiscipline, inefficacité, refus d'obéissance, faute professionnelle ou négligence » ;
- la suppression d'une prime de mobilité suite à une rétrogradation disciplinaire. Devenue partie intégrante de son salaire, cette prime attribuée à une salariée à la suite de son affectation lui reste acquise, peu important sa rétrogradation disciplinaire qui emporte diminution de sa rémunération (Cass. soc., 22 févr. 2006, n° 05-42.003) ;
- la diminution des commissions totales mensuelles de vendeurs à domicile, prévue par une clause contractuelle de malus, lorsque le taux d'annulation des contrats de vente enregistré sur un mois déterminé est supérieur à 5 % de contrats signés sur ce même mois. Les commissions totales de ce mois sont diminuées du même taux plafonné à un pourcentage du nombre de contrats de vente enregistrés. Ces déductions, qui ont pour effet de priver les salariés d'une partie des commissions qui leur étaient dues sur des contrats effectivement réalisés, constituent une sanction pécuniaire prohibée (Cass. soc., 4 juill. 2007, n° 06-40.160).

#### c) A tout autre élément de rémunération

Est une sanction pécuniaire :

- la suspension du droit à des billets à tarif réduit pour une employée d'une compagnie de transport (Cass. soc., 22 oct. 1996, n° 93-42.390) ;
- la suppression d'une voiture de fonction pour non-réalisation des objectifs (Cass. soc., 12 déc. 2000, n° 98-44.760P).

En revanche, la sanction prévue par le règlement intérieur et consistant à interdire toute opération de bourse au salarié ne respectant pas le règlement intérieur n'est pas illicite, à condition que sa portée soit elle-même précisée de manière à ce que son infraction soit en rapport avec la gravité du manquement reproché (CE, 18 mars 1998, n° 157.607P).

### 54 Réductions ou suppressions de primes pour exécution défectueuse du travail

La retenue pratiquée sur la rémunération de salariés auxquels l'employeur reproche une exécution défectueuse de leur travail constitue une sanction pécuniaire interdite (Cass. soc., 2 déc. 1992, n° 89-43.162P).

## 55 Refus d'accorder une augmentation

Le refus d'accorder une augmentation de salaire relève en principe du pouvoir de direction de l'employeur.

« Si un avantage pouvait être accordé individuellement à certains salariés pour récompenser ou stimuler leurs qualités professionnelles, sans que les autres salariés puissent se plaindre d'avoir subi une sanction, par contre, l'exclusion de certains salariés du bénéfice de l'avantage consenti sous la forme d'une mesure générale, applicable à l'ensemble du personnel, se présentait bien comme une sanction puisqu'elle était fondée sur le comportement jugé reprochable et qu'ayant trait au salaire, elle constituait une sanction pécuniaire illicite » (Cass. soc., 19 juill. 1995, n° 91-45.401).

### a) Refus d'une augmentation individuelle

Le refus de l'employeur d'accorder une augmentation de salaire en raison des qualités professionnelles de certains salariés ne constitue pas une sanction pécuniaire (Cass. crim., 26 avr. 1988, n° 87-83.867P).

A l'inverse, « le seul fait d'accorder une augmentation de salaire à certains salariés en fonction de leurs qualités professionnelles ne constitue pas, à l'égard des autres salariés, une sanction » (Cass. soc., 29 mai 1990, n° 87-40.512P ; Cass. soc., 19 juill. 1995, n° 91-45.401).

Encore faut-il que l'employeur puisse fournir des éléments objectifs susceptibles de justifier cette différence de traitement (Cass. soc., 15 avr. 1992, n° 88-41.555P).

### b) Refus d'une augmentation générale

En revanche, constitue une sanction pécuniaire prohibée, le fait d'exclure certains salariés, en raison d'un comportement professionnel jugé critiquable, du bénéfice d'une augmentation de salaire constituant une mesure générale applicable à l'ensemble du personnel (Cass. soc., 19 juill. 1995, n° 91-45.401).

## 56 Réduction d'horaire

Une réduction d'horaire ne correspondant ni à un déclassement ni à un changement d'affectation, utilisée comme une mesure disciplinaire et sanctionnant le comportement du salarié, constitue une sanction pécuniaire nulle. Le refus du salarié d'exécuter une telle sanction n'est pas fautif et ne peut justifier son licenciement (Cass. soc., 24 oct. 1991, n° 90-41.537).

## 57 Retenues de salaire licites

### a) Retenue pour inexécution du contrat de travail

#### 1. Principe

En application du principe de l'exception d'inexécution, l'employeur peut opérer des retenues sur le salaire dès lors que le salarié n'a pas accompli sa prestation de travail (grève, absence, retard).

Il est en ainsi notamment en cas de :

- grève : la Cour de cassation admet depuis longtemps la retenue de salaire opérée à raison de l'interruption complète de travail motivée par la grève, dès lors qu'elle n'a pas de caractère discriminatoire (Cass. soc., 19 nov. 1986, n° 83-43.516P) ;
- absence pour maladie ou accident : sous réserve de respecter les dispositions conventionnelles ou issues de la loi de mensualisation relative au maintien de salaire (voir 240 « Maladie »), l'employeur peut opérer une retenue sur le salaire correspondant à la période d'inactivité ;
- absence pour mise à pied disciplinaire : la mise à pied disciplinaire n'est pas une sanction illicite. Elle entraîne la suspension du contrat de travail et donc la retenue de salaire correspondant à cette inactivité ;
- absence liée à l'application de l'horaire mobile : le débit d'heures de travail enregistré sur le compte d'un salarié soumis à un horaire de travail dit « mobile » ou « individualisé » autorise une retenue correspondante sur la prochaine paie si le règlement relatif à l'horaire mobile le prévoit (Cass. soc., 10 nov. 1988, n° 86-43.014P).

#### 2. Conditions

Cette réduction de la rémunération ne sera pas considérée comme une sanction pécuniaire sous réserve :

- qu'elle soit **strictement proportionnelle à la période d'inactivité**.

La somme retenue sur le salaire ne peut excéder le temps non travaillé. A défaut, elle s'analyse en une sanction pécuniaire illicite (Cass. soc., 8 juill. 1992, n° 89-42.563P).

L'employeur ne pourra donc pas retenir une retenue de deux heures de travail pour une grève de deux fois une demi heure (Cass. soc., 4 févr. 1988, n° 85-45.084) ;

- qu'elle soit **identique quel que soit le motif de l'absence**.

Les retenues de salaire pratiquées à la suite de grèves sont illicites lorsque les autres causes d'absence ne donnent pas lieu aux mêmes retenues (Cass. soc., 19 nov. 1987, n° 84-44.421P).

### b) Autres hypothèses de retenues de salaire licites

Ne constitue pas une sanction pécuniaire :

- le fait de subordonner l'attribution de primes à des conditions d'assiduité ou de rendement (Cass. soc., 10 juin 1992, n° 88-44.717P) ;

- la réclamation au salarié de sommes indûment perçues par lui (Cass. soc., 18 nov. 1992, n° 90-40.010P) ;
- la diminution de rémunération correspondant à une rétrogradation licite (Cass. soc., 22 janv. 1992, n° 88-43.050P).

## § 2. Sanctions discriminatoires

### 58 Principe

Sont interdites les sanctions fondées sur :

- l'exercice de libertés individuelles (C. trav., art. L. 1132-1) ;
- le fait d'avoir témoigné ou relaté des faits discriminatoires (C. trav., art. L. 1132-3) ;
- le fait d'avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement moral ou sexuel d'un employeur, ou d'avoir témoigné ou relaté de tels agissements (C. trav., art. L. 1152-2 ; C. trav., art. L. 1153-2 et s.).

### 59 Non-respect des dispositions légales

Les articles L. 1132-4, L. 1152-3 et L. 1153-4 du Code du travail prévoient la nullité de toute disposition ou de tout acte contraire aux interdictions qu'ils édictent. Le juge doit annuler la sanction ou le licenciement prononcé en méconnaissance de ces textes.

L'employeur pourra être condamné à des dommages-intérêts en fonction du préjudice subi (Cass. soc., 27 janv. 1993, n° 91-45.777P).

L'inobservation des articles L. 1132-1 et suivants ne fait l'objet d'aucune incrimination pénale générale dans le Code du travail.

Elle tombe sous le coup des articles 225-1 et suivant du Nouveau Code pénal qui sanctionnent les discriminations par trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende.

## § 3. Sanctions cumulatives

### 60 Principe : interdiction

Aucune disposition légale n'interdit expressément les sanctions cumulatives.

Toutefois, en application d'une jurisprudence constante, un employeur ne saurait infliger une seconde sanction à un salarié en se fondant sur une même faute (Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-43.012P ; Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-42.709P).

Le licenciement prononcé en méconnaissance de ce principe de non-cumul ne peut être annulé par les juges mais il est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

La Cour de cassation a ainsi jugé qu'une lettre dans laquelle l'employeur reprochait à un salarié l'insuffisance et la dégradation de son travail en se fondant sur des exemples, a la nature d'une sanction disciplinaire et que l'employeur ne peut invoquer les mêmes faits, déjà sanctionnés, pour justifier un licenciement, faute de quoi le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 30 avr. 1997, n° 95-42.437 ; Cass. soc., 16 juin 1988, n° 85-46.420P ; Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-42.216).

La seconde sanction infligée pour des faits ayant déjà été sanctionnés, peut :

- être annulée, s'il s'agit d'une sanction autre qu'un licenciement (C. trav., art. L. 1333-2) ;
- donner lieu à des dommages-intérêts, s'il s'agit d'un licenciement (C. trav., art. L. 1333-3).

Ce principe de non-cumul ne fait pas obstacle à la notification d'une mise à pied à titre conservatoire dans l'attente de la notification de la sanction disciplinaire. En effet, la mise à pied à titre conservatoire est une mesure d'attente, en aucun cas une sanction.

Toutefois, si la mise à pied avec privation de rémunération peut constituer une mesure conservatoire dans l'attente de la sanction finale, la décision de maintenir cette privation de salaire en dépit de la sanction moindre définitivement retenue constitue une sanction illicite, une même faute ne pouvant faire l'objet de deux sanctions successives (Cass. soc., 5 nov. 1987, n° 84-44.971P).

### 61 Exception : fautes successives

L'existence de nouveaux faits fautifs autorise l'employeur à sanctionner ces faits et à invoquer les faits antérieurs précédemment sanctionnés (Cass. soc., 7 mars 1996, n° 94-43.183 ; Cass. soc., 9 mars 1999, n° 96-44.643), sous réserve du respect du délai de prescription des sanctions et du délai de prescription des faits fautifs.

« Si, postérieurement au prononcé de l'avertissement, l'employeur avait eu connaissance de faits commis vis-à-vis de la direction et à l'égard de clients et qui constituaient de la part du salarié une attitude incompatible avec l'exercice de sa fonction, ces faits caractérisaient la faute grave, car ils s'ajoutaient au comportement fautif précédemment sanctionné d'un avertissement non suivi d'effet » (Cass. soc., 9 juin 1993, n° 89-43.992).

Toutefois, tant que le salarié n'a pas reçu sa notification, l'employeur ne saurait prendre une nouvelle sanction en raison de la persistance du comportement fautif (Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-42.216P).

## SECTION V

# Procédures disciplinaires

## SOUS-SECTION I

### Procédure disciplinaire légale

#### 62 Deux procédures

Toute sanction prise par l'employeur est soumise à une procédure protectrice du salarié.

Aucune sanction ne peut être prise à l'encontre du salarié sans que celui-ci soit informé dans le même temps et par écrit des griefs retenus contre lui (C. trav., art. L. 1332-1).

Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il convoque le salarié en lui précisant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière, ou la rémunération du salarié. Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise.

Au cours de l'entretien, l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié.

La sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Elle doit être motivée et notifiée à l'intéressé (C. trav., art. L. 1332-2).

Deux procédures doivent être distinguées selon la gravité de la faute :

- une **procédure simplifiée**, applicable aux avertissements et aux sanctions de même nature n'ayant pas d'incidence sur la situation du salarié, limitée à une simple information écrite du salarié ;
- une **procédure renforcée**, applicable aux sanctions susceptibles d'avoir une incidence sur la relation contractuelle, calquée sur la procédure de licenciement : convocation, entretien et notification de la sanction.

**Remarques** : Lorsque les faits reprochés au salarié rendent impossible son maintien dans l'entreprise pendant le déroulement de la procédure prévue à l'article L. 1332-2, une mise à pied conservatoire peut être prononcée (C. trav., art. L. 1332-3).

Pour plus de détails, voir 316 « Procédure de licenciement pour motif personnel ».

## § 1. Procédure disciplinaire simplifiée

#### 63 Obligation d'information du salarié

Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il convoque le salarié en lui précisant l'objet de la convocation (C. trav., art. L. 1332-2).

Ce texte prévoit toutefois une exception : quand la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié (C. trav., art. L. 1332-2).

En effet, ces sanctions, dispensées d'entretien, sont soumises à une procédure que l'on peut qualifier de simplifiée qui se limite à une information écrite du salarié : « Aucune sanction ne peut être prise à l'encontre du salarié sans que celui-ci soit informé dans le même temps et par écrit des griefs retenus contre lui » (C. trav., art. L. 1332-1).

#### 64 Sanctions visées

Sont dispensées de l'entretien préalable, les sanctions qui n'ont pas d'incidence immédiate ou non sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié (C. trav., art. L. 1332-2).

Sont donc visées par cette procédure simplifiée, les sanctions mineures situées au bas de l'échelle des sanctions : blâme et avertissement.

Il en est ainsi notamment de l'avertissement :

- quelle que soit la mesure disciplinaire qu'il précède dans l'échelle des sanctions (Cass. soc., 19 janv. 1989, n° 85-46.575P) ;
- quel que soit le nombre d'avertissements prononcés à l'encontre du salarié (Cass. soc., 11 janv. 1994, n° 87-44.012) ;

— même s'il est assorti d'une menace de sanction plus grave en cas de récidive (Cass. soc., 13 nov. 1990, n° 87-42.812P).

Seront également dispensées de la procédure d'entretien préalable les sanctions de même nature que l'avertissement, telles que la lettre d'admonestation, de rappel à l'ordre, le blâme (Cass. soc., 29 oct. 1991, n° 88-43.399).

En revanche, le blâme avec inscription au dossier implique le respect de la procédure avec entretien (Cass. soc., 7 déc. 1999, n° 97-43.059P).

### **Attention**

Les simples observations verbales ne sont pas des sanctions.

## **65 Modalités d'information**

### **a) Contenu de l'information**

L'employeur est tenu d'informer le salarié des griefs retenus contre lui. Cette motivation de la sanction doit être soigneusement établie, car seuls ces griefs seront, le cas échéant, pris ultérieurement en considération par les juges amenés à se prononcer sur la justification de la sanction ou sur son caractère disproportionné.

La motivation doit être suffisamment précise pour permettre au salarié de connaître la nature des faits qui lui sont reprochés et qui sont sanctionnés.

Est ainsi motivé l'avertissement délivré au salarié pour non-respect des horaires fixés par le chef d'établissement (Cass. soc., 5 mars 1987, n° 84-40.548P).

En revanche, la seule référence à l'entretien préalable faite lors de la notification de la sanction ne satisfait pas aux exigences de l'article L. 1332-1 du Code du travail (Cass. soc., 17 janv. 1995, n° 91-43.815P).

L'article L. 1332-1 du Code du travail limite l'information du salarié aux griefs retenus contre lui.

### **b) Concomitance entre l'information et la sanction**

La concomitance entre l'information et la sanction est exigée (C. trav., art. L. 1332-1).

C'est au moment où la sanction est prise que l'employeur doit informer le salarié des griefs retenus contre lui.

En pratique, les sanctions soumises à la procédure simplifiée se concrétisent le plus souvent par une lettre adressée au salarié qui indiquera les griefs et qui constitue à elle seule la sanction.

L'employeur peut également, en l'absence de toute obligation légale, rencontrer préalablement le salarié pour l'informer des griefs retenus à son encontre et de la sanction envisagée.

Un tel entretien permet notamment à l'employeur d'entendre les éventuelles explications du salarié et au salarié d'être informé directement avant réception de la notification de la sanction.

Dans ce cas, l'entretien n'est pas soumis à la procédure de l'entretien préalable (convocation conforme à l'article R. 1332-1) et peut très bien être organisé de manière informelle sans aucune convocation.

### **c) Nécessité d'un écrit**

L'employeur doit obligatoirement informer le salarié par écrit. En effet, les simples observations verbales ne sont pas considérées comme des sanctions.

Aucune disposition légale ne soumet cette obligation d'information écrite à un formalisme précis. Une sanction peut être notifiée par courriel (Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-43.698).

Toutefois, compte tenu des délais de prescription des fautes (deux mois) et des sanctions (trois ans) institués par les articles L. 1332-4 et suivants du Code du travail, il est préférable, pour des raisons de preuve évidentes, de respecter un certain formalisme, tel celui prévu à l'article R. 1332-2 du Code du travail.

Ce texte prévoit que la sanction soumise à la procédure de l'entretien préalable, est notifiée au salarié :

- soit sous la forme d'une lettre remise contre récépissé ;
- soit par l'envoi d'une lettre recommandée.

L'écrit doit indiquer de manière précise et détaillée au salarié concerné les faits fautifs à l'origine de la sanction.

L'employeur devra être le plus précis possible puisqu'en cas de contentieux, le contenu de cette lettre délimite les contours du litige. L'employeur ne pourra ultérieurement évoquer des faits non mentionnés dans cette lettre.

La sanction peut être signée par une personne autre que l'employeur lui-même, sous réserve d'être habilitée à représenter ce dernier.

Ce type de sanction devra être notifié au salarié en respectant la prescription prévue à l'article L. 1332-4 du Code du travail. Soit l'employeur :

- notifie directement la sanction, auquel cas, il ne pourra faire état de faits fautifs dont il aurait eu connaissance depuis plus de deux mois. Le jour de la notification de la sanction marque alors le point de départ de l'engagement des poursuites ;

— respecte, en l'absence de toute obligation légale, la procédure de l'entretien préalable, auquel cas la convocation à l'entretien préalable constituera l'engagement des poursuites prévu à l'article L. 1332-4 du Code du travail qui fixe le point de départ du délai de prescription de deux mois.

## § 2. Procédure disciplinaire renforcée

### 66 Champ d'application

La procédure disciplinaire renforcée ne s'applique qu'aux seules sanctions qui, aux termes de l'article L. 1332-2 du Code du travail, ont une incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié.

Sont exclus du champ d'application de ce texte :

— les sanctions mineures : elles sont soumises à la procédure simplifiée (voir 63). Cependant, l'employeur pourra respecter la procédure renforcée qui est plus favorable au salarié.

Le règlement intérieur, la convention collective ou un accord collectif peut étendre à toutes les sanctions susceptibles d'être prises par l'employeur l'obligation de respecter la procédure renforcée ;

— les licenciements : la procédure disciplinaire ne concerne pas les licenciements soumis aux articles L. 1232-2 et suivants du Code du travail.

Si, au cours de l'entretien disciplinaire, l'employeur envisage finalement un licenciement, il doit recommencer la procédure (Cass. soc., 28 nov. 2001, n° 99-44.209).

#### **Attention**

La rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée pour faute grave est, selon une jurisprudence constante, une sanction soumise, comme telle, à la procédure disciplinaire. L'employeur doit donc convoquer le salarié à un entretien préalable (Cass. soc., 1<sup>er</sup> oct. 1996, n° 93-40.829).

Par ailleurs, si l'employeur peut sans motif et sans formalité mettre fin à la période d'essai, il doit, lorsqu'il invoque un motif disciplinaire, respecter la procédure disciplinaire (Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750P).

### 67 Convocation à l'entretien préalable

L'employeur doit convoquer le salarié concerné en lui indiquant notamment l'objet de la convocation (C. trav., art. L. 1332-2).

#### **a) Contenu**

La convocation doit indiquer (C. trav., art. R. 1332-1) :

— l'objet de l'entretien : la convocation ne doit pas préjuger de la décision qui sera prise après l'entretien, elle ne doit donc pas se référer à une décision de sanction mais indiquer qu'une sanction est envisagée (Circ. min. DRT n° 83-5, 15 mars 1983, Légis. soc. -A1- n° 102, 28 mars 1983).

Il faut cependant que le salarié sache à quoi s'en tenir ; c'est ainsi qu'une lettre convoquant le salarié « aux fins de discussion et de mise au point » ne correspond pas aux exigences légales ;

— la date, l'heure et le lieu de l'entretien : en l'absence de toute indication légale, l'entretien doit être fixé pendant le temps de travail et dans les locaux de l'entreprise ;

— la possibilité de se faire assister par une personne de l'entreprise. La faculté de se faire assister par un conseiller inscrit sur la liste préfectorale établie à cet effet s'applique seulement à la procédure de licenciement et non à la procédure disciplinaire.

Elle doit également mentionner la possibilité pour le salarié de saisir une instance disciplinaire si la convention collective le prévoit (Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 03-48.370P).

L'employeur n'est pas légalement tenu d'énoncer, dans la convocation à entretien, les motifs de la mesure envisagée, ni les faits reprochés au salarié.

L'omission de l'une de ces mentions rend la procédure irrégulière, comme en matière de licenciement.

La convocation, tout comme la sanction, peut être signée par une personne autre que l'employeur lui-même, sous réserve qu'elle soit habilitée à représenter ce dernier.

#### **b) Transmission de la convocation**

La convocation doit être (C. trav., art. R. 1332-1) soit remise contre récépissé, soit adressée par lettre recommandée.

L'administration précise que si le salarié refuse de recevoir la convocation contre décharge, la procédure de la lettre recommandée doit être utilisée (Circ. min. DRT n° 83-5, 15 mars 1983, précitée).

Cette convocation doit respecter le délai de prescription des fautes prévu à l'article L. 1332-4 du Code du travail. Autrement dit, elle doit être adressée dans le délai de deux mois à compter du jour où l'employeur a eu connaissance des faits fautifs.

La convocation à l'entretien constitue « l'engagement des poursuites », au sens de l'article L. 1332-4 du Code du travail.

La loi n'impose aucun délai précis entre la convocation et l'entretien lui-même. Il importe qu'un délai suffisant soit laissé au salarié pour se préparer à l'entretien et qu'il soit en mesure de se faire assister, s'il le désire, par un membre du personnel.



## 68 Entretien

### a) Finalité de l'entretien

Au cours de l'entretien, l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié (C. trav., art. L. 1332-2).

Cet entretien doit permettre au salarié de présenter sa défense, les paroles prononcées par celui-ci au cours de l'entretien préalable à une sanction disciplinaire ne pouvant, sauf abus, constituer une cause de licenciement (Cass. soc., 8 janv. 1997, n° 94-42.639P).

Doivent être présents à l'entretien : l'employeur ou son représentant ; le salarié éventuellement assisté d'une personne de l'entreprise, et non d'un conseiller extérieur.

Le plus souvent, la personne qui assiste le salarié est un représentant élu du personnel ou un délégué syndical qui peut intervenir dans le cadre de son mandat en utilisant ses heures de délégation.

L'assistant du salarié peut être tout salarié de l'entreprise, même s'il relève d'un autre établissement que celui dans lequel travaille l'intéressé visé par le projet de sanction.

Il pourra, du fait de son appartenance à l'entreprise, participer utilement à l'entretien : il donnera un avis et pourra présenter la défense du salarié concerné. Il pourra intervenir comme témoin, pour confirmer, le cas échéant, les déclarations qu'il aura entendues.

Selon l'administration, la rémunération doit être maintenue dans deux cas : si le conseiller du salarié est un représentant élu du personnel ou un délégué syndical, au titre de son crédit d'heures, si un accord collectif le prévoit (Circ. min. DRT n° 83-5, 15 mars 1983, Légis. soc. -A1- n° 102, 28 mars 1983). Or, il semble que l'assistant du salarié à une procédure disciplinaire puisse comme en matière de licenciement être rémunéré (Cass. soc., 12 févr. 1991, n° 87-45.259P).

L'employeur ne peut pas se faire assister par une personne extérieure à l'entreprise, tel un conseil ou un avocat (Cass. soc., 20 juin 1990, n° 87-41.118P). Mais il peut se faire assister par une personne appartenant au personnel de l'entreprise, si cela ne porte pas atteinte aux intérêts du salarié (Cass. soc., 5 mars 1987, n° 85-41.607P).

### b) Déroulement et compte rendu de l'entretien

Au cours de l'entretien, l'employeur indique au salarié le motif de la sanction envisagée et recueille les explications de l'intéressé (C. trav., art. L. 1332-2).

Est irrégulier l'entretien au cours duquel l'employeur n'a donné aucune explication au salarié (Cass. soc., 5 févr. 1992, n° 88-43.248P).

Les paroles prononcées par un salarié au cours de l'entretien préalable à une sanction ne peuvent, sauf abus, constituer une cause de licenciement (Cass. soc., 8 janv. 1997, n° 94-42.639P).

Tout comme en matière de licenciement, les dispositions légales ne prévoient pas la rédaction d'un procès-verbal de l'entretien. Toutefois, un tel écrit peut permettre d'éviter des contestations ou des oublis ultérieurs.

### c) Défaut d'entretien

Dans la mesure où l'entretien reste, pour le salarié, une simple faculté, son absence n'empêche pas la procédure de suivre son cours. Peu importe que l'absence soit justifiée par une suspension du contrat de travail (maladie, congés, etc.) ou injustifiée.

Il ne peut lui être reproché de ne pas s'être rendu à celui-ci (Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-41.308P).

Si l'employeur ne respecte pas les règles de forme ou si la lettre de convocation à l'entretien n'est pas parvenue au salarié en raison d'une négligence de l'employeur, les juges devront vérifier, dans chaque cas d'espèce, la régularité de la procédure suivie.

## 69 Notification de la sanction

Si l'employeur persiste dans son projet de sanctionner le salarié, la sanction doit être notifiée à l'intéressé par écrit : soit par lettre recommandée avec avis de réception, soit par lettre remise contre récépissé (C. trav., art. R. 1332-2).

La notification de la sanction est soumise à certains délais. Elle ne peut intervenir : (C. trav., art. L. 1332-2) :

— moins d'un jour franc après le jour fixé pour l'entretien préalable ;

— ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien.

L'expression « jour franc » signifie après expiration d'un délai minimum de vingt-quatre heures de minuit à minuit, soit au plus tôt le surlendemain de l'entretien.

*Exemple* : Si l'entretien a lieu le lundi, la lettre de notification de la sanction pourra être expédiée ou remise contre récépissé au plus tôt le mercredi.

En cas de licenciement d'un salarié protégé, ce délai court à compter de la réception par l'employeur de l'autorisation administrative de licenciement de l'inspecteur du travail. En cas de dépassement de ce délai, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 28 oct. 2003, n° 01-42.404P).

Il n'est pas interrompu ou suspendu du fait de la suspension du contrat de travail, pour quelque motif que ce soit (maladie, professionnelle ou non, accident du travail, congé, etc. : Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 99-41.217P; Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 02-40.085P; Cass. soc., 21 nov. 2007, n° 06-44.993). L'absence du salarié ne dispense pas l'employeur de respecter le délai de notification de la sanction (Cass. soc., 6 janv. 1999, n° 96-44.064).

**Attention**

Si l'employeur reporte la date de l'entretien préalable en raison de l'impossibilité pour le salarié en arrêt maladie de s'y présenter, le délai d'un mois imparti pour notifier la sanction disciplinaire court à compter de cette nouvelle date (Cass. soc., 3 févr. 2004, n° 01-46.318 ; Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.819P ; Cass. soc., 12 juin 2007, n° 05-43.957).

Le délai d'un mois expire à 24 heures le jour du mois suivant qui porte le même quantième que le jour fixé pour l'entretien. A défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois suivant à 24 heures.

*Exemple* : Si l'entretien a lieu un 31 octobre, la sanction ne pourra plus être notifiée après le 30 novembre, 24 heures. Si l'entretien a lieu un 6 juin, la sanction ne pourra plus être notifiée après le 6 juillet, 24 heures (C. trav., art. R. 1332-3).

Lorsque le dernier jour de ce délai est un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (C. trav., art. R. 1332-3).

**Remarques** : Le délai d'un mois peut être prorogé du temps utile à l'accomplissement des investigations rendues nécessaires par les déclarations du salarié au cours de l'entretien et conformes à son intérêt, à la condition cependant que l'employeur ait été dans l'impossibilité de procéder à ces investigations dans le délai d'un mois (Cass. soc., 13 déc. 1995, n° 92-44.058 ; Cass. soc., 17 févr. 1993, n° 89-44.745P).

En revanche, il ne peut l'être dans l'attente de justifications annoncées par le salarié lors de son entretien préalable (Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-42.041P ; Cass. soc., 14 sept. 2004, n° 03-43.796P).

L'expiration de ce délai interdit à l'employeur aussi bien de convoquer le salarié à un nouvel entretien préalable pour les mêmes faits que de sanctionner les faits ayant donné lieu à l'entretien préalable (Cass. soc., 17 janv. 1990, n° 86-45.212P ; Cass. soc., 16 mars 1995, n° 90-41.213P).

**70 Motivation de la sanction**

La sanction ainsi notifiée au salarié doit être obligatoirement motivée.

La motivation doit être suffisante pour permettre au salarié de connaître la nature des faits qui lui sont reprochés et qui sont sanctionnés (Cass. soc., 5 mars 1987, n° 85-41.607P).

C'est ainsi que ne satisfait pas à cette exigence :

- la seule référence à l'entretien préalable faite lors de la notification de la sanction ;
- l'énonciation des griefs dans une lettre postérieure à la demande du salarié (Cass. soc., 17 janv. 1995, n° 90-41.213P) ;
- le renvoi, opéré dans la lettre de notification de la sanction, à la lettre de convocation à entretien préalable (Cass. ass. plén., 27 nov. 1998, n° 96-44.358P ; Cass. ass. plén., 27 nov. 1998, n° 96-40.199P) ;
- la lettre de notification de la sanction qui se borne à mentionner des « fautes extrêmement graves » (Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 88-44.308P).

Une motivation imprécise équivaut à l'absence de motifs et rend donc le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La lettre de notification de la sanction fixe les limites du litige. C'est donc sur l'incrimination retenue par l'employeur que s'exercera ultérieurement le contrôle judiciaire, d'où l'intérêt d'une motivation précise.

L'employeur ne saurait invoquer ultérieurement un fait distinct de celui qui a motivé l'exercice de son pouvoir disciplinaire (Cass. soc., 26 janv. 1989, n° 85-46.031P).

**71 Exécution de la sanction**

Il n'existe aucun délai légal pour l'exécution de la sanction. Bien entendu, le règlement intérieur ou la convention collective peut prévoir expressément un tel délai que l'employeur sera alors tenu de respecter.

A défaut de telles dispositions, l'employeur apprécie le moment où l'exécution de la sanction convient à l'organisation du service.

Toutefois, si le délai d'exécution est trop long, sans que l'employeur ait apporté de justification de ce délai d'attente, l'employeur est réputé avoir renoncé à la sanction (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-40.917, 20 mois en l'espèce).

Enfin, le fait qu'un salarié soit en arrêt de travail pour maladie le jour où doit commencer une mise à pied disciplinaire décidée antérieurement par l'employeur ne peut permettre à ce dernier d'en différer l'exécution, sauf fraude du salarié (Cass. soc., 21 oct. 2003, n° 01-44.169P).

**SOUS-SECTION II****Procédures disciplinaires conventionnelles****72 Articulation avec la procédure légale**

Certaines conventions ou accords collectifs contiennent des garanties disciplinaires plus favorables aux salariés que les seules dispositions légales.

Cette procédure conventionnelle doit être alors reproduite dans les règlements intérieurs des entreprises concernées puisqu'en application de l'article L. 1321-2 du Code du travail, le règlement intérieur rappelle les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés définis aux articles L. 1332-1 à L. 1332-3 du Code du travail ou par la convention collective applicable.

La procédure disciplinaire conventionnelle ne peut se substituer à la procédure légale d'ordre public prévue à l'article L. 1332-1 et suivants du Code du travail.

Les dispositions conventionnelles ne peuvent que compléter les dispositions légales dans un sens plus favorable aux salariés.

### **a) Entretien préalable**

C'est ainsi que l'employeur doit, en application de l'article L. 1332-2 du Code du travail, convoquer le salarié à un entretien préalable. En effet, « ni la convocation, ni la comparution du salarié devant un conseil de discipline ne dispense l'employeur du respect de l'article L. 1332-2 du Code du travail » (Cass. soc., 20 oct. 1988, n° 85-44.501P).

Cette formalité doit, à notre avis, précéder la saisine du conseil ou de la commission de discipline.

En effet, l'entretien est destiné, comme nous l'avons précédemment vu, à permettre à l'employeur d'indiquer le motif de la sanction envisagée et recueillir les explications du salarié.

De telles explications peuvent convaincre l'employeur de renoncer à toute poursuite disciplinaire, donc de ne pas saisir le conseil de discipline.

Ainsi, l'avis du conseil de discipline n'a pas à être antérieur à l'entretien préalable, mais uniquement à la prise de décision par l'employeur de licencier (Cass. soc., 28 sept. 2005, n° 02-45.926P).

### **b) Notification de la sanction**

L'article L. 1332-2 du Code du travail prévoit que la sanction doit être notifiée au salarié concerné dans le délai d'un mois.

Cependant, le délai d'un mois après l'entretien préalable peut être dépassé lorsque l'employeur est tenu de mettre en œuvre une procédure conventionnelle (Cass. soc., 9 déc. 1997, n° 94-43.161P).

Sous la réserve, toutefois, que le salarié ait été informé de la mise en œuvre d'une telle procédure conventionnelle et que l'employeur ait saisi l'instance disciplinaire dans le délai d'un mois (Cass. soc., 13 févr. 2001, n° 98-45.912P ; Cass. soc., 23 juin 2004, n° 02-41.877P ; Cass. soc., 10 mai 2006, n° 05-43.843).

Lorsqu'il y a consultation d'une instance disciplinaire, le délai d'un mois prévu à l'article L. 1332-2 du Code du travail ne court qu'à compter de l'avis émis par cette instance (Cass. soc., 3 avr. 1997, n° 94-44.575P ; Cass. soc., 8 juill. 1997, n° 94-44.513 ; Cass. soc., 31 oct. 2000, n° 95-45.349P).

## **73 Non-respect de la procédure conventionnelle**

### **a) Sanction irrégulière**

Le non-respect de la procédure légale n'entraîne pas ipso facto la nullité de la sanction intervenue. Il en est ainsi, à plus forte raison, s'agissant de la procédure conventionnelle.

En application de l'article L. 1333-2 du Code du travail, le salarié pourra demander l'annulation par le conseil de prud'hommes de la sanction irrégulière pour non-respect de la procédure conventionnelle.

En effet, « le pouvoir conféré au juge par l'article L. 1333-2 du Code du travail pour annuler une sanction irrégulière en la forme s'exerce, non seulement en cas d'inobservation des règles de la procédure disciplinaire édictée par les articles L. 1332-1 et suivants du même code, mais encore dans l'hypothèse où auraient été méconnues des règles prévues par une procédure conventionnelle ou statutaire comportant, pour les salariés faisant l'objet de poursuites disciplinaires, des garanties supérieures ou des avantages supplémentaires à ceux prévus par la loi » (Cass. soc., 7 mai 1996, n° 92-40.931P).

En pratique, la sanction encourue, en cas de non-respect de la procédure conventionnelle, se limite le plus souvent à des dommages-intérêts, à condition que le salarié justifie d'un préjudice (Cass. soc., 4 juin 1987, n° 85-43.402).

### **b) Non respect des conditions conventionnelles de fond**

Lorsque le texte conventionnel subordonne la sanction à des mesures particulières, le juge peut annuler la sanction prise sans respect de ces dispositions. Ainsi les juges du fond ont pu ordonner la réintégration dans son emploi antérieur d'un salarié qui avait été rétrogradé sans que le conseil de discipline se soit prononcé (Cass. soc., 16 mars 1994, n° 89-45.589P).

S'agissant du **licenciement disciplinaire**, l'intervention ou la consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle (ou de dispositions du règlement intérieur), de donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur constitue pour le salarié une garantie de fond, dont le non-respect prive le licenciement de cause réelle et sérieuse et justifie l'allocation de dommages-intérêts. En conséquence le licenciement prononcé sans que le conseil de discipline ait été préalablement consulté n'a pas de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-43.411P ; Cass. soc., 11 juill. 2000, n° 97-45.781P ; Cass. soc., 8 janv. 2002, n° 99-46.070). Il en est de même si le salarié n'a pas été informé de la faculté de saisir cet organisme (Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 03-47.881 ; Cass. soc., 31 janv. 2006, n° 03-43.300) ou si la consultation n'a pas été régulière (Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-43.189P). Il en va différemment lorsque la procédure conventionnelle est facultative (Cass. soc., 12 janv. 2005, n° 02-45.532).

**A noter**

Lorsque les procédures conventionnelles protectrices des droits du salarié contre son licenciement ont été mises en œuvre par l'employeur, l'absence d'avis du conseil de discipline régulièrement saisi, qui résulte de ce que ses membres n'ont pu se départager, n'a pas pour effet de mettre en échec le pouvoir disciplinaire de l'employeur et de rendre irrégulière la procédure de licenciement (Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 04-46.051P).

**Attention**

Un salarié peut légitimement s'opposer à la communication, par l'employeur, de sa lettre de licenciement aux organisations syndicales qui la réclament en vertu de règles conventionnelles (Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.582).

**74 Recours conventionnel**

Certaines conventions collectives prévoient :

— que la décision du conseil ou de la commission de discipline peut être soumise à une autre instance, le plus souvent la commission paritaire nationale.

La saisine de la commission de discipline ne fait pas échec à la compétence d'ordre public du conseil de prud'hommes (Cass. soc., 14 mars 1973, n° 72-40.044).

Selon une jurisprudence constante, l'avis du conseil de discipline ne lie pas le juge. Il a ainsi été jugé, à l'occasion d'un licenciement pour faute grave, que la décision prise par une juridiction ordinaire (en l'espèce, le Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes) quant à un manquement à des dispositions professionnelles (du Code de déontologie des chirurgiens-dentistes) et à sa sanction disciplinaire n'a pas autorité de chose jugée devant le juge judiciaire. En conséquence, la Cour d'appel est tenue de rechercher si ce manquement présente le caractère d'une faute grave, et ce alors même qu'une clause du contrat de travail stipule que le salarié peut être licencié sans indemnité en cas de sanction prononcée par le Conseil de l'Ordre des chirurgiens-dentistes pour faute professionnelle grave (Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 04-47.683P) ;

— qu'un salarié, objet de sanction disciplinaire, puisse exercer un recours interne à l'encontre de la sanction décidée par l'employeur. Ainsi en est-il d'une convention prévoyant en outre que la décision de l'employeur de rapporter la sanction ou de lui substituer une mesure moindre, à la suite du recours interne du salarié, doit être motivée. Dès lors, le défaut de motivation de la décision par laquelle l'employeur maintient la sanction, malgré le recours exercé, prive cette dernière de justification (Cass. soc., 7 nov. 2007, n° 06-42.988P).

**SOUS-SECTION III****Refus de la sanction par le salarié****75 Sanction entraînant une modification du contrat**

Lorsque la sanction entraîne une modification du contrat de travail, l'employeur ne peut l'imposer au salarié, elle suppose l'accord préalable du salarié (Cass. soc., 15 juin 2000, n° 98-43.400P).

Si l'employeur notifie au salarié une sanction entraînant la modification de son contrat, sans requérir l'accord de l'intéressé, ce dernier pourra :

— prendre acte de la rupture de son contrat aux torts de l'employeur (Cass. soc., 14 févr. 2001, n° 98-46.259) ;

— réclamer le bénéfice de son statut antérieur (Cass. soc., 15 juin 2000, n° 98-43.400P).

Cet accord se formalise par un avenant au contrat de travail.

Le salarié pourra contester la sanction intervenue en application des règles civilistes s'il évoque un vice du consentement : l'erreur, le dol, la violence.

De plus, l'acceptation par le salarié de la modification après la sanction dont il avait fait l'objet ne peut valoir renonciation à se prévaloir de la nullité de cette sanction (Cass. soc., 18 juin 1997, n° 95-40.598). Il est donc nécessaire de mentionner dans l'avenant modifiant le contrat, les circonstances ayant justifié cette modification, à savoir l'acceptation par le salarié de la sanction, afin qu'il ne puisse plus la contester.

**Remarques** : Si la sanction consiste en une mutation du salarié et que son contrat de travail contient une clause de mobilité, la mutation s'impose au salarié en l'absence de modification de son contrat de travail (Cass. soc., 11 juill. 2001, n° 99-41.574P).

La mutation sera légitime, si l'employeur justifie d'une faute du salarié (Cass. soc., 15 janv. 2002, n° 99-45.979P). Il appartient donc au juge de vérifier si le comportement incriminé est fautif et s'il justifie le déplacement du salarié.

**Remarques** : Un salarié peut refuser une sanction disciplinaire prononcée sans que la procédure de l'article L. 1332-2 ait été respectée, même si elle ne constitue pas une modification de son contrat de travail (Cass. soc., 11 oct. 2006, n° 05-41.388).

**76 Conséquences du refus de la sanction**

Le refus de la sanction par le salarié ne constitue pas une faute, il ne peut à lui seul fonder un licenciement (Cass. soc., 22 févr. 2006, n° 03-47.457 ; Cass. soc., 27 mars 2007, n° 06-42.113).

Le refus du salarié ne prive pas l'employeur de prononcer une autre sanction qui doit être motivée (Cass. soc., 15 juin 2000, n° 98-43.400P ; Cass. soc., 7 juill. 2004, n° 02-44.476P ; Cass. soc., 7 nov. 2007, n° 06-42.988).

L'employeur, s'il envisage un licenciement, devra enclencher une procédure de licenciement ; le délai d'un mois pour notifier ce dernier court à compter de ce nouvel entretien et non du premier entretien, préalable à la rétrogradation refusée (Cass. soc., 27 mars 2007, n° 05-40.921P).

Toutefois, cette nouvelle sanction devra être proportionnelle à la faute qui est à l'origine de la première sanction. Les faits invoqués doivent constituer une cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-40.328).

Dès lors, si les faits ayant motivé la sanction disciplinaire ne sont pas établis ou du moins s'il existe un doute sérieux sur leur imputabilité au salarié, le licenciement consécutif au refus du salarié de se soumettre à la première sanction est sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 29 mai 1997, n° 94-44.119).

Lorsqu'à la suite du refus d'un salarié d'accepter une modification de son contrat de travail entraînée par une sanction disciplinaire, l'employeur engage une procédure de licenciement au lieu et place de la sanction refusée, la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige doit énoncer les motifs de la rupture. Ne respecte pas cette règle la lettre de licenciement faisant référence aux fautes visées par la lettre notifiant la sanction initiale (Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 2003, n° 00-41.428).

## SECTION VI

# Contrôle judiciaire des sanctions disciplinaires

## 77 Champ d'application des pouvoirs du juge

En cas de litige, le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction. L'employeur fournit au conseil de prud'hommes les éléments retenus pour prendre la sanction. Au vu de ces éléments et de ceux qui peuvent être fournis par le salarié à l'appui de ses allégations, le conseil de prud'hommes forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié (C. trav., art. L. 1333-1).

Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise (C. trav., art. L. 1333-2).

Ces dispositions ne sont pas applicables en cas de licenciement. Dans ce cas, le conseil de prud'hommes applique les dispositions relatives à la contestation des irrégularités de licenciement prévues par le chapitre V du titre III du livre II (C. trav., art. L. 1333-3).

Le contrôle juridictionnel est donc la contrepartie du pouvoir disciplinaire unilatéral de l'employeur.

Le contrôle juridictionnel, prévu aux articles L. 1333-1 et suivants du Code du travail s'applique à toute sanction, quel que soit son degré dans la hiérarchie des sanctions disciplinaires, à l'exclusion des licenciements disciplinaires.

Sont donc concernés aussi bien les sanctions soumises à la procédure renforcée que l'avertissement ou le blâme. « Le contrôle judiciaire peut s'exercer sur un avertissement, fût-il la sanction la plus légère prévue par le règlement intérieur » (Cass. soc., 3 mars 1988, n° 85-42.006P).

## 78 Compétence du juge des référés

Le juge des référés est incompétent pour prononcer l'annulation :

- d'une sanction injustifiée ou disproportionnée (Cass. soc., 5 mars 1987, n° 85-41.607P) ;
- d'une sanction irrégulière (Cass. soc., 23 mars 1989, n° 86-40.053P).

Cependant, il appartient au juge des référés de faire cesser, même en présence d'une difficulté sérieuse, le trouble manifestement illicite que constitue le prononcé d'une sanction disciplinaire en violation de l'article L. 1332-4 du Code du travail, c'est-à-dire la prescription des faits fautifs (Cass. soc., 23 nov. 1999, n° 97-43.787P).

## SOUS-SECTION I

# Modalités du contrôle

## 79 Contrôle de la régularité de la procédure

Le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie (C. trav., art. L. 1333-1).

Il s'agit là d'un contrôle formel qui s'exerce sur :

- le respect du délai de prescription de la faute. Toutefois, c'est au salarié de soulever le moyen devant les juges du fond. Le moyen soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation est nouveau et donc irrecevable (Cass. soc., 21 juin 2000, n° 98-41.485) ;
- le type de procédure retenu en fonction de la sanction prononcée.

Si la sanction est un avertissement ou toute autre sanction de même nature, le contrôle portera sur la notification et l'énoncé écrit des griefs retenus contre le salarié.

Pour les autres sanctions, le juge doit vérifier la convocation, le déroulement de l'entretien (l'assistance du salarié, l'indication du motif de la sanction envisagée), la notification de la sanction, son contenu, les délais dans lesquels elle est intervenue, et la motivation de la sanction ;

— le respect des dispositions conventionnelles ou statutaires éventuellement applicables (Cass. soc., 7 mai 1996, n° 92-40.931P).

## 80 Justification de la sanction

### a) Existence des faits fautifs

Le conseil de prud'hommes apprécie si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction (C. trav., art. L. 1333-1).

Ce n'est qu'après avoir retenu le caractère fautif, que le juge apprécie le degré de gravité de la faute (Cass. soc., 25 janv. 2000, n° 97-44.676).

Le contrôle s'exerce sur l'existence des faits fautifs et sur leur imputabilité au salarié concerné.

Le juge doit vérifier que les faits reprochés existent bien, qu'ils sont bien fautifs et que la faute ne constitue pas un prétexte pour infliger une sanction au salarié.

Lorsque l'employeur évoque à l'appui du caractère fautif des faits reprochés au salarié une clause du règlement intérieur (ou d'une note de service), le conseil de prud'hommes peut en écarter l'application dès lors que celle-ci :

— n'a pas à figurer au règlement intérieur ;

— ou est contraire aux lois, aux règlements, aux conventions ou accords collectifs applicables à l'entreprise (C. trav., art. L. 1322-4).

Les dispositions du règlement intérieur ne lient pas le juge (Cass. soc., 2 mai 2000, n° 97-44.091P).

### b) Contrôle de la sanction

Le contrôle judiciaire s'exerce également sur la sanction elle-même.

Après avoir vérifié que la mesure contestée est bien une sanction disciplinaire au sens de l'article L. 1331-1 du Code du travail, le juge vérifie qu'elle n'est pas illicite.

Autrement dit, il doit s'assurer qu'il ne s'agit pas d'une sanction :

— pécuniaire ;

— discriminatoire ;

— fondée sur des faits déjà sanctionnés. Le juge peut, à la fois, annuler un avertissement en considérant qu'il n'était pas justifié, et retenir que le licenciement ultérieur était sans cause réelle et sérieuse car il constituait la réitération d'une sanction pour les mêmes faits (Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-43.509P).

## 81 Contrôle de la proportionnalité de la sanction

Les juges ont également le pouvoir de contrôler que la sanction prononcée n'est pas disproportionnée à la faute commise (C. trav., art. L. 1333-2).

Ils doivent vérifier le caractère proportionné de la sanction au vu d'éléments objectifs propres à chaque espèce, tels que :

— l'ancienneté du salarié, l'existence ou non de reproches antérieurs ;

— la fréquence des faits fautifs dans l'atelier, le service ou l'entreprise ;

— les conséquences de l'agissement incriminé ;

— les conditions particulières de travail ;

— les relations dans l'entreprise.

## 82 Charge de la preuve

L'employeur fournit au conseil de prud'hommes les éléments retenus pour prendre la sanction (C. trav., art. L. 1333-1).

L'employeur ne peut produire des enregistrements d'images ou de paroles effectués à l'insu des salariés, ces pratiques constituant des modes de preuve illicites.

Le conseil forme ensuite sa conviction au vu de ces éléments et de ceux qui sont fournis par le salarié à l'appui de ses allégations après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles (C. trav., art. L. 1333-1).

Tout comme en matière de licenciement, la procédure est contradictoire, le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties. Toutefois, si un doute subsiste, il profite au salarié (C. trav., art. L. 1333-1). Il s'agit là d'une garantie supplémentaire en faveur du salarié très proche de celle prévue à l'article L. 1235-1 du Code du travail visant le licenciement.

SOUS-SECTION II**Pouvoirs du juge****§ 1. Annulation de la sanction****83 Une faculté pour le juge, non une obligation**

Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise (C. trav., art. L. 1333-2).

L'annulation est pour le juge une simple faculté dont le choix lui incombe (Cass. soc., 13 oct. 1988, n° 85-42.854P). A défaut d'annulation, il condamne l'employeur à réparer le préjudice causé au salarié (Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-42.216P). Les juges du fond disposent donc d'un pouvoir d'appréciation souverain sur l'opportunité d'annuler ou non la sanction.

Toutefois, le juge est tenu d'annuler celles qui sont déclarées nulles :

- par la loi. Il s'agit des sanctions pécuniaires, discriminatoires, des sanctions prises à l'encontre de personnes harcelées ou ayant refusé d'être harcelées, ou des personnes ayant témoigné ou relaté des agissements de harcèlement ;
- ou par la jurisprudence. Il s'agit des sanctions prononcées sans respect des délais de prescription ou de celles prises à l'égard de fautes déjà sanctionnées.

**Remarques** : Les licenciements disciplinaires étant exclus du champ d'application du contrôle juridictionnel, prévu aux articles L. 1333-1 et suivants du Code du travail, le juge ne peut, sauf exception, annuler un licenciement irrégulier, injustifié ou disproportionné à la faute commise (C. trav., art. L. 1333-3). Il a ainsi été jugé que l'inobservation du délai minimum d'un jour franc entre la date de l'entretien et le prononcé de la sanction constitue une irrégularité de procédure ouvrant droit à réparation du préjudice en résultant pour le salarié. Elle n'emporte pas la faculté d'annulation de la sanction par les juges du fond, prévue par l'article L. 1333-2 du Code du travail (Cass. soc., 12 nov. 2003, n° 01-42.130P).

**84 Sanction irrégulière**

Le juge du fond a la possibilité d'annuler une sanction irrégulière.

Il peut en décider ainsi dans l'hypothèse d'irrégularités graves, telles que l'absence d'entretien préalable, l'absence de notification de la sanction ou l'imprécision, voire l'absence, de motivation de la sanction.

Ainsi, a été annulée, pour irrégularité en la forme :

- une mise à pied disciplinaire non précédée d'un entretien préalable, au motif que cette irrégularité avait privé le salarié des garanties reconnues par la loi (Cass. soc., 14 nov. 1995, n° 92-40.972P) ;
- une mise à pied, dont la lettre de notification n'était pas motivée (Cass. soc., 25 mai 2004, n° 02-41.900P).

Les juges peuvent refuser d'annuler une sanction irrégulière en la forme s'il n'est pas établi que le respect de la procédure aurait pu éviter la sanction (Cass. soc., 17 déc. 1987, n° 85-43.482).

En tout état de cause, le non-respect des règles de forme constitue nécessairement un préjudice (Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-42.216P).

**85 Sanction injustifiée**

S'il apparaît que les faits ne sont pas établis, la sanction est dès lors injustifiée et doit, par conséquent, être annulée.

Il en a été jugé ainsi :

- d'une mise à pied notifiée à un receveur offset sur une machine à feuilles qui avait refusé, à défaut de travail sur sa machine habituelle, de s'initier au fonctionnement d'une rotative, le protocole d'accord applicable ne prévoyant l'affectation du personnel à l'atelier des rotatives que pour les volontaires, ce qui n'était pas son cas (Cass. soc., 30 nov. 1977, n° 76-40.844P) ;
- d'une mise à pied motivée par le refus d'exécuter les instructions de l'employeur dès lors que le salarié n'avait pas eu matériellement le temps de les exécuter (Cass. soc., 26 juin 1986, n° 84-44.349) ;
- de licenciements disciplinaires décidés à seule fin d'échapper à l'exécution du jugement déclarant nul un plan de sauvegarde de l'emploi et ordonnant la réintégration de salariés licenciés pour motif économique dans l'entreprise. Ces licenciements procèdent donc d'une intention frauduleuse de l'employeur (Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 05-41.651 ; Cass. soc., 12 févr. 2008, n° 07-40.413) ;
- d'un licenciement disciplinaire prononcé pendant la période de suspension du contrat de travail pour accident du travail et après l'expiration du délai d'un mois imparti pour notifier la sanction disciplinaire (Cass. soc., 21 nov. 2007, n° 06-44.993P).

Le conseil de prud'hommes qui annule une sanction disciplinaire doit indiquer en quoi elle est disproportionnée à la faute commise ou injustifiée (Cass. soc., 23 avr. 1986, n° 83-45.637P).

**86 Sanction disproportionnée**

Le conseil de prud'hommes a également la faculté d'annuler une sanction disproportionnée à la faute commise (Cass. soc., 14 nov. 2000, n° 98-45.309P).

L'appréciation du caractère disproportionné ou non de la sanction est fonction des circonstances propres à chaque espèce, de l'ancienneté et de la qualification du salarié, de sanctions antérieures.

Ont été jugées disproportionnées :

- une mise à pied d'un jour motivée par des propos assez rudes tenus par un salarié à son contremaître dans un atelier de construction où l'habitude était d'échanger des propos de cet ordre (Cass. soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.838P) ;
- une mutation sans prise en charge des frais de déménagement ni versement de l'indemnité de double résidence, eu égard à la qualité du travail de l'intéressé (Cass. soc., 6 mai 1997, n° 94-45.214).

En revanche, a été jugée proportionnée la mise à pied d'un salarié pour avoir refusé de présenter son sac au contrôle mis en place par l'employeur suite à des alertes à la bombe, ce contrôle étant temporaire et justifié par des circonstances exceptionnelles (Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 98-45.818P).

Si les juges du fond considèrent la sanction disproportionnée, ils ne peuvent pour autant réduire la sanction ou lui substituer une sanction moindre.

Dès lors que les juges du fond ont constaté la réalité des faits reprochés aux salariés, ils ne peuvent substituer leur appréciation à celle de l'employeur et minorer la sanction prononcée. La jurisprudence les autorise cependant à ramener la sanction dans les limites fixées par le règlement intérieur.

## 87 Effet de l'annulation : anéantissement de tous les effets de la sanction

L'annulation de la sanction fait disparaître rétroactivement la sanction.

En pratique, ce principe ne pose aucune difficulté lorsque la sanction est un avertissement ou une mise à pied. L'employeur est simplement tenu de retirer la sanction du dossier et de verser les salaires correspondant à la mise à pied annulée.

### **Attention**

Lorsqu'une convention collective subordonne le licenciement, sauf en cas de faute grave, à l'existence préalable d'au moins deux sanctions disciplinaires à l'encontre du même salarié, l'annulation judiciaire des avertissements rend sans cause réelle et sérieuse le licenciement (Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41.993P).

L'annulation, par le juge, d'une mesure disciplinaire de rétrogradation entraîne l'obligation pour l'employeur de réintégrer le salarié dans ses anciennes fonctions ou dans un autre emploi disponible de la même qualification (Cass. soc., 18 janv. 1995, n° 90-42.087P).

En aucun cas une sanction annulée ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction.

## 88 Après une annulation : une nouvelle sanction ?

L'employeur dont la sanction a été annulée peut-il prononcer une nouvelle sanction ?

Au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation, la réponse à cette question varie en fonction des motifs d'annulation.

### **a) Annulation d'une sanction disproportionnée**

Si la sanction est annulée car disproportionnée à la faute commise, l'employeur peut notifier à l'intéressé une sanction moindre pour la même faute (Cass. soc., 4 févr. 1993, n° 88-42.599P).

L'annulation de la sanction pour disproportion à la faute commise laisse subsister la procédure antérieure. En prononçant une seconde sanction, l'employeur a donc bien respecté le délai de deux mois qui lui est imparti pour engager des poursuites disciplinaires.

Toutefois, cette nouvelle sanction doit être notifiée dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision annulant la précédente sanction, afin de respecter le délai maximum d'un mois entre l'entretien préalable et la sanction prévue à l'article L. 1332-2 du Code du travail.

En pratique, l'annulation d'une sanction disproportionnée replace les parties dans la situation où elles se trouvaient à l'issue de l'entretien préalable à la sanction annulée.

En conséquence, l'employeur :

- n'a pas, à nouveau, à convoquer le salarié à un entretien préalable, ni à réaliser cet entretien ;
- doit notifier la nouvelle sanction dans le délai d'un mois suivant la décision d'annulation.

### **b) Annulation d'une sanction irrégulière**

Si la sanction est annulée car irrégulière, la situation est plus nuancée.

Selon l'administration, l'employeur peut prendre une autre sanction pour la même faute en respectant les règles de procédure (Circ. min. DRT n° 83-5, 15 mars 1983, Légis. soc. -A1- n° 102, 28 mars 1983), sous réserve donc des délais de prescription.

C'est pourquoi, en pratique, l'annulation d'une sanction pour cause d'absence d'entretien préalable interdit à l'employeur de prononcer une nouvelle sanction, dans la mesure où le délai de deux mois dont il dispose pour engager des poursuites disciplinaires à compter du jour où il a eu connaissance des faits, est expiré (Cass. soc., 18 janv. 1995, n° 90-42.087P).

Dans cette espèce, l'employeur avait appliqué une sanction disciplinaire de rétrogradation sans avoir convoqué le salarié à un entretien préalable. Cette sanction ayant été annulée par les juges du fond, il avait engagé une nouvelle procédure disciplinaire et, après un entretien préalable, avait notifié au salarié la même sanction que celle annulée précédemment pour irrégularité de forme.



La Cour de cassation casse la décision des juges du fond au motif que la nouvelle sanction se heurtait à la prescription de l'article L. 1332-4 du Code du travail.

### **c) Annulation d'une sanction injustifiée**

Si la sanction est annulée car injustifiée, l'employeur ne peut prononcer une nouvelle sanction pour les mêmes faits, ceux-ci étant inexistantes ou ne pouvant constituer une faute (Circ. min. DRT n° 83-5, 15 mars 1983, Légis. soc. -A1- n° 102, 28 mars 1983).

## § 2. Impossibilité de modifier la sanction

### **89 Employeur seul détenteur du choix de la sanction**

Le juge a la possibilité d'annuler une sanction irrégulière en la forme, injustifiée ou disproportionnée à la faute commise, mais il ne peut en aucun cas la modifier (C. trav., art. L. 1333-2).

Ainsi, ont été cassées les décisions des juges du fond :

- réduisant une mise à pied de deux jours à quatre heures (Cass. soc., 18 juin 1986, n° 83-42.210P) ;
- réduisant de moitié une mise à pied de trois jours (Cass. soc., 23 avr. 1986, n° 84-40.453P) ;
- substituant une rétrogradation dans la classe « agents de maîtrise » à une rétrogradation dans la classe « employés » (Cass. soc., 16 juill. 1987, n° 82-42.249P).

Toutefois, les juges ont la possibilité de réduire une sanction au maximum prévu par le règlement intérieur ou la convention collective.

Dans une affaire, il a été jugé que les juges du fond n'avaient pas excédé leurs pouvoirs en se bornant à réduire la mise à pied de cinq jours, prononcée par l'employeur, à trois jours, ce qui correspondait à la durée maximale prévue par le règlement intérieur (Cass. soc., 23 avr. 1986, n° 84-40.453P).

Dans cette hypothèse, la réduction par le juge n'est pas motivée par le caractère disproportionné de la sanction mais par la prééminence des dispositions du règlement intérieur sur le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

## § 3. Condamnation à des dommages-intérêts

### **90 En cas d'annulation de la sanction**

Le juge peut accorder des dommages-intérêts au salarié dont la sanction disciplinaire est annulée.

Cette condamnation n'est cependant pas automatique. Le salarié doit établir l'existence d'un préjudice distinct qui n'est pas entièrement réparé par l'annulation (Cass. soc., 5 nov. 1987, n° 84-43.121).

Le montant des dommages-intérêts est apprécié souverainement par les juges en fonction du préjudice subi par le salarié (Cass. soc., 8 juill. 1985, n° 85-41.507P).

Allant plus loin, la Cour de cassation a approuvé la condamnation d'un employeur à des dommages-intérêts pour avoir engagé des poursuites disciplinaires alors même que la salariée concernée n'avait pas été sanctionnée (Cass. soc., 27 janv. 1993, n° 91-45.777P).

## SOUS-SECTION III

## Recours contentieux

### **91 Appel**

Les décisions du conseil de prud'hommes peuvent faire l'objet d'un recours :

- soit devant la cour d'appel puis devant la Cour de cassation si le jugement n'a pas été rendu en dernier ressort. Il en est ainsi, par exemple, lorsque la demande présente un caractère indéterminé.

Le jugement qui statue sur une demande tendant à obtenir l'annulation d'une mise à pied présentant un tel caractère est donc susceptible d'appel (Cass. soc., 27 mai 1997, n° 95-42.660) ;

— soit directement devant la Cour de cassation lorsque le jugement est prononcé par le conseil de prud'hommes en dernier ressort.

## **ANNEXES**

### **92 L'évaluation des salariés**

Pascale MENIN-GILLOT

Juriste en droit social

Entretien annuel d'évaluation, bilan de compétences, système de notation, évaluation à 360°, « forced ranking » : les techniques utilisées pour évaluer les salariés sont nombreuses et ce qui n'était autrefois qu'une pratique grossière de gestion du personnel est devenue une méthode de gestion des emplois et des compétences sophistiquée.

Légitimée progressivement tant par le législateur que par le juge (I), il n'en demeure pas moins que l'évaluation des salariés obéit à certaines contraintes (III) afin d'éviter les dérives (IV).

#### **a) Légitimité de l'évaluation**

##### **1. Un droit pour l'employeur reconnu par le législateur et le juge...**

Depuis une dizaine d'années, le législateur et la jurisprudence ont progressivement consacré le droit pour l'employeur d'évaluer les salariés.

Les articles L. 121-6, L. 121-7 et L. 121-8 du Code du travail issus de la loi du 31 décembre 1992, exigent ainsi le respect de certaines conditions pour que la procédure soit légale : lien nécessaire entre les informations demandées au salarié et l'évaluation des compétences ; obligation de loyauté des parties ; information préalable du salarié sur les méthodes et techniques d'évaluation ; pertinence de ces dernières quant à la finalité poursuivie. Plus récemment, la Cour de cassation a affirmé que « l'employeur tient de son pouvoir de direction, né du contrat de travail, le droit d'évaluer le travail de ses salariés » (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-42.368). Le salarié ne peut donc se soustraire à son évaluation par l'employeur sous peine de sanction.

Le principe de la légalité de l'évaluation une fois posé, on peut s'interroger sur les techniques utilisées dans les entreprises et sur leur efficacité. La loi du 31 décembre 1992 « n'institue pas un principe de validité scientifique des méthodes employées, principe qui serait inadapté dans un certain nombre de cas ». Un degré raisonnable de fiabilité est cependant exigé (Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993). Les magistrats de Grenoble ont ainsi estimé que le système de « ranking », n'est pas une sanction mais a pour but de « permettre au salarié de s'adapter à l'évolution de leur emploi en permettant une formation permanente » (CA Grenoble, 12 nov. 2002, n° 02/02794 ; voir Ph. Waquet « Questions sur le ranking », *SSL* n° 1100, 2 déc. 2002).

##### **2. ... mais aussi un devoir**

Afin de la légitimer encore davantage, le juge et le législateur étaient conscients que l'évaluation des salariés par l'employeur se devait d'avoir des contreparties. Il s'agissait de ne pas laisser s'exercer un droit arbitraire et unilatéral et de voir apparaître des pratiques discriminatoires dans les décisions de gestion des carrières et des salaires au sein d'une même entreprise. Le pendant de l'évaluation des salariés est donc devenu l'obligation pour l'employeur d'« assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leur emploi » (Cass. soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634 ; C. trav., art. L. 932-2).

Mais pour apprécier la nécessité d'une telle adaptation, encore faut-il pouvoir évaluer les salariés...

##### **3. Droit du salarié à l'évaluation**

L'employeur n'est pas le seul détenteur du droit à l'évaluation. Le bilan de compétences effectué dans le cadre de la formation professionnelle continue ou encore la validation des acquis de l'expérience permettent au salarié de réclamer son évaluation (C. trav., art. L. 900-2 ; C. trav., art. L. 934-1).

#### **b) Les techniques d'évaluation**

Il existe différentes techniques d'évaluation, notamment :

- l'entretien annuel d'évaluation : c'est la plus ancienne méthode, consistant dans le meilleur des cas en un débat contradictoire entre le salarié et son supérieur hiérarchique, au cours duquel ce dernier relève les atouts et les points faibles du salarié, fixe les objectifs pour l'année à venir ;
- le bilan de compétences : effectué à la demande de l'employeur ou du salarié, il est souvent l'occasion de faire le point sur le parcours professionnel et peut conduire à des actions de formation ou à une reconversion ;
- l'évaluation à 360° : un questionnaire est distribué aux subordonnés ou supérieurs hiérarchiques de l'intéressé afin qu'ils évaluent ses performances ;
- le « ranking » : les salariés sont évalués puis classés au sein de groupes allant du moins au plus performant. Des opérations correctives telles qu'un plan d'amélioration suivi le cas échéant d'un plan d'action correctif et d'une période probatoire, sont alors menées.

#### **c) Contraintes de l'évaluation**

##### **1. Devoir d'information de l'employeur**

###### **1° Information préalable du salarié**

Il est fondamental que le salarié qui doit faire l'objet d'une évaluation ne soit pas pris en défaut et qu'il soit informé de ce qui l'attend, ne serait-ce que pour préserver sa dignité. Le législateur impose donc à l'employeur d'informer le salarié des méthodes et techniques d'évaluation professionnelle mises en œuvre à son égard (C. trav., art. L. 121-7). Les informations sur le salarié ne peuvent en outre être collectées que par un dispositif préalablement porté à la connaissance du salarié (C. trav., art. L. 121-8).

En revanche, la loi est muette sur les conditions dans lesquelles cette information préalable doit être mise en œuvre et il paraît souhaitable de remettre au salarié un écrit qui pourra se révéler utile en cas de litige (Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993).

## **2° Information préalable du comité d'entreprise**

La loi du 31 décembre 1992 impose également à l'employeur d'informer les représentants du personnel sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité du salarié préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise (C. trav., art. L. 432-2-1). Ces dispositions s'appliquent parfaitement aux techniques d'évaluation des salariés, même si elles ne sont pas expressément citées par le Code du travail.

## **3° Assistance du salarié**

La chambre criminelle de la Cour de cassation a récemment eu à trancher la question de savoir si le délégué du personnel pouvait assister le salarié dans le cadre de l'évaluation ; en l'espèce, le salarié ne demandait pas cette assistance au cours même de l'évaluation mais après, pour contester les résultats obtenus. La Cour de cassation a considéré que cette assistance n'étant prévue que dans le cadre des articles L. 122-14 et L. 122-41 du Code du travail, relatifs à l'entretien préalable au licenciement et à la procédure disciplinaire, elle n'avait donc pas lieu d'être (Cass. crim., 11 févr. 2003, n° 01-88.014). Certains pourront regretter une telle décision et s'interroger sur l'intérêt que pourrait présenter l'assistance du salarié par un représentant du personnel lors de l'évaluation elle-même comme gage de la légalité de la méthode. L'avenir nous dira peut-être si la chambre sociale se prononce en faveur d'une telle assistance.

## **4° Déclaration préalable à la CNIL**

L'employeur qui met en œuvre des traitements automatisés doit faire une déclaration auprès de la CNIL. Par cette déclaration, l'employeur s'engage à ce que le traitement satisfasse aux exigences de la loi sur l'informatique, les fichiers et les libertés. A défaut, l'employeur s'expose à des sanctions pénales fixées à trois années d'emprisonnement et 45 000 € d'amende (C. pén., art. 226-16).

## **2. Conditions tenant à la forme même de l'évaluation**

### **1° Pertinence de la méthode, lien direct avec l'évaluation des aptitudes professionnelles**

La méthode utilisée et les informations recueillies auprès du salarié doivent avoir un lien direct avec l'évaluation de ses aptitudes professionnelles (C. trav., art. L. 121-6 ; C. trav., art. L. 121-7). Ces exigences se rejoignent et conditionnent la réussite de l'évaluation à moins que l'employeur ne poursuive des objectifs autres que d'évaluer les compétences et les aptitudes du salarié. Cela fait en effet partie des dérives possibles de l'évaluation. Si certaines méthodes de sélection des candidats à un emploi ayant trait notamment à la personnalité même de l'intéressé existent, on est en droit de considérer, quand il s'agit de l'évaluation d'un salarié en poste, que l'employeur n'avait qu'à se renseigner avant l'embauche. Qu'est-ce qui justifierait qu'un individu déjà recruté, ayant achevé avec succès sa période d'essai, se plie aux exigences d'un employeur lorsqu'elles n'ont rien à voir avec la finalité poursuivie par l'évaluation et dont il faut rappeler que le Code du travail énonce clairement qu'elles doivent avoir un lien direct avec des aptitudes professionnelles (C. trav., art. L. 121-6). Si les informations demandées ne répondent pas aux exigences posées par les articles L. 121-6 et L. 121-7 du Code du travail, il semble qu'aucune conséquence ne peut être tirée de l'absence de réponse ou du caractère inexact ou erroné de la réponse émanant du salarié. Ainsi, graphologie, tests de personnalité, numérologie ou morphopsychologie doivent être laissés aux portes de l'entreprise. Le cas échéant, c'est au juge de se prononcer.

### **2° Loyauté des parties**

L'efficacité de l'évaluation repose sur le principe de loyauté et sur la bonne foi des parties. L'employeur ne peut organiser l'évaluation du salarié de manière arbitraire. La jurisprudence affirme depuis quelques années maintenant que la relation de travail implique le respect par les parties du principe de loyauté et de bonne foi (voir notamment : Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 98-46.345). C'est ce que rappelle l'article L. 121-6 du Code du travail. Le respect de ce principe comme la nécessaire pertinence des méthodes et des techniques utilisées impliquent des critères objectifs et strictement professionnel. De même il convient de ne pas utiliser des méthodes douteuses et peu pertinentes.

### **3° Confidentialité**

Les résultats de l'évaluation des salariés ne doivent en rien faire l'objet de « tableaux d'honneur » tels que ceux décernés à tel ou tel élève dans la cour d'une école. Bien au contraire, ils doivent rester confidentiels (C. trav., art. L. 121-7). Mais cette confidentialité ne s'exerce qu'à l'égard des tiers (Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993) et pas à l'égard des cadres de l'entreprise.

Quant à l'intéressé, les résultats de l'évaluation doivent lui être communiqués s'il en fait la demande. En revanche, rien n'est prévu s'il n'effectue pas cette démarche, ce qui semble regrettable puisque l'évaluation peut avoir des conséquences importantes pour le déroulement de sa carrière au sein de l'entreprise.

## **d) Les dangers de l'évaluation**

Bien que le législateur et le juge aient dressé des garde-fous pour éviter que l'évaluation des salariés puisse s'opérer de façon anarchique et sans protection du salarié, des dérives sont toujours possibles lorsqu'il s'agit d'apprécier la valeur professionnelle d'un individu au sein d'une collectivité quelle qu'elle soit. Les prochaines années verront sans doute se développer la jurisprudence relative à l'évaluation des salariés. Pour l'heure, un arsenal juridique existe afin de poser des limites à de possibles dérives.

### **1. Discrimination**

Il s'agit d'évaluer les aptitudes professionnelles de manière objective et non pas d'utiliser les méthodes et techniques à la disposition de l'employeur pour chercher à justifier des discriminations qui sont par essence illicites car fondées sur le sexe, la religion, les opinions politiques, l'apparence physique, etc. (C. trav., art. L. 122-45 et s.).

### **2. Harcèlement moral**

L'évaluation ne doit pas être un outil légitimant le harcèlement du salarié, harcèlement aujourd'hui réprimé par l'article L. 122-49 du Code du travail. Il ne s'agit pas de mettre le salarié dans des conditions d'évaluation telles qu'il lui serait impossible d'être évalué sereinement.

### 3. Sanction

La frontière peut être mince entre la préoccupation managériale et le pouvoir disciplinaire de l'employeur qui lui, est soumis aux dispositions du Code du travail et nécessite le respect de la procédure adéquate (C. trav., art. L. 122-40 et s.). Dans l'affaire Hewlett-Packard, l'évaluation des salariés se fait au moyen du « ranking » (voir CA Grenoble, 12 nov. 2002, n° 02/02794). Ce système importé des Etats-Unis, permet à l'employeur de fixer les augmentations de salaire en fonction de la performance relative des salariés. La performance est évaluée par rapport à celles réalisées par des salariés exerçant des fonctions comparables.

Les salariés sont ensuite classés au sein de groupes allant du moins au plus performant. Des opérations correctives telles qu'un plan d'amélioration suivi le cas échéant d'un plan d'action correctif et d'une période probatoire, sont alors menées. Si certains s'inquiètent du procédé (voir notamment *les entretiens avec P. Lagesse et R. Brihi « Pour ou contre le « ranking », SSL n° 1100, 2 déc. 2002*), les magistrats de Grenoble ont vu dans le « ranking » un système transparent et licite d'individualisation des salaires permettant aux salariés de s'adapter à l'évolution de leur emploi et certainement pas une sanction pécuniaire ou disciplinaire infligée par l'employeur ou encore un moyen de préparer des licenciements. La solution aurait pu être différente si une augmentation générale des salaires avait été accordée à l'ensemble du personnel à l'exclusion de ceux « coupables » de défaillances professionnelles car il y aurait alors eu sanction pécuniaire caractérisée (Cass. soc., 19 juill. 1995, n° 91-45.401).

Un autre arrêt illustre les risques de « l'évaluation-sanction » : au cours de l'entretien d'évaluation, un employeur informe le salarié qu'il est rétrogradé ; l'intéressé fait alors une dépression nerveuse ; la chambre sociale estime qu'il s'agit d'un accident du travail car survenu par le fait ou à l'occasion du travail (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 2003, n° 02-30.576).

### 4. Licenciement

L'évaluation peut aussi être une occasion pour l'employeur de justifier un licenciement pour motif personnel. Mais le garde fou établi par l'article L. 932-2 relatif à l'obligation d'adaptation de l'employeur trouve ici matière à s'appliquer ; le manquement au devoir d'adaptation est ainsi caractérisé lorsque l'employeur licencie une salariée alors qu'il l'a maintenue à un poste qu'elle était incapable de tenir ; le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 29 mai 2002, n° 00-40.996).

On peut également avancer que l'évaluation peut être un moyen pour l'employeur de frauder la réglementation relative au licenciement économique sous couvert de licenciements pour cause personnelle ; c'est notamment ce qu'évoquaient les organisations syndicales dans l'affaire Hewlett-Packard. En l'espèce, la Cour suprême avait réfuté cet argument.

### 5. Négociation annuelle obligatoire

L'article L. 132-27 du Code du travail impose une négociation annuelle portant sur les salaires effectifs. L'évaluation des salariés et l'augmentation de rémunération qui peut en découler ne peut être un moyen pour l'employeur d'échapper à cette obligation, et ce, même si « la négociation sur les salaires effectifs ne concerne pas les décisions individuelles en matière de rémunération » (Circ. DRT n° 8, 5 mai 1983).

L'évaluation des salariés révèle les paradoxes du monde du travail mais aussi du droit du travail. L'égalité des salariés et des hommes en général est mise en avant et on ne peut que s'en féliciter et l'employeur n'est plus le seul juge de la valeur professionnelle de ses salariés.

Parallèlement, on assiste à la montée en puissance d'aspirations individuelles et entrepreneuriales demandant à ce que soient récompensés les meilleurs. La plus grande vigilance est donc de mise.

## 93 La performance des salariés

Jean-Pierre WILLEMS

Cabinet Willems Consultants

Définir la performance attendue d'un salarié constitue un pouvoir propre de l'employeur et parfois même une obligation (I). Il en va de même de l'appréciation de la performance réalisée. Toutefois, l'entreprise ne pourra procéder à cette évaluation qu'en tenant compte du fonctionnement de l'organisation elle-même mais aussi de la conjoncture à laquelle est confronté le salarié (II). L'employeur devra également vérifier s'il s'est acquitté de ses obligations en matière de préservation de l'employabilité du salarié (III). Il devra enfin utiliser des moyens ou systèmes d'évaluation qui respectent les principes d'objectivité et de transparence posés par la législation (IV).

#### a) Déterminer la performance

La détermination d'une performance attendue fait partie des prérogatives inhérentes à la qualité d'employeur, sous réserve bien évidemment de respecter le cadre fixé par le contrat de travail.

#### 1. Fixation par l'employeur de la performance

Le travail salarié étant un travail subordonné et donc prescrit, le salarié peut être assujéti par l'employeur à des obligations de résultat tant en matière de modalités d'exécution des activités que d'objectifs à atteindre.

Il s'agit là d'un pouvoir unilatéral par nature, par essence même, et partant ce pouvoir échappe à la contractualisation. C'est pourquoi les tribunaux estiment que la mention dans le contrat de travail d'un objectif est indifférente quant à l'appréciation de l'insuffisance professionnelle. En effet, la capacité à fixer des objectifs résulte du pouvoir de direction et constitue un pouvoir propre de l'employeur (Cass. soc., 6 mai 2002, n° 00-41.992).

L'entreprise, qui a l'obligation de fournir du travail au salarié, pourrait ainsi se voir reprocher l'absence de prescription quant au travail attendu. Il a été jugé qu'une baisse purement conjoncturelle de performance en l'absence d'objectifs précis fixés par l'entreprise ne permet pas de reprocher au salarié un défaut d'exécution de son contrat de travail (Cass. soc., 10 mai 2001, n° 99-43.139).

Pour exercer son contrôle, le juge se base sur les éléments fournis par les parties et n'a pas à tenir compte particulièrement d'une clause figurant dans le contrat de travail (Cass. soc., 30 mai 2001, n° 99-42.032).

## 2. Encadrement de la prescription

La performance attendue du salarié est soumise à une double limite. La première est inhérente au contrat de travail. Il n'est pas possible d'exiger du salarié un travail, ou des résultats, qui n'entrent pas dans le champ de la qualification professionnelle qui lui a été reconnue. Il n'est donc pas possible de considérer comme incompetent un salarié à qui l'on confie des tâches qui ne relèvent ni de sa qualification ni de l'activité pour laquelle il a été embauché (Cass. soc., 2 févr. 1999, n° 96-44.340P). La gestion de la performance des salariés est donc étroitement corrélée à la qualité du système de qualification utilisé par l'entreprise. Relevons que le système de qualification, c'est-à-dire la manière dont l'entreprise construit les emplois par agrégations d'activités et/ou de capacités requises, constitue un champ de liberté pour l'employeur. Il ne doit pas être confondu avec le système de classification, qui correspond à un positionnement des emplois et qualifications ainsi créés dans une hiérarchie collective, qui est négocié et s'impose à l'entreprise.

La seconde limite au pouvoir de prescrire la performance tient au réalisme des objectifs assignés au salarié. S'il est admis que l'insuffisance de résultats puisse être reprochée au salarié et constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 18 juin 2002, n° 00-43.774), le juge exerce toutefois un contrôle sur les résultats attendus. Si le motif du licenciement est la non-atteinte d'un objectif, la démonstration que l'objectif est irréaliste prive d'effet le licenciement (Cass. soc., 29 janv. 2002, n° 99-44.323).

### b) *Entreprise, conjoncture et performance*

Nous ne sommes jamais compétents tout seul : quel que soit l'objectif poursuivi pour l'appréciation de la performance du salarié (attribution d'un bonus, évolution professionnelle, licenciement pour insuffisance professionnelle, analyse des besoins de formation, etc.), elle ne peut se réaliser *in abstracto*, mais doit nécessairement s'apprécier *in concreto*, la performance dépendant à l'évidence des moyens fournis par l'organisation à laquelle appartient le salarié ainsi que du contexte extérieur et notamment de la conjoncture économique du secteur dans lequel intervient l'entreprise.

En d'autres termes, si la performance du salarié apparaît comme insuffisante, ce constat ne permet pas de légitimer, à lui seul, une rupture du contrat de travail (Cass. soc., 12 févr. 2002, n° 99-42.878P). Il est nécessaire d'établir que l'insuffisance est imputable au salarié (Cass. soc., 18 déc. 2002, n° 00-44.077).

Le double contrôle exercé par les juges sur la conjoncture et sur les moyens fournis par l'entreprise revient parfois à établir une responsabilité du salarié par défaut : il a été jugé que le salarié qui ne démontre pas que l'insuffisance est due à l'entreprise ou à la conjoncture économique peut valablement être licencié en l'absence totale de résultat (Cass. soc., 26 sept. 2002, n° 00-45.636).

Les juges utiliseront parfois la méthode comparative : lorsque les résultats du salarié sont à la fois inférieurs à ceux obtenus précédemment et à ceux de collègues exerçant des fonctions identiques, l'insuffisance est reconnue comme lui étant personnellement imputable (Cass. soc., 1<sup>er</sup> oct. 2002, n° 00-44.081). De même, lorsque l'entreprise démontre qu'elle a facilité l'obtention du résultat, l'insuffisance est nécessairement imputable au salarié (Cass. soc., 16 janv. 2002, n° 99-45.728).

### c) *Performance et compétence*

Le droit du travail ne saisit pas directement la compétence du salarié. Il considère que la compétence est la capacité à atteindre un résultat donné dans un contexte donné. De manière très pédagogique, et d'autant plus remarquable que la doctrine juridique ne s'est pas véritablement intéressée à cette question, le législateur et les juges procèdent à une distinction entre les ressources du salarié, aussi appelées capacités, et sa compétence. Cette distinction permet d'opérer un partage de responsabilité : à l'employeur de fournir les moyens du maintien des capacités productives, au salarié de se saisir de ces moyens.

C'est en effet à l'employeur qu'il appartient de veiller au maintien des capacités du salarié. Cette obligation a été introduite dans le droit positif par la jurisprudence Expovit selon laquelle : « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a l'obligation d'adapter les salariés à l'évolution de leurs emplois » (Cass. soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634P). La loi Aubry II n° 2000-37 du 19 janvier 2000 a codifié cette obligation à l'article L. 932-2 du Code du travail. Dans une décision rendue au visa de cet article, la Cour de cassation a ainsi pu considérer qu'une entreprise ne peut reprocher à un salarié une insuffisance qui résulte de l'affectation à un poste que le salarié n'est pas en mesure de tenir (Cass. soc., 29 mai 2002, n° 00-40.996).

De même, il n'est pas possible de licencier une salariée pour insuffisance professionnelle lorsque l'intéressée commet des erreurs sur une courte période après la mise en place d'un nouveau logiciel, l'employeur n'ayant pas satisfait à son obligation d'adapter la salariée à l'évolution de son emploi (Cass. soc., 21 oct. 1998, n° 96-44.109). Il a également été reproché à une entreprise d'avoir refusé la courte formation nécessaire à une salariée pour se reclasser, privant ainsi de cause le licenciement économique (Cass. soc., 19 oct. 1994, n° 92-41.583P). Cette obligation d'adapter n'est toutefois pas une obligation de requalifier : l'employeur ne peut être tenu de fournir aux salariés la formation initiale qui leur fait défaut (Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 99-42.190P).

Si l'employeur remplit son obligation d'adaptation, la responsabilité de l'acquisition des capacités nécessaires à la poursuite du contrat de travail est reportée sur le salarié. Ainsi, lorsque l'employeur forme le salarié et que le contrôle de connaissances professionnelles pratiqué confirme l'incapacité du salarié à s'adapter, la rupture du contrat est justifiée (Cass. soc., 27 mai 1998, n° 96-40.871).

Le projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, remodèle les contours de l'obligation d'adaptation. L'article L. 930-1 nouveau, appelé à se substituer à l'article L. 932-2, prévoira en effet que l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail et qu'il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations. L'adaptation au poste concerne la possibilité d'assurer les fonctions confiées.

La veille relative aux capacités à occuper un emploi constitue une obligation d'anticipation sur toute évolution de l'emploi du salarié, soit par mobilité, soit par modification du contenu de l'emploi. Est ainsi pleinement affirmée la responsabilité première de l'entreprise dans la réunion des conditions requises à l'atteinte de la performance attendue du salarié.

### d) *Evaluation de la performance*

L'employeur peut à tout moment évaluer la performance du salarié. Mais cette évaluation doit respecter plusieurs principes : la transparence, la pertinence et la non-discrimination.

En matière de transparence et de pertinence, ce sont les dispositions des articles L. 121-6, L. 121-7 et L. 121-8 du Code du travail qui s'appliquent (C. trav., art. L. 121-6 à L. 121-8). Elles imposent à l'entreprise :

- de porter à la connaissance des salariés les méthodes d'évaluation qui seront utilisées ;
- d'utiliser des méthodes pertinentes au regard de la finalité poursuivie. Il s'agira notamment d'apprécier la performance dans le strict respect des activités et objectifs exigibles au regard de la qualification professionnelle du salarié, c'est-à-dire de manière contextualisée ;
- d'informer les représentants du personnel sur le système d'évaluation utilisé. Même si les articles L. 121-6 à L. 121-8 du Code du travail ne prévoient pas expressément cette information, elle se déduit des compétences générales du comité d'entreprise (C. trav., art. L. 432-1).

En matière de non-discrimination, il est évident que l'employeur ne peut reprocher à un salarié un défaut de performance trouvant sa cause dans l'un des critères prohibés de gestion du personnel fixés par l'article L. 122-45 du Code du travail. Par exemple, il ne peut être reproché à un représentant du personnel de ne pas atteindre ses objectifs du fait de son mandat électif ou syndical.

Dès lors que ces principes sont respectés, il ne peut être reproché la mise en place d'un système d'évaluation. La Cour d'appel de Grenoble a eu à se prononcer sur la validité d'un système d'évaluation de la performance appelé « ranking », et qui revient à classer les salariés dans des catégories prédéterminées, ce classement ayant une incidence sur les rémunérations individuelles (CA Grenoble, 13 nov. 2002, n° 02/02794, Syndicat CFDT de la métallurgie Sud-Isère c/SA Hewlett Packard ; Dr. soc. 2003, p. 992). Selon la Cour : « le système du ranking permet de fixer les augmentations de rémunération en fonction de la performance relative des salariés et de leur positionnement selon des critères préétablis, objectifs, connus et contrôlables », moyennant quoi il s'agit d'un système remplissant les conditions légales. Sont écartés dans le jugement les arguments selon lesquels un mauvais classement constitue une sanction ou bien établit une insuffisance professionnelle. Il est toujours possible pour une entreprise de procéder à une appréciation relative de ses salariés, voire de chercher à identifier les 5 ou 10 % de salariés les moins performants. En soi, une telle démarche n'est pas répréhensible. En revanche, elle pose la question des suites du classement et de son utilisation : même si les tribunaux apprécient souvent l'insuffisance professionnelle en comparant les résultats obtenus par un salarié à ceux des autres salariés effectuant la même activité, il n'est pas possible de déduire que le salarié le moins performant chaque année est nécessairement insuffisant ; l'évaluation de la performance n'est pas un jeu de chaises musicales. Dans un tel cas, l'entreprise doit déterminer la performance moyenne qui peut être attendue d'un salarié ayant une telle qualification et une telle ancienneté.

Au final, il apparaît que l'évaluation de la performance des salariés, prérogative du chef d'entreprise, peut être mise en oeuvre sous réserve de contextualisation et d'objectivation, et qu'apprécier les compétences d'un salarié revient nécessairement à apprécier sa performance en respectant ces mêmes conditions.

## ■ Motifs disciplinaires ■

### SECTION I

## Motifs disciplinaires

### 94 Faute du salarié

#### a) Différentes fautes

L'employeur ne pourra procéder au licenciement d'un salarié pour motif disciplinaire qu'en cas de faute sérieuse, grave ou lourde ; la faute légère ne peut, le cas échéant, que fonder le prononcé d'une sanction disciplinaire de moindre importance. La faute :

- **sérieuse** est celle qui rend impossible le maintien du lien contractuel ;
- **grave** est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise (Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867P). Elle résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du contrat (Cass. soc., 5 déc. 2007, n° 06-41.313P). Ce qui compte, c'est que le salarié quitte, effectivement, immédiatement l'entreprise, et de ce fait, ne réalise pas son préavis. A défaut d'un tel départ, la qualification de faute grave ne peut être retenue ;
- **lourde**, qui se situe à l'échelon le plus élevé dans la hiérarchie des fautes, est celle qui révèle une intention de nuire du salarié à l'employeur ou à l'entreprise. A titre d'exemple, on peut citer le détournement ou troc de marchandises effectué par un salarié au préjudice de son employeur (Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 05-45.898), le démarchage de clients au profit de concurrent (Cass. soc., 30 sept. 2003, n° 01-45.066), le détournement d'informations (Cass. soc., 12 juin 2002, n° 00-41.287) et le vol (Cass. soc., 6 juill. 1999, n° 97-42.815P). En cas de faute lourde, le salarié licencié perd le bénéfice de toute indemnité de rupture, y compris ses droits à indemnités de congés payés acquis au titre de la période de référence en cours.  
Seule la faute lourde prive le salarié du droit à l'indemnité compensatrice de congés payés (Cass. soc., 25 mai 2004, n° 02-42.428).

#### b) Contrôle de la qualification de la faute

La Cour de cassation n'exerce pas de contrôle de qualification sur la faute sérieuse susceptible de fonder le licenciement.

En revanche, elle s'attache à vérifier que le comportement invoqué par l'employeur peut être qualifié de fautif, à charge pour les juges du fond de dire souverainement, à la lumière de l'article L. 1235-1 du Code du travail, si l'attitude répréhensible constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement. Il n'en est pas de même concernant la faute grave, la Chambre sociale ayant toujours maintenu en la matière son contrôle de qualification. Ainsi, elle peut censurer la décision des juges du fond qui ont retenu la qualification de « faute grave » alors que le comportement du salarié n'emportait pas, selon elle, une telle qualification.

### SOUS-SECTION I

## Tenue et attitude du salarié

### 95 Violences verbales à l'égard de la direction

#### a) Faute grave

Sous réserve de pouvoir être prouvées par l'employeur, les violences verbales pourront, en fonction des circonstances propres à chaque espèce, être constitutives d'une faute grave.

Quand les insultes verbales ont lieu en présence d'autres salariés, voire même de personnes extérieures à l'entreprise, la preuve de leur existence est plus aisée à rapporter par l'employeur.

Ont ainsi été considérés comme des fautes graves :

- le fait pour un cadre qui occupait un poste important, d'avoir dénigré la société qui l'employait à l'occasion d'un entretien souhaité par les repreneurs potentiels, en menaçant de s'opposer par divers moyens au projet de reprise, et le fait d'avoir à plusieurs occasions, dénigré le dirigeant social auprès du personnel de l'entreprise dans des termes injurieux (Cass. soc., 19 sept. 2007, n° 06-40.491) ;
- le fait pour un salarié d'avoir proféré des insultes à l'encontre de la dirigeante de la société et de son mari à l'issue d'un conseil d'administration à laquelle il avait pris part en qualité de salarié de l'entreprise (Cass. soc., 20 oct. 2004, n° 02-43.675) ;
- le fait pour une secrétaire de qualifier son directeur d'agence de « nul et incompétent » et les chargés de gestion de « boeufs » (Cass. soc., 9 nov. 2004, n° 02-45.830) ;
- le comportement du salarié qui a grossièrement insulté son employeur en présence d'autres salariés et d'une personne étrangère à l'entreprise (Cass. soc., 5 mars 1997, n° 94-43.042 ; Cass. soc., 2 juill. 1997 n° 94-43.976) ;
- le fait d'injurier et de jeter à la figure de son supérieur hiérarchique des documents à la suite d'une observation (Cass. soc., 29 nov. 2000, n° 98-43.936) ;
- la tenue à diverses reprises de propos grossiers, injurieux et menaçants à l'égard du gérant de la société par une salariée venant d'apprendre la suppression de son emploi (Cass. soc., 7 mars 2001, n° 99-40.962) ;

— les propos insultants et le comportement agressif d'un entraîneur de club de football relatés par la presse vis-à-vis tant des dirigeants de son club que des arbitres, des spectateurs, des supporters et des dirigeants d'autres clubs de nature à jeter le discrédit sur le club (Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-44.423).

La faute grave peut résulter d'un abus du droit d'expression.

C'est le cas d'un salarié congédié pour avoir envoyé une lettre à son employeur contenant une appréciation injurieuse sur son supérieur hiérarchique (Cass. soc., 28 avr. 1994, n° 92-43.917P ; Cass. soc., 16 nov. 1993, n° 91-45.904P : salarié ayant proféré des accusations mensongères contre l'employeur avec l'intention de nuire).

**Remarques** : Pour écarter l'existence d'une faute grave, les juges du fond peuvent être amenés à prendre en considération différents éléments susceptibles d'exercer une influence sur le degré de gravité de la faute, comme l'état de santé du salarié (Cass. soc., 7 mai 1987, n° 84-41.413), la nature des propos non diffamatoires ou encore la provocation de l'employeur ou du supérieur hiérarchique (Cass. soc., 28 juin 2006, n° 04-41.085) voire le caractère non public de l'altercation (Cass. soc., 20 juin 2007, n° 06-40.069).

### **b) Cause réelle et sérieuse**

Ont été considérés comme cause sérieuse de licenciement, la discussion violente et l'attitude menaçante d'un menuisier ébéniste à l'égard de son patron, devant un client (Cass. soc., 9 oct. 1985, n° 84-43.344), ou encore le fait d'avoir traité son employeur de « connard » (Cass. soc., 16 févr. 1987, n° 84-41.065P). La faute grave a, en revanche, été écartée dans la mesure où :

- le salarié, qui avait 22 ans d'ancienneté dans l'entreprise et avait donné entière satisfaction dans son activité, s'était laissé emporter par une brève colère, et où l'employeur, ayant mis fin à une pratique de comptes rendus oraux qui avait duré plus de vingt ans, ne pouvait exiger de ce dernier qu'il établisse des comptes rendus écrits irréfutables (Cass. soc., 13 janv. 1999 n° 96-45.191) ;
- l'insulte avait été proférée au cours d'une discussion véhémement, compte tenu du langage en usage dans ce milieu professionnel et de la liberté des relations avec l'employeur du salarié travaillant depuis 20 ans dans l'entreprise (Cass. soc., 16 févr. 1987, n° 84-41.065P) ;
- après avoir relevé que le salarié avait tenu des propos injurieux à l'encontre du gérant, la Cour d'appel a pu faire ressortir le contexte dans lequel les injures avaient été proférées ainsi que « le défaut de maîtrise de la langue française par le salarié » (Cass. soc., 12 mars 2002, n° 99-45.742).

Les cadres, quelle que soit leur place dans la hiérarchie de l'entreprise, sont tenus eux aussi à une attitude de correction et de soumission à leurs dirigeants : ainsi constitue une faute sérieuse le fait pour un directeur général, ayant 8 ans d'ancienneté et dont la qualité de travail était reconnue, d'avoir adressé au président du conseil d'administration une lettre qui « remettait en cause, de façon blessante, les décisions du conseil (...) et contenait une critique en termes inadmissibles du comportement du président » (Cass. soc., 11 oct. 1984, n° 82-41.950P ; Cass. soc., 9 déc. 1985, n° 85-41.764 : le cadre traitant devant ses collègues les membres de la direction d'« incapables » et de « fascistes »).

### **c) Attitude du salarié justifiée**

Au contraire, dans certaines circonstances, l'attitude du salarié se trouve suffisamment justifiée pour que le licenciement qui fait suite n'ait pas de cause réelle et sérieuse. C'est le cas pour :

- le salarié ne faisait qu'exprimer un ressentiment légitime au regard du véritable harcèlement dont il avait été victime durant les dernières semaines de ses fonctions de la part de ses supérieurs hiérarchiques, en sorte que son comportement ne présentait aucun caractère fautif, (Cass. soc., 4 juill. 2007, n° 06-41.071) ;
- le salarié connaissant un moment d'humeur passager, et qui avait toujours observé dans l'exercice de ses fonctions un comportement courtois (Cass. soc., 30 mai 1985, n° 82-42.366) ;
- le salarié au langage peu châtié dans la mesure où les propos déplacés ont été échangés au cours d'un entretien destiné à étudier les possibilités de son reclassement en raison de son inaptitude partielle consécutive à un accident du travail (Cass. soc., 3 mai 1994, n° 92-43.396).

**Remarques** : Certaines juridictions opèrent par ailleurs une distinction entre l'injure qui est adressée directement à l'employeur – le comportement étant alors inexcusable – et la réflexion, certes peu aimable, faite en aparté même si elle a pu être perçue par des tiers.

## **96 Violences verbales à l'égard des collègues de travail**

Il convient de relever que les violences verbales peuvent être la manifestation d'une mésentente entre salariés. Une « simple » altercation entre salariés ne pourra justifier la rupture du contrat de travail que si elle a eu un réel impact sur le bon fonctionnement de l'entreprise ou encore si l'agressivité du salarié est habituelle ou s'accompagne de menaces. Ainsi, le licenciement prononcé est dépourvu de cause réelle et sérieuse lorsque l'altercation survenue entre deux salariés entretenant des rapports d'amitié a été brève, que l'un d'eux a admis ses torts et qu'il est relevé « qu'à la suite de cet incident, les relations des deux hommes avaient repris leur cours normal » (Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 99-44.951).

### **a) Faute grave**

Ont été considérés comme faute grave :

- les propos injurieux et diffamatoires tenus par un salarié à l'égard de deux autres salariés de l'entreprise dont aucun comportement blâmable n'était allégué (Cass. soc., 20 fév. 2008, n° 07-40.267) ;
- les propos injurieux tenus par un chef d'agence à l'encontre d'un collaborateur, ce qui constituait un comportement humiliant (Cass. soc., 6 déc. 2007, n° 06-43.288) ;



- les injures virulentes proférées par une salariée, malgré son ancienneté, à l'encontre de sa collègue, épouse du gérant de la société, en présence d'autres membres du personnel et de clients, (Cass. soc., 27 juin 2007, n° 05-45.587) ;
- le fait, pour une responsable d'agence, d'avoir utilisé son autorité pour infliger à ses collaboratrices des vexations quotidiennes et d'avoir tenu à leur égard des propos injurieux, calomnieux ou de caractère raciste ayant trait à leur situation personnelle (Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 05-42.522) ;
- les propos violents, tenus par une salariée à l'égard de secrétaires, consistant dans le dénigrement du service et entendus par des patients nonobstant le propos provocateur de l'une d'elles (Cass. soc., 20 fév. 2007, n° 05-42.734) ;
- l'altercation au cours de laquelle le salarié aurait menacé de voies de fait et insulté devant témoins le responsable d'atelier (Cass. soc., 25 sept. 2002, n° 00-42.529).

### **b) Cause réelle et sérieuse**

A été considéré comme cause réelle et sérieuse de licenciement :

- le fait pour un ingénieur d'adresser à un chef de service, devant ses propres subordonnés, des reproches dont plusieurs étaient injustifiés, de l'humilier publiquement et de porter atteinte à l'autorité qui s'attache à ses fonctions. Un tel comportement manifesté par un cadre supérieur était incompatible avec la bonne marche de l'entreprise et risquait de bouleverser de façon grave les rapports existant à l'intérieur de la société (Cass. soc., 5 mars 1987, n° 84-40.124) ;
- le comportement d'un cadre à l'égard du personnel dans la mesure où il compromet gravement la marche de l'entreprise, sans que le juge puisse substituer son appréciation à celle de l'employeur sur le danger que le maintien de l'intéressé dans l'entreprise est susceptible de faire courir à la société (Cass. soc., 4 nov. 1976, n° 75-40.480P ; Cass. soc., 7 mars 1979, n° 77-40.738P) ;
- le fait pour un médecin du travail d'avoir fréquemment une attitude agressive envers le personnel administratif de son propre employeur, de s'adresser parfois directement à la maîtrise d'une société, et non à la direction, pour obtenir des mutations de personnel, ce qui engendrait des frictions, des refus des salariés de passer la visite médicale avec lui et des plaintes de sociétés motivées par son attitude envers ou devant le personnel (Cass. soc., 14 mars 1990, n° 89-40.518).

## **97 Violences verbales à l'égard des tiers**

Les propos grossiers à l'égard, par exemple, de clients ou de représentants d'organismes publics contribuent à ternir l'image de l'entreprise et constituent une faute.

La faute grave peut être retenue lorsque le salarié concerné, en plus des propos déplacés, fait montre d'un comportement irresponsable. C'est le cas du cadre, directeur du personnel d'un établissement, qui avait donné l'ordre à un subordonné de crever un pneu de la voiture d'un inspecteur du service de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes en mission au sein de l'entreprise (Cass. soc., 5 juin 1986, n° 83-43.485P).

Commet également une faute grave la salariée qui refuse, à plusieurs reprises, de participer aux tâches de secrétariat, qui fait preuve de grossièreté devant les clients et le personnel du cabinet et qui refuse de se soumettre aux nouveaux horaires de travail, alors même qu'elle a déjà été sanctionnée pour des faits similaires (Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 02-46.508).

En revanche, l'altercation qui avait opposé un salarié à un gardien de l'entrepôt d'un client ne constitue pas une faute grave en raison du comportement sans gêne du salarié qui relevait plus de la mauvaise éducation que de la provocation, et du caractère isolé de l'incident (Cass. soc., 13 janv. 1998, n° 95-45.450).

## **98 Violences physiques au lieu et au temps de travail**

### **a) Faute grave**

Les violences physiques exercées par un salarié au temps et au lieu de travail présentent, en règle générale, le caractère de faute grave privative des indemnités de rupture. Ainsi en est-il :

- d'un salarié qui avait provoqué de façon incessante son collègue et l'avait frappé le premier (Cass. soc., 5 déc. 2007, n° 06-43.304) ;
- d'un incident opposant un salarié à un autre salarié de l'entreprise entraînant la casse de produits en cours de réalisation de son fait et délibérément, (Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 03-41.893) ;
- d'une rixe produite sur le lieu du travail entre un salarié et un collègue, alors que le salarié concerné s'était rendu dans l'atelier où s'est produite la rixe dont il était à l'origine (Cass. soc., 8 mars 2000, n° 98-40.767) ;
- d'un chef de département frappant l'un de ses collègues de travail devant le personnel (Cass. soc., 31 mai 1990, n° 87-44.414) ;
- d'un coup violent porté, devant témoins, à un ouvrier par un chef plombier ayant entraîné une incapacité de travail (Cass. soc., 8 oct. 1992, n° 91-42.546).

### **b) Appréciation in concreto**

Cependant, la jurisprudence se montre parfois plus indulgente. Elle s'efforce de distinguer les attitudes et les gestes qui comportent une volonté délibérée de provocation ou de désordre, des mouvements spontanés qui s'expliquent par les inévitables frictions qu'entraînent les rapports de travail. De même, la conjonction des circonstances ayant entouré les violences (ampleur de l'altercation et des éventuelles provocations ayant entraîné la rixe, l'ancienneté, etc.) peut, au cas par cas, être prise en compte.

Ainsi, ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement, l'altercation d'un salarié avec un collègue de travail alors que l'intéressé avait été provoqué par des insultes racistes et avait eu jusqu'alors un comportement irréprochable (Cass. soc., 7 mai 1998, n° 96-41.559).

En revanche, des provocations verbales ne peuvent justifier le fait pour un salarié de sortir un couteau de sa poche (Cass. soc., 12 oct. 2000, n° 98-44.158).

Le caractère unique des faits, l'ancienneté du salarié, ses qualités professionnelles et l'absence de tout reproche antérieur ne justifient pas, en principe, les actes de violence (Cass. soc., 21 oct. 1987, n° 85-40.413P).

En revanche, une altercation, somme toute limitée, entre un salarié et l'un de ses collègues de même niveau hiérarchique, après que les juges du fond aient relevé qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à l'intéressé depuis son embauche, ne constitue pas une faute grave (Cass. soc., 6 déc. 2000, n° 98-46.107).

Il peut également être tenu compte de l'état pathologique de l'intéressé. Ainsi, ne commet pas une faute grave la secrétaire qui a eu des gestes de violence à la suite d'une crise nerveuse (Cass. soc., 10 janv. 1973, n° 72-40.328P).

Plus rarement – bien que la définition de la faute grave l'y invite –, la jurisprudence prend en compte, au-delà de la gravité du comportement, l'ancienneté du salarié et les possibilités dont dispose l'entreprise pour permettre le maintien de celui-ci en son sein pendant la durée du préavis (Cass. soc., 22 sept. 1993, n° 92-40.695 : les juges d'appel relevant que la salariée, ayant giflé violemment et grossièrement injurié une collègue, n'avait toutefois fait l'objet d'aucun reproche pendant ses 19 années de service et que la taille importante de l'entreprise comme la polyvalence de la salariée permettaient de maintenir le contrat de travail pendant la durée du préavis).

### **c) Violences réciproques**

La participation à une rixe constitue une faute grave en l'absence d'excuse de participation. Commet ainsi une faute privative des indemnités de rupture, le salarié ayant participé à une rixe :

— que sa conduite a provoquée (Cass. soc., 21 mars 1979, n° 78-40.627P) ;

— sur les lieux de travail, donnant lieu à des « violences graves et réciproques » (Cass. soc., 17 févr. 1983, n° 80-42.126).

Commets également une faute grave l'employé qui échange des coups avec un autre employé de la même entreprise au temps et au lieu de travail (Cass. soc., 17 mai 1979, n° 78-40.436) ou l'ouvrier qui, ripostant à l'un de ses collègues, le bat de telle sorte que ce dernier a dû subir des radiographies du crâne (Cass. soc., 10 oct. 1984, n° 82-41.988).

A fortiori, de tels comportements constituent une faute grave lorsqu'ils émanent d'un cadre (Cass. soc., 3 oct. 1980, n° 79-40.745P : excès d'autorité d'un chef de travaux et voies de fait auxquelles il s'est livré sur un moniteur, entraînant une grève et une pétition du personnel).

Toutefois, lorsqu'il est possible de déterminer qu'un salarié n'a pas pris l'initiative d'une rixe, la faute grave est généralement écartée. Ainsi, ne commet pas une faute grave, mais une faute sérieuse, celui qui s'est battu sans prendre l'initiative de la violente querelle (Cass. soc., 15 févr. 1978, n° 75-40.772P). Il en est de même du salarié qui ne fait que riposter (Cass. soc., 12 mars 1975, n° 74-40.516P).

Selon une jurisprudence constante, l'employeur n'est pas obligé de sanctionner pareillement tous les salariés qui ont participé à la rixe sur les lieux de travail. Il peut choisir de conserver l'un d'eux s'il est de l'intérêt de l'entreprise de maintenir sa collaboration (Cass. soc., 16 déc. 1968, n° 68-40.005P).

## **99 Violences commises en dehors des lieux ou des heures de travail**

En principe, les violences exercées en dehors de l'entreprise échappent au contrôle de l'employeur et ne peuvent donc justifier la rupture du contrat de travail. Il s'agit d'éléments tirés de la vie privée qui ne sauraient caractériser une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Ainsi, le comportement violent d'un proche du salarié à l'égard de l'employeur ou de collègues de travail ne peut caractériser une faute grave lorsque les violences se sont produites hors du lieu de travail, à l'occasion de faits étrangers à l'exécution de celui-ci, et que le salarié concerné avait conservé une attitude passive (Cass. soc., 25 avr. 1990, n° 87-45.275P).

En revanche, cette indépendance entre vie professionnelle et vie privée trouve ses limites lorsque les faits litigieux peuvent se rattacher au contexte professionnel, nonobstant le fait qu'ils aient été commis en dehors du lieu de travail et/ou des horaires de travail. Ainsi constituent une faute grave :

— le comportement d'un cadre donnant un violent coup de pied au visage d'un autre salarié au cours d'une réunion organisée par le comité d'entreprise dans les locaux de la société mais en dehors des horaires de travail (Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-43.705) ;

— l'agression par un cadre d'un subordonné chargé de récupérer un véhicule au domicile d'un salarié licencié, peu important que les faits aient été commis à l'extérieur des locaux et en dehors des heures de travail (Cass. soc., 6 févr. 2002, n° 99-45.418).

## **100 Harcèlement sexuel**

Aucun salarié, ne peut être licencié pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement sexuel. Les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits (C. trav., art. L. 1153-1 et s.).

Tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire (C. trav., art. L. 1153-6).

Sur le fondement des dispositions de l'article L. 1153-1 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992, qui subordonnait la définition du harcèlement sexuel à un abus d'autorité, la Chambre sociale de la Cour de cassation a nettement affirmé que de tels faits sont constitutifs d'une faute grave (Cass. soc., 19 avr. 2000, n° 98-40.583 ; Cass. soc., 5 mars 2002, n° 00-40.717P).

La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 a supprimé l'exigence de l'autorité du harceleur sur la victime. La Cour de cassation fera-t-elle preuve de la même rigueur s'agissant des faits de harcèlement sexuel en dehors de toute notion d'abus d'autorité ?

**Remarques** : Sans évoquer expressément la notion de harcèlement sexuel, constitue une faute grave :

- le fait pour un chef d'établissement, qui avait, de façon récurrente, tenu des propos déplacés et eu des gestes équivoques envers une salariée qui avait conduit celle-ci à adresser un courrier au directeur des relations humaines, à porter plainte au commissariat de police et à alerter la direction départementale du travail et les représentants du personnel (Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-41806) ;
- une attitude particulièrement inconvenante d'un directeur marketing à l'égard des salariés ayant pour effet de choquer leur pudeur (Cass. soc., 12 mars 2002, n° 99-42.646P).

Pour plus de détails, voir 246 « Harcèlements au travail ».

Dans l'hypothèse de décisions pénales de relaxe du chef d'agression de harcèlement sexuel, il appartiendra à l'employeur d'apporter la preuve d'un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise (Cass. soc., 30 nov. 2005, n° 04-41.206).

Pour parer à cette difficulté de retenir une qualification pénale et pour éviter de fragiliser un licenciement reposant sur des faits susceptibles de faire l'objet d'une relaxe, les employeurs contournent la difficulté en évoquant notamment des attitudes, des gestes déplacés, inconvenants, des comportements indéliçables (Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 02-41.794), ou une attitude particulièrement inconvenante choquant la pudeur (Cass. soc., 12 mars 2002, n° 99-42.646).

La lettre de licenciement qui comporte la seule mention de harcèlement sexuel, sans autre précision, énonce un motif précis permettant à la juridiction saisie de vérifier la réalité et le sérieux des faits (Cass. soc., 11 juill. 2001, n° 99-42.528).

Enfin, le harcèlement sexuel peut être prouvé par tout moyen, notamment à partir de SMS (Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209P).

## 101 Harcèlement moral

Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel (C. trav., art. L. 1152-1).

Est passible d'une sanction disciplinaire, tout salarié ayant procédé à ce type d'agissements (C. trav., art. L. 1152-5).

Avant même l'intervention du législateur, la jurisprudence a pu indiquer que procèdent d'une cause réelle et sérieuse de licenciement les agissements d'un chef d'agence ayant fait subir un véritable harcèlement moral à ses collaborateurs auxquels il imposait des humiliations, des pressions et un stress d'un tel degré que plusieurs d'entre eux ont présenté leur démission ou leur intention de démissionner, d'autres étant victimes de dépressions et prenant des calmants. La faute grave n'a été écartée que compte tenu de la lenteur avec laquelle l'employeur s'était aperçu des griefs évoqués (CA Grenoble, 3 mai 1999, SA ADECCO, RIS 8-9/99, n° 1034).

La faute grave est généralement retenue à l'encontre du harceleur (CA Dijon, 14 sept. 2006, n° 05-00499 ; CA Douai, 27 oct. 2006, n° 05-02511).

De même, une cour d'appel ayant relevé qu'un responsable d'atelier avait adopté une attitude négative et menaçante à l'égard de ses subordonnés, insulté et harcelé un salarié pour le pousser à la démission, d'où il résultait une hostilité permanente à l'égard des salariés placés sous son autorité, a pu décider que le comportement de l'intéressé était de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise (Cass. soc., 17 oct. 2001, n° 99-41.766).

Toutefois, il appartient aux juges « de déterminer si, dans le cadre d'une activité professionnelle, les faits soumis à son appréciation sont pénalement répréhensibles où s'ils ne s'analysent pas en 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 des situations acquises (TGI Paris, 31<sup>e</sup> ch corr., 25 oct. 2002, n° 0206301288, SSL n° 1106).

Le harcèlement moral est le plus souvent évoqué par le salarié soit à l'occasion de la prise d'acte de la rupture ou de la demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail, soit encore à l'occasion d'un licenciement dont il conteste la légitimité ou la validité.

### Attention

Dans une décision du 21 juin 2006 portant sur les suites civiles du harcèlement moral dont avait été victime un salarié de la part d'un supérieur hiérarchique, la Cour de cassation affirme clairement que « l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral, et que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité » (Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43.914 à 05-43.919)

Pour plus de détails, voir 246 « Harcèlements au travail ».

## 102 Alcoolisme

Un salarié peut être sanctionné en raison de son état d'ébriété ou de son intempérance, la sanction pouvant aller jusqu'au licenciement. En cas de contentieux, les tribunaux tiennent compte des circonstances propres à chaque espèce, notamment de l'existence ou non de sanctions antérieures.

Les magistrats sont plus sévères à l'égard des salariés qui exercent des fonctions pour lesquelles l'état d'ébriété constitue un danger, comme par exemple :

- le conducteur d'un camion transportant des produits inflammables (Cass. soc., 9 juill. 1991, n° 90-40.935) ;

— un déménageur (Cass. soc., 10 juin 1997, n° 94-44.264).

### a) Faute grave

Ont été reconnus comme constitutifs d'une faute grave :

- l'état d'ébriété d'un ouvrier opérateur « qualifié laquage » dans l'enceinte de l'entreprise eu égard à ses fonctions et à ses antécédents, (Cass. soc., 18 mai 2005, n° 03-43.404) ;
- le fait pour un salarié de conduire un véhicule automobile, transportant un autre salarié de l'entreprise (Cass. soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878) ;
- le fait pour un chef de section sécurité d'une grande surface d'avoir été dans l'incapacité, et ce, en présence de ses subordonnés, d'assumer ses responsabilités professionnelles en raison d'une absorption excessive de boissons alcoolisées (Cass. soc., 6 déc. 2000, n° 98-45.785) ;
- l'intempérance du salarié ayant des répercussions sur la qualité de son travail ou ayant fait courir des risques à lui-même ou à d'autres personnes (Cass. soc., 24 janv. 1991, n° 88-45.022) ;
- l'état d'ébriété avancée d'un chauffeur de poids lourds, qui avait déjà fait l'objet de plusieurs avertissements et d'une mise à pied en raison de son intempérance (Cass. soc., 27 mai 1998, n° 97-41.483) ;
- l'état d'ébriété d'un convoyeur de fonds qui, pour l'exercice de sa mission est porteur d'une arme à feu (Cass. soc., 14 juin 1994, n° 92-43.390) ;
- l'abus de boissons alcoolisées au cours d'une réunion professionnelle entraînant un comportement agressif d'un salarié qui avait déjà été sanctionné pour intempérance sur les lieux de travail (Cass. soc., 6 oct. 1998, n° 96-42.290) ;
- les violences inexcusables auxquelles le salarié s'est livré en état d'ébriété, certes en dehors du temps de travail mais dans l'entreprise, en violation du règlement intérieur (Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-43.823).

En revanche, la faute grave n'est pas retenue si l'intempérance reprochée au salarié a été longuement tolérée par l'employeur (Cass. soc., 30 oct. 2000, n° 98-43.756). L'état d'ébriété fréquent du salarié est alors une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 22 févr. 1995, n° 93-43.331). En revanche, si du fait de ses problèmes d'alcool le salarié provoque un accident, son licenciement pour faute grave est justifié malgré la tolérance passée de l'employeur (Cass. soc., 15 nov. 1994, n° 93-41.897).

Si en principe, seul l'alcoolisme sur les lieux et temps de travail est sanctionnable, la Cour de cassation a toutefois admis que le retrait du permis de conduire pour conduite en état d'ivresse d'un chauffeur routier en dehors du temps de travail pouvait justifier son licenciement (Cass. soc., 2 déc. 2003, n° 01-43.227P).

### b) Cause réelle et sérieuse

Ont été reconnus comme constitutifs d'une faute :

- l'intempérance non contestée d'un salarié dans la mesure où, en raison de son poste de responsable du service patrimoine immobilier le conduisant à avoir des contacts avec le public et des responsables juridiques, commerciaux, administratifs, économiques, elle constituait un trouble objectif portant atteinte à l'image de l'entreprise (Cass. soc., 2 avr. 1992, n° 90-42.030P) ;
- le fait pour des salariés hébergés dans un local appartenant à l'entreprise d'avoir consommé de l'alcool et d'avoir laissé les lieux en désordre après y avoir déposé des graffitis obscènes, causant ainsi une perturbation aux utilisateurs du local (Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-45.121).

En revanche, n'est pas justifié le licenciement pour faute d'un salarié dès lors que l'état d'ébriété qui lui était reproché était un fait isolé et que l'intéressé, en quatorze ans d'ancienneté, n'avait fait l'objet d'aucun avertissement (Cass. soc., 11 mars 1998, n° 96-40.063).

## 103 Tenue vestimentaire

En principe, la tenue vestimentaire ne peut avoir qu'une influence toute relative sur le maintien du contrat de travail. Chacun est en effet libre de s'habiller comme il l'entend et de suivre la mode de son choix. La façon de se vêtir relève normalement de la sphère privée.

Toutefois, et d'une manière générale, l'intérêt de l'entreprise peut justifier certaines limites aux libertés individuelles restreignant par là même le domaine de la vie privée des salariés.

Si, en vertu de l'article L. 1121-1 du Code du travail, un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché, la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales (Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273P).

Les expressions de cette restriction sont l'obligation patronale faite au salarié de porter un vêtement de travail particulier ou encore l'interdiction de porter certaines tenues ou objets.

Différentes raisons peuvent le justifier, notamment pour des motifs tirés de :

- **la santé et de la sécurité.** On peut ici faire un parallèle avec la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant le règlement intérieur et selon laquelle le port d'un vêtement de travail peut être prévu par le règlement dès lors qu'il répond à des impératifs de sécurité (CE, 16 déc. 1994, n° 112.855) ;
- **l'image de marque de l'entreprise.** La Cour de cassation invite les juges du fond à rechercher si la restriction apportée par l'employeur à la liberté individuelle est légitime au regard de l'article L. 1321-3 du Code du travail, c'est-à-dire justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché (Cass. soc., 18 févr. 1998, n° 95-43.491P ; Cass. soc., 19 mai 1998, n° 96-41.123).

A titre d'illustrations, est fondé le licenciement :

- d'un agent technique travaillant en bermuda sous sa blouse, tenue incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail (Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273P),
- d'une secrétaire d'une agence immobilière en contact avec la clientèle qui porte un survêtement (Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-43.988P),
- d'une vendeuse en contact avec le public qui porte un foulard dissimulant totalement le cou et une partie du visage (CA Paris 16 mars 2001, n° 1999/31302).

En revanche, est sans cause réelle et sérieuse le licenciement :

- d'un agent d'entretien refusant de porter la tenue de travail, celle-ci n'était pas justifiée par la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché (Cass. soc., 20 juin 2006, n° 04-43.067) ;
- d'un vendeur de grande surface refusant de retirer pendant son service le diamant qu'il portait à l'oreille puisque la demande de l'employeur n'était fondée sur aucune considération de présentation vis-à-vis des clients (CA Toulouse, 27 nov. 1998, *Gagnard c/ Champauto*).

De même, la résolution d'un contrat d'apprentissage ne peut être fondée sur le refus par une serveuse de restaurant de retirer l'anneau inséré à son arcade sourcilière dès lors que ce piercing n'apparaissait pas incompatible avec la nature des tâches lui étant confiées et qu'il n'existait pas dans le règlement intérieur émanant du centre de formation une interdiction quelconque relative au port de bijoux pendant le travail (CA Toulouse, 4<sup>e</sup> ch. soc., 11 oct. 2001, n° 01-557, *Merenne c/ Alias*).

## SOUS-SECTION II

### Infractions aux règles d'hygiène et de sécurité

#### **104 Manquement aux consignes de santé et de sécurité**

De longue date, la jurisprudence admet le bien-fondé d'un licenciement d'un salarié ayant mis en péril sa sécurité ou celle d'autrui sur le fondement d'un irrespect des règles élémentaires de sécurité prescrites notamment par le règlement intérieur ou des notes de service.

Ces règles de sécurité sont en principe inscrites dans le règlement intérieur qui permet d'asseoir le pouvoir disciplinaire de l'employeur. En effet, celui-ci doit contenir les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement et notamment les instructions prévues à l'article L. 4122-1 (C. trav., art. L. 1321-1).

De plus, les instructions de l'employeur précisent, en particulier lorsque la nature des risques le justifie, les conditions d'utilisation des équipements de travail, des moyens de protection, des substances et préparations dangereuses ; elles sont adaptées à la nature des tâches à accomplir (C. trav., art. L. 4122-1).

La violation d'une disposition du règlement intérieur dictée par des impératifs de sécurité est constitutive d'une faute, pouvant justifier le prononcé d'une mesure de licenciement. Les juges retiennent l'existence d'une faute grave à l'égard de simples salariés, en particulier lorsque la faute commise a été génératrice de risques importants pour le personnel de l'entreprise. Constituent ainsi une faute grave :

- le refus réitéré pour un chef de chantier de porter un casque de sécurité (Cass. soc., 23 mars 2005, n° 03-42.404) ;
- le fait pour un directeur technique chargé de la sécurité qui ne procède pas à l'enlèvement de réservoirs contenant des matières corrosives et dangereuses, ni à la fermeture des armoires électriques, ni à la fixation des extincteurs avec leur signalisation dans les lieux aux accès dégagés et du dégagement des issues de secours ; malgré des instructions précises, circonstanciées et répétées de son employeur (Cass. soc., 30 sept. 2005, n° 04-40.625) ;
- la commande par un technico-commercial de matériel non conforme aux normes de qualité requises dans le domaine nucléaire (Cass. soc., 14 nov. 1995, n° 93-46.741) ;
- le fait pour un responsable de rayons de conserver en rayon des produits périmés (Cass. soc., 19 mars 2002, n° 00-40.987 ; Cass. soc., 17 juin 1998, n° 96-42.328) ;
- le refus d'un salarié, mécanicien en robinetterie et travaillant sur un site nucléaire, de se conformer à des consignes de sécurité par qui a fait encourir des risques au personnel, en utilisant un chariot automoteur malgré l'interdiction de l'employeur et les avertissements déjà reçus pour des faits similaires (Cass. soc., 4 mars 1998, n° 95-44.690) ;
- le défaut de remplacement de la poulie ébréchée d'une grue par un chef d'atelier qui n'avait pas non plus vérifié si elle avait été changée (Cass. soc., 12 mars 2002, n° 99-45.012).

Le manquement à une règle de sécurité sera considéré comme un motif réel et sérieux de licenciement, même si cette règle a pour but de protéger le salarié lui-même (en ce sens, le manquement répété à la règle de sécurité consistant à porter des lunettes de protection Cass. soc., 22 juill. 1986, n° 85-41.781).

#### **105 Manquement à l'obligation générale de sécurité du salarié**

L'article L. 4122-1 du Code du travail met à la charge du salarié une obligation générale de sécurité. Il incombe à chaque salarié de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail. Compte tenu notamment des conséquences dramatiques qu'un manquement à cette obligation peut entraîner, le licenciement pour faute grave prononcé en raison de son inobservation est légitime (Cass. soc., 23 mars 2005, n° 03-42.404 ; Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 00-41.220P, *Juris. Hebdo.* n° 773, 13 juin 2002).

Un tel licenciement peut être prononcé indépendamment de l'acte d'indiscipline caractérisé par le non-respect des consignes de sécurité prescrites par le règlement intérieur de l'entreprise ou les notes de la direction. En l'espèce, le salarié avait été licencié pour : absence d'information à une société extérieure intervenant dans l'entreprise sur les dangers d'une installation hydraulique, insuffisance de précisions sur le plan de prévention et carences graves dans la transmission des données.

**A noter :**

Le salarié répond donc des fautes qu'il a commises dans l'exécution de son travail, quand bien même il n'aurait pas reçu de délégation de pouvoirs.

**106 Respect de l'interdiction de fumer**

Depuis le 1<sup>er</sup> février 2007, l'interdiction de fumer s'applique à tous les lieux fermés et couverts qui accueillent du public ou qui constituent des lieux de travail, y compris les bureaux individuels.

Le salarié qui ne respecte pas cette interdiction s'expose :

- à une amende forfaitaire de 68 € (prévue pour les contraventions de 3<sup>e</sup> classe) lorsque l'infraction est constatée par un agent de contrôle de l'inspection du travail ou par un officier de la police judiciaire (C. santé publ., art. R. 3512-1 ; C. santé publ., art. R. 3512-4 ; C. trav., art. L. 8112-2) ;
- à une sanction disciplinaire de l'employeur pouvant aller jusqu'au licenciement.

**SOUS-SECTION III****Probité****107 Obligation de loyauté**

Le salarié est tenu envers son employeur à une obligation de loyauté dans l'exécution de son contrat de travail. **Cette obligation découle de l'obligation plus générale d'exécution de bonne foi du contrat de travail** (C. trav., art. L. 1222-1). La jurisprudence s'est toujours montrée très stricte sur ce point en sanctionnant sévèrement les manquements à la probité. Elle s'est toutefois adoucie concernant les menus larcins commis aux dépens de l'employeur. Outre les indélicatesses, les manquements à la probité peuvent aussi consister en des actes commerciaux déloyaux.

**§ 1. Indélicatesse****108 Détournement de fonds**

Selon une jurisprudence constante, les détournements de fonds caractérisent un agissement fautif, justifiant la rupture du contrat de travail. Ainsi, commet une faute sérieuse un comptable qui tente à deux reprises d'augmenter son salaire à l'insu de l'employeur (Cass. soc., 2 juill. 1984, n° 82-40.943).

La faute grave a été retenue dans les cas suivants :

- détournements de fonds par un gestionnaire et une directrice adjointe (Cass. soc., 30 janv. 2008, n° 06-41.327) ;
- le fait pour un directeur administratif et financier d'avoir abusé des pouvoirs dont il disposait, du fait de son détachement à l'étranger, pour faire prendre en charge par son employeur des dépenses personnelles qui ne lui incombent pas et pour lui faire supporter la totalité des impôts auxquels il était personnellement assujéti (Cass. soc., 12 oct. 2004, n° 02-44.154) ;
- prélèvement par le directeur d'un dépôt et pour son compte personnel de sommes à affecter à la caisse dudit dépôt (Cass. soc., 13 juin 1984, n° 82-41.434) ;
- encaissement par le directeur de publication du montant d'un chèque représentant les ventes mensuelles d'un dépositaire pour restituer la somme neuf mois plus tard après de nombreuses réclamations (Cass. soc., 24 mars 1988, n° 84-45.598P).

L'ancienneté ne justifie pas en principe un manquement à la probité. Au contraire, elle peut même, à l'instar des hautes fonctions du salarié, être retenue pour souligner la gravité de la faute commise. Il importe peu par ailleurs que le détournement (par exemple effectué au préjudice d'un client de l'entreprise) n'ait causé aucun préjudice direct à l'employeur (Cass. soc., 9 avr. 1986, n° 83-42.515P).

**109 Attribution indue de compléments de rémunération**

Le fait de conserver pour soi des encaissements indus caractérise généralement une faute grave. Tel est le cas :

- du salarié qui, de mauvaise foi, conserve une partie des paiements effectués pour le compte de son employeur (Cass. soc., 19 nov. 2002, n° 00-46.108P) ou un chèque destiné à son employeur (Cass. soc., 3 févr. 1971, n° 70-40.077P) ;
- d'un directeur qui s'est attribué une prime de 18 293,88 € sans l'autorisation de la gérance (Cass. soc., 11 juill. 2007, n° 06-40.225) ;
- du responsable du service de la paie qui s'attribue es qualité la contrepartie financière de congés payés indus (Cass. soc., 19 avr. 2000, n° 97-43.754).

L'indélicatesse consiste également à se faire rémunérer plusieurs fois un même travail. Les tribunaux se montrent tout aussi sévères à l'égard de tels comportements. Cependant, il convient pour l'employeur d'être extrêmement prudent dans la rédaction de la lettre

de licenciement visant de tels faits. En effet, la lettre de licenciement fixant les limites du litige, la Cour d'appel, après avoir constaté que ladite lettre visait expressément le détournement de fonds et l'abus de confiance, objet de poursuites pénales clôturées par un arrêt de relaxe devenu irrévocable, a légitimement refusé de rechercher si ces faits pouvaient recevoir une autre qualification que l'employeur n'avait pas envisagée (Cass. soc., 31 mars 1999, n° 97-40.664).

## 110 Usage de faux pour obtenir un avantage

### a) *Curriculum vitae*

Le premier acte de déloyauté envisageable consiste à fournir à son futur employeur un curriculum vitae erroné incluant des renseignements inexacts. Lorsque l'employeur s'aperçoit après l'embauche de tels agissements, il ne pourra prononcer le licenciement qu'à la condition que soit avéré le fait que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il avait été recruté (Cass. soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912P).

Sur la base des dispositions de l'article 1116 du Code civil, la nullité du contrat peut toutefois être prononcée si « les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté », ce qui n'est pas le cas de la simple mention dans un curriculum vitae d'une expérience professionnelle imprécise et susceptible d'une interprétation erronée (Cass. soc., 16 févr. 1999, n° 96-45.565P).

### b) *Autres documents*

En dehors de cette hypothèse bien spécifique, la remise par un salarié de documents fallacieux, qu'il s'agisse de fausses notes de frais ou de faux documents, constitue une faute. Ainsi, constitue une faute **sérieuse**, le fait :

- pour un visiteur médical d'établir un rapport d'activité mentionnant des visites non effectuées (Cass. soc., 5 janv. 1984, n° 81-41.761) ;
- de remettre à son employeur des documents bancaires qu'il savait avoir été falsifiés par son épouse, pour se soustraire aux poursuites exercées par leurs créanciers sur ses salaires (Cass. soc., 23 oct. 2002, n° 00-41.671) ;
- **grave**, la falsification d'une note de frais par un cadre de haut niveau (Cass. soc., 5 juin 1985, n° 83-41.504), la présentation de faux certificats de scolarité concernant ses enfants pour obtenir des indemnités (Cass. soc., 17 oct. 1995, n° 94-42.332) et l'abus commis par un salarié au service d'un grand magasin de la possibilité qu'il avait d'acquérir des marchandises à prix coûtant en emportant un article pour lequel il présente un ticket de caisse d'un montant très inférieur à la valeur de la marchandise (Cass. soc., 29 mai 1973, n° 72-40.384P).

#### **Attention**

La faute peut être disqualifiée, voire écartée, s'il est établi que l'employeur connaissait les pratiques frauduleuses de son salarié, tels : la production de faux rapports d'activité alors qu'il les avait tolérées pendant plusieurs années (Cass. soc., 9 juill. 1992, n° 91-41.863) ou un fait occasionnel d'un salarié qui totalisait vingt ans d'ancienneté et n'avait fait l'objet d'aucun reproche (Cass. soc., 10 juin 1997, n° 95-45.174).

## 111 Complicité d'actes « indéliçats »

L'indélicatesse peut ne pas avoir été commise par le salarié lui-même mais par un tiers. Dans cette hypothèse, la complicité avérée du salarié peut justifier son licenciement, voire permettre de retenir la qualification de faute grave ou lourde à l'encontre du salarié fautif.

Ainsi, la faute lourde a été retenue s'agissant d'une secrétaire ayant participé à un détournement de fonds orchestré par son mari, agent général d'assurances, en établissant une comptabilité erronée aux fins de favoriser ces faits (Cass. soc., 21 mars 2000, n° 97-45.305).

La faute grave a été retenue à l'égard :

- d'une caissière qui avait accepté de recevoir, en dehors de son temps de travail, une dizaine d'articles qu'elle savait avoir été sciemment passés en caisse sans enregistrement par une collègue caissière, ce qui constituait un préjudice à l'employeur (Cass. soc., 11 oct. 2006, n° 05-41.198) ;
- d'un guichetier dans une banque qui a émis sciemment trois chèques sans provision pour alimenter artificiellement le compte de sa mère, et lui permettre ainsi de profiter des avantages offerts par la carte à débit différé, comportement qui ne peut être considéré comme détachable de ses fonctions. La banque qui gère le compte, et qui est aussi son employeur, était directement victime de l'escroquerie commise (Cass. soc., 24 juin 1998, n° 96-40.150P) ;
- d'un salarié qui avait établi sciemment au profit d'un client une facture erronée (Cass. soc., 3 avr. 1997, n° 94-41.816).

En revanche, ne commet pas de faute grave le salarié, cadre stagiaire de rayon, manquant d'expérience, qui a pu se croire autorisé, dans l'intérêt même de son employeur, à consentir une remise, la veille de Noël, sur des jouets de démonstration (Cass. soc., 18 févr. 1998, n° 95-42.135). Il y aurait eu « indélicatesse » si le salarié avait entendu accorder un avantage à des personnes clientes qu'il connaissait sans l'autorisation de l'employeur.

## 112 Vol

### a) *Au préjudice de l'employeur*

Le vol n'est pas automatiquement qualifié de faute grave privative des indemnités de rupture. Cela dépendra de l'appréciation des circonstances, de la portée du geste au regard de la fonction du salarié, de la nature et de la valeur de l'objet soustrait à l'employeur.

Ainsi constitue une faute grave :

- l'existence du vol par la salariée de produits de nettoyage appartenant à l'employeur et de pressions exercées par elle à l'encontre d'autres salariées de la société afin d'obtenir la remise de tickets repas (Cass. soc., 9 janv. 2008, n° 06-44.801) ;
- le fait pour un salarié de dérober divers produits qu'il avait dissimulés dans son véhicule, les juges relevant à cet égard qu'il ne s'agissait pas d'un acte isolé (Cass. soc., 26 mars 2003, n° 01-41.752).

Certaines circonstances peuvent justifier que soit écartée la faute grave pour ne retenir que la cause réelle et sérieuse. Ainsi, s'agissant du vol d'une bouteille de 23,30 francs, le juge a pu considérer que ce comportement ne rendait pas impossible le maintien du salarié dans l'entreprise durant le préavis (Cass. soc., 27 mai 1998, n° 96-40.928P ; Cass. soc., 17 janv. 2001, n° 98-44.762).

De même ne constitue pas une faute grave, le fait, pour une caissière, de minorer sciemment le prix d'un produit de son rayon qui lui était destiné. Cette seule indécatesse, retenue à l'encontre d'une salariée ayant quinze ans d'ancienneté et n'ayant pas fait l'objet de reproches similaires, ne rendait pas impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis (Cass. soc., 17 juill. 2001, n° 99-43.435).

Il a même été jugé que le licenciement pouvait être dépourvu de cause réelle et sérieuse. Ne constitue pas un motif réel et sérieux de rupture :

- l'unique cession gratuite à des clients de l'employeur de deux produits d'infime valeur (produits de l'enseigne Mac Donald's) (Cass. soc., 21 mars 2002, n° 00.40.776) ;
- le vol d'un bout de tuyau (Cass. soc., 16 déc. 2003, n° 01-47.300).

### ***b) Au préjudice des clients de l'employeur***

Il en va différemment lorsque la victime du vol est un client ou un fournisseur de l'entreprise. Même si l'objet soustrait est de faible valeur, il s'agit d'une faute grave, car ce comportement nuit à l'entreprise ou à son image (Cass. soc., 16 janv. 2007, n° 04-47.051 ; Cass. soc., 9 oct. 2002, n° 00-45.663).

Constitue également une faute grave le détournement d'une somme d'agent par le salarié d'une banque au préjudice d'un client de celle-ci, réalisé à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle, car il ne constitue pas un fait relevant de la vie personnelle du salarié (Cass. soc., 21 mai 2002, n° 00-40.222).

## **113 Condamnation et infraction pénale**

Les faits reprochés au salarié peuvent être dans le même temps constitutifs d'une infraction pénale (vol, abus de confiance, harcèlement sexuel, etc.). Il convient dès lors d'examiner l'influence exercée par la décision rendue par le juge répressif (si le salarié est poursuivi pénalement) sur la légitimité du licenciement dont l'appréciation est confiée aux seuls juges civils.

### ***a) Qualification pénale dans la lettre***

Les décisions de la juridiction pénale ont au civil autorité de la chose jugée à l'égard de tous et il n'est pas permis au juge civil de méconnaître ce qui a été jugé par le juge répressif.

Par conséquent, est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement dont la notification n'invoque que :

- l'existence d'un faux, le motif étant inexistant en raison de la décision de relaxe intervenue (Cass. soc., 28 oct. 2002, n° 02-40.919 ; Cass. soc., 17 nov. 1998, n° 96-44.364P) ;
- des malversations identiques à celles portées à la connaissance du juge pénal, pour lesquelles le salarié a été relaxé (Cass. soc., 4 avr. 2001, n° 99-40.055P).

Dans le sens inverse, l'arrêt rendu par la juridiction correctionnelle déclarant établis les faits de vol commis par le salarié au détriment de son employeur est revêtu de l'autorité de la chose jugée et s'impose au juge prud'homal pour l'appréciation de la légitimité du licenciement (Cass. soc., 6 juill. 1999, n° 96-40.882P).

### ***b) Aucune qualification pénale dans la lettre***

Il en va différemment lorsque la lettre de licenciement ne mentionne pas la qualification pénale.

Notons enfin que le juge du fond ne saurait retenir la faute lourde au regard du seul fait que le délit de vol est constitué et comporte un élément intentionnel. Il appartient à l'employeur de démontrer qu'à la commission de l'infraction s'ajoute l'intention de lui nuire (Cass. soc., 6 juill. 1999, n° 97-42.815P).

## **§ 2. Déloyauté commerciale**

### **114 Principe de non-concurrence**

Le salarié est tenu pendant la durée de son contrat de travail par une obligation de loyauté et de fidélité. Une telle obligation lui interdit les agissements constituant des actes de concurrence à l'égard de l'employeur.

#### ***a) Activité concurrente***

Un salarié ne peut se livrer pendant son contrat de travail à une activité concurrente, soit à son profit, soit au profit d'une autre entreprise, ni favoriser une entreprise concurrente. Ce type d'actes est susceptible de légitimer un licenciement pour faute grave.



Commettent ainsi une faute grave :

- le représentant qui avait exercé une activité pour une société concurrente (Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-40.979) ;
- le VRP qui utilise le savoir-faire d'une salariée de son propre employeur au profit d'une société dont il était le gérant, et que ce fait, révélait de surcroît l'intention du salarié de créer une activité concurrente à celle de son employeur, les dessins versés aux débats présentant une grande similitude avec les modèles commercialisés par l'entreprise (Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 2004, n° 02-41.859) ;
- le fait d'apporter sa collaboration à une activité directement concurrente de l'activité de l'employeur (Cass. soc., 3 juill. 2003, n° 01-41.306) ;
- le fait de créer, en violation des textes réglementaires, au mépris des engagements pris et à l'insu de l'employeur, une activité concurrente de syndic de copropriété (Cass. soc., 25 oct. 2000, n° 98-43.760) ;
- le VRP multcartes qui propose de façon incomplète la collection de la société qu'il représente afin de favoriser sa propre marque de vêtements d'enfants diffusée par une société qu'il a créée (Cass. soc., 9 avr. 1998, n° 96-40.015) ;
- le directeur commercial qui fait visiter assez longuement les ateliers de la société qui l'emploie à un ancien collaborateur accompagné d'un technicien cadre au service d'un concurrent (Cass. soc., 25 mars 1981, n° 79-40.976P).

### **b) Détournement de clientèle**

La jurisprudence retient la même qualification (voire parfois celle de faute lourde) lorsque ces agissements s'accompagnent de détournement de clientèle. Ainsi en est-il d'un directeur commercial qui utilise à des fins personnelles, et sans contrepartie, le matériel de l'entreprise ainsi que les moyens et le savoir-faire de l'employeur dans le cadre de son projet d'appropriation de l'activité et de la clientèle de la société (Cass. soc., 11 mai 1999, n° 97-41.576).

A fortiori, la faute grave est caractérisée lorsque l'activité parallèle est exercée en méconnaissance d'une clause d'exclusivité (Cass. soc., 25 nov. 1997, n° 94-45.437).

Il convient d'adopter une solution beaucoup plus nuancée concernant la participation passive du salarié (sous forme de prise de parts ou d'actions) dont les intérêts sont contraires à l'employeur. Ainsi, lorsque l'employeur se place sur le terrain disciplinaire, le juge du fond ne peut que constater qu'aucune faute n'est commise par la seule détention par un salarié de parts sociales de la société de son épouse, dirigeante d'une société en conflit avec l'employeur (Cass. soc., 7 mars 2001, n° 98-42.985).

## **115 Création d'entreprise**

La création d'une entreprise par les salariés, même si elle a la même activité que celle qui les employait, n'est pas en soi un acte de concurrence déloyale, pourvu que l'exploitation de l'entreprise ainsi créée ne commence qu'après la fin du contrat de travail et à un moment où le salarié n'est plus tenu par aucune obligation envers son employeur (Cass. soc., 20 févr. 1975, n° 74-40.238P). Elle le deviendra si elle s'accompagne de certaines circonstances attestant que les salariés ont utilisé leur temps de travail ou des informations, propriétés de l'entreprise, pour fonder leur société et ont eu recours à des manœuvres frauduleuses pour détourner la clientèle de leur employeur. De tels actes sont susceptibles d'entraîner le licenciement pour faute grave ou lourde du salarié créateur d'entreprise. Il en est ainsi :

- du fait d'apporter son concours technique au projet de création d'une entreprise concurrente de celle de son employeur (Cass. soc., 4 juill. 2007, n° 05-45.977) ;
- du fait, pour un VRP, d'utiliser le savoir-faire d'une salariée de son employeur au profit d'une société dont il est le gérant. Ces agissements, révélant son intention de créer une activité concurrente à celle de son entreprise, contraire à son obligation de loyauté, constituent une faute grave même si le projet n'avait pas encore reçu de concrétisation au moment du licenciement (Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 2004, n° 02-41.859).

Commet également une faute lourde, le salarié gestionnaire de dossiers dans une société de courtage d'assurance, qui a délibérément fait signer à plusieurs reprises à des clients de son employeur des ordres de remplacement au profit d'un cabinet concurrent dont il avait prévu de reprendre la direction peu après (Cass. soc., 30 sept. 2003, n° 01-45.066).

### SOUS-SECTION IV

## **Comportement du salarié au travail**

### **116 Fautes professionnelles**

L'insuffisance professionnelle peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, indépendamment de tout comportement fautif du salarié concerné.

Toutefois, lorsque des fautes professionnelles sont commises, l'employeur peut se placer sur le terrain disciplinaire. Se pose alors le problème de la nécessaire distinction entre l'insuffisance professionnelle et la faute grave. Ainsi, selon la jurisprudence, lorsque les erreurs commises par le salarié ne relèvent pas de la mauvaise volonté de celui-ci, mais de son insuffisance professionnelle, la faute grave n'est pas constituée (Cass. soc., 31 mars 1998, n° 95-45.639P).

Les illustrations jurisprudentielles sont nombreuses et variées en la matière, à l'image des prestations de travail attendues.

#### **a) Faute grave**

Les erreurs ou fautes professionnelles peuvent parfois justifier le licenciement pour faute grave. C'est le cas s'agissant :

- d'un directeur dont les tableaux de bord instaurés à l'issue de la première phase d'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes dans le cadre d'un plan de redressement de la situation financière de l'association, contenaient des erreurs portant sur des sommes importantes sur lesquelles l'intéressé n'avait pas pu fournir d'explications et qui, masquant la situation déficitaire de l'association, risquaient de compromettre la continuité de l'exploitation (Cass. soc., 31 janv. 2007, n° 05-40.808) ;
  - d'un chef de chantier ayant commis une faute professionnelle nonobstant les consignes précises du conducteur de travaux et des incidents antérieurs (Cass. soc., 12 janv. 2000, n° 97-43.596).
- En revanche, le licenciement ne sera pas légitime dès lors que le voilage des films que le salarié avait été chargé de coller n'avait été rendu possible que par la mise hors service du système d'alarme (Cass. soc., 21 mars 2001, n° 98-45.639).

### **b) Prise en compte des circonstances**

Une faute professionnelle, fût-elle grave en elle-même ou génératrice d'un risque important d'accident finalement évité, peut ne pas recevoir la qualification de « faute grave » mais de simple faute sérieuse au vu des circonstances. Ne commettent pas de faute grave :

- le salarié, agent de surveillance, qui s'est endormi à son poste de travail, au motif qu'il avait 9 ans d'ancienneté, qu'il donnait habituellement satisfaction à son employeur et qu'il avait été soucieux de ne pas manquer à ses obligations professionnelles (Cass. soc., 8 janv. 1998, n° 95-42.482) ;
- le pharmacien assistant qui charge un employé non-pharmacien de filtrer et mettre dans un flacon de l'eau de chaux destinée à un bébé. Si le salarié avait fait preuve de négligence dans la surveillance du travail ce qui avait exposé l'enfant à un risque, la faute grave a pu être écartée dès lors que le juge du fond a constaté qu'il n'avait pas exécuté la préparation litigieuse lui-même (Cass. soc., 1<sup>er</sup> mars 2000, n° 97-45.131) ;
- un salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière de sécurité du travail lorsqu'un de ses supérieurs hiérarchiques, s'immisce dans le déroulement des tâches en rapport avec cette mission, supprimant ainsi l'autonomie d'initiative inhérente à toute délégation de pouvoirs effective (Cass. soc., 21 nov. 2000, n° 98-45.420P).

La lenteur, le relâchement ou encore le manque d'intérêt peuvent caractériser un motif légitime de rupture du contrat de travail, pourvu que ces éléments imputables au salarié soient probants et nuisent effectivement à la bonne marche de l'entreprise. Ainsi a-t-il été jugé que procède d'une cause réelle et sérieuse le licenciement frappant un ouvrier agricole pour manquements, tels que lenteur inadmissible et délibérée dans l'exécution de sa tâche, qui ont persisté malgré les avertissements successifs de l'employeur (Cass. soc., 15 nov. 1994, n° 93-40.469).

## **117 Ponctualité au travail**

Les retards ne sauraient constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement que s'ils ont une certaine fréquence et apportent une perturbation à la bonne marche de l'entreprise. Ainsi, est privé de motif réel et sérieux le licenciement fondé sur des retards, même répétés, d'un salarié dès lors que ces retards sont d'une très faible importance et sont compensés par l'intéressé au-delà même de leur durée (Cass. soc., 8 juill. 1982, n° 80-41.030P), ou encore s'ils demeurent peu fréquents (Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 1976, n° 75-40.758P).

### **a) Faute sérieuse**

Ont été jugés fondés sur une faute sérieuse les licenciements intervenus dans les circonstances suivantes :

- retards répétés entraînant de graves perturbations dans le travail (Cass. soc., 30 mars 1982, n° 80-40.553) ;
- persistance de la salariée, en dépit d'avertissements antérieurs, à ne pas respecter l'horaire de travail imposé collectivement (Cass. soc., 4 févr. 1981, n° 79-40.813P).

### **b) Faute grave**

Il est rare que les tribunaux retiennent l'existence d'une faute grave en cas de retards fréquents du salarié. Cela suppose généralement qu'ils atteignent une certaine ampleur, que le travail confié nécessite de la ponctualité et que l'employeur ait déjà mis en garde le salarié. Là encore, la jurisprudence subordonne cette qualification :

- aux **circonstances de la cause** (Cass. soc., 7 janv. 1988, n° 84-45.925. Ne commet pas de faute grave le salarié qui prend son service avec une heure de retard en raison de la maladie d'un enfant prématuré) ;
- à l'**importance et à la fréquence des retards** afin d'évaluer la perturbation apportée à la marche de l'entreprise. Il est évident qu'un retard ne saurait être qualifié de faute grave s'il est causé par une décision de l'employeur. Ainsi en est-il du retard d'un salarié à la reprise du travail après la suppression brutale, par l'employeur, du moyen de transport habituel du personnel à la cantine (Cass. soc., 11 mai 1977, n° 76-40.185).

La faute grave a été en revanche caractérisée s'agissant d'un salarié dont les nombreux retards injustifiés désorganisaient la bonne marche de l'entreprise (Cass. soc., 19 mars 1987, n° 84-40.716P) ou lorsque les retards répétés s'ajoutaient à d'autres fautes tel un abandon de poste (Cass. soc., 12 mai 2004, n° 02-41.090) ; ou lorsque les retards sont imputables à un agent de maîtrise ayant pouvoir de direction et de contrôle sur les salariés (Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-43.983).

L'exactitude au travail ne se confond pas avec le non-respect volontaire des horaires de travail qui peut être la marque d'un acte d'insubordination.

## **118 Abandon de poste**

L'abandon de poste est souvent considéré comme une faute grave ou à tout le moins comme une cause réelle et sérieuse de licenciement. Toutefois, la légitimité du licenciement suppose que le salarié quitte soudainement son poste de travail sans raison apparente ou légitime (Cass. soc., 26 oct. 1994, n° 93-40.749).

A été retenu comme faute grave, l'abandon de poste :

- accompagné du non-respect des horaires et de sabotage d'un chantier alors que le salarié avait déjà été sanctionné à deux reprises pour absences injustifiées (Cass. soc., 22 janv. 2008, n° 06-43.360) ;
- en raison d'une contestation de principe sur la durée de travail (Cass. soc., 19 juill. 1994, n° 91-42.667).

Pour pouvoir évoquer une faute grave, l'employeur devra avoir invité le salarié à reprendre son poste de travail (Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-41.540).

Certaines hypothèses ne peuvent permettre à l'employeur de prononcer le licenciement. Il en est ainsi de l'abandon de poste justifié :

- par l'état de santé du salarié, afin de consulter un médecin (Cass. soc., 3 juill. 2001, n° 99-41.738P).  
Le salarié est alors tenu de produire un certificat médical daté du jour de son abandon de poste (Cass. soc., 9 janv. 2008, n° 06-44.633) ;
- par des raisons dramatiques, tel le décès d'un proche (Cass. soc., 22 nov. 2000, n° 98-43.283).

**Remarques** : Dans tous les cas, ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, l'abandon de poste motivé par une situation dangereuse (C. trav., art. L. 4131-3 ; voir 312, « Pouvoir de licencier »).

Ainsi, lorsque le juge du fond relève que la veille du jour où il a exercé un droit d'alerte, le salarié avait été examiné par le médecin du travail qui l'avait déclaré apte à la conduite sous réserve que lui soit confié un véhicule à direction souple, une cour d'appel a pu en déduire que le salarié refusant de conduire un véhicule en indiquant que la direction était trop dure et la suspension trop ferme avait exercé son droit d'alerte (Cass. soc., 10 mai 2001, n° 00-43.437).

## 119 Indiscipline et insubordination

Le lien de subordination entre le salarié et l'employeur, qui constitue l'un des critères du contrat de travail, implique le respect de normes d'organisation et la soumission au pouvoir de direction de l'employeur. Le salarié, en sa qualité de travailleur subordonné, est tenu d'exécuter les ordres qui lui sont donnés, sous réserve qu'ils ne soient pas contraires aux dispositions légales et n'outrepassent pas les prérogatives accordées par la loi à l'employeur. Les tribunaux se réservent donc le droit de contrôler la légitimité des ordres donnés.

### a) Faute grave

Dans certaines hypothèses, la faute grave a pu être retenue dès lors que le pouvoir de direction est une prérogative essentielle de l'employeur, à laquelle le salarié ne saurait, sauf exception, s'opposer.

Ainsi, constitue une faute grave :

- le refus d'exécuter les tâches de sa qualification, et l'insubordination caractérisée (Cass. soc., 20 fév. 2008, n° 06-44.741) ;
- le refus pour un ouvrier de se rendre sur un chantier malgré les lettres de mise en demeure de son employeur (Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-45.515) ;
- le fait pour une salariée qui, malgré un courrier explicite de l'employeur, résilie le contrat de l'unique client d'une agence matrimoniale en affirmant que l'employeur entendait cesser son activité (Cass. soc., 17 juil. 2007, n° 06-43.873) ;
- le fait pour un salarié, en dépit de la mise en garde dont il avait fait l'objet, de délibérément enfreindre les consignes relatives à la remise des lettres et colis alors que cette tâche rentrait dans ses attributions et que, dans le contexte l'opposant à son employeur sur l'étendue de ses fonctions, un tel manquement s'analysait en un acte d'insubordination caractérisé (Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-42.415) ;
- le refus d'un salarié, malgré plusieurs injonctions de l'employeur, de subir une visite de reprise à l'issue de la suspension de son contrat de travail (Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 97-45.286) ;
- le refus d'un salarié d'effectuer les tâches qui lui étaient dévolues en raison de son prétendu état de santé alors que la visite médicale subie à sa demande n'avait donné lieu à aucune réserve du médecin du travail (Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 98-46.144P).

### b) Cause réelle et sérieuse

L'existence d'une cause réelle et sérieuse a été reconnue de façon générale en cas d'insubordination, d'obstruction et de mauvaise volonté (Cass. soc., 7 mai 1981, n° 79-41.454P), ou s'agissant du refus :

- de collaborer (Cass. soc., 9 juin 1982, n° 80-40.896P) ;
- d'exécuter le travail pour lequel le salarié a été embauché (Cass. soc., 17 oct. 1983, n° 81-41.311P ; Cass. soc., 10 mars 1982, n° 80-40.040P), même un travail inhabituel s'il est de courte durée et ne remet pas en cause la qualification du salarié (Cass. soc., 13 oct. 1982, n° 80-41.231P : ouvrier affecté à un poste qu'il était le seul à bien connaître et refusant formellement d'initier à cette spécialité un autre travailleur) ;
- par un salarié ayant six ans d'ancienneté de prolonger son travail un peu après l'heure normale pour terminer le déchargement d'un camion où restaient deux colis (Cass. soc., 7 juill. 1982, n° 79-42.735P) ;
- de travailler le dimanche par roulement pour le salarié d'une entreprise autorisée à donner le repos hebdomadaire par roulement (Cass. soc., 10 nov. 1981, n° 79-42.738P) ;
- d'exécuter ses obligations contractuelles, à savoir être présent sur les lieux de travail un samedi lors d'un transfert d'ordinateur, alors qu'il avait été prévenu depuis plusieurs mois (Cass. soc., 27 nov. 1991, n° 88-44.110P : en l'espèce, le salarié a tenté vainement d'invoquer le respect de sa vie privée).

De façon générale, les juges du fond retiendront la faute lorsque les faits de désobéissance ou d'insubordination à des ordres légitimes nuisent au bon fonctionnement de l'entreprise ou suscitent un trouble en son sein.

### c) *Prise en compte des circonstances*

Le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse dès lors que le refus d'obéissance est justifié par :

- un **ordre illicite ou illégitime**, en particulier quand la vie ou l'intégrité physique du salarié ou de tiers est en cause (Cass. soc., 27 avr. 1984, n° 80-41.409 ; Cass. soc., 26 mai 1982, n° 80-40.895). Ainsi, le licenciement intervenu au motif du refus par un ambulancier d'exécuter des astreintes au-delà de la durée légale hebdomadaire de travail est dépourvu de cause réelle et sérieuse s'il est constaté que les conditions légales de sécurité ne sont pas remplies (CA Toulouse, 4<sup>e</sup> ch. soc., 20 oct. 2000). Il en va de même s'agissant du refus par un chauffeur routier de reprendre son service avant la fin de son repos journalier (CA Bordeaux, ch. soc., 27 mars 2001) ;
- les **troubles pathologiques du salarié**. Le comportement d'une salariée présente à son travail mais ne fournissant pas la moindre prestation de travail et refusant le dialogue, ne saurait être constitutif d'une faute grave, un tel comportement résultant de troubles pathologiques dont l'employeur avait connaissance (Cass. soc., 9 juill. 1997, n° 94-45.558P). Le refus de reprendre le travail intimé par un employeur venant de commettre des actes révélateurs de harcèlement moral ne peut fonder un licenciement (CA Toulouse, 31 mars 2000, SARL P, RJS 4/00, n° 404) ;
- le refus du salarié d'accomplir un travail ne relevant **pas de sa compétence**. Il en a été jugé ainsi à propos d'une salariée refusant d'exécuter en plus des travaux de couture prévus par son contrat de travail, ceux qui lui étaient confiés à titre personnel par la directrice de la société (Cass. soc., 3 déc. 1992, n° 91-42.417). A défaut, s'il les exécute, l'employeur ne peut lui reprocher les erreurs commises dans son travail (Cass. soc., 2 févr. 1999, n° 96-44.340P).

## 120 Temps de travail et indiscipline

Le pouvoir de direction de l'employeur tend à s'exercer dans toute sa plénitude en matière de temps de travail. Ce qui inclut tout d'abord le contrôle qu'il effectue sur le nombre d'heures dues par le salarié et effectivement accomplies.

Il en va ainsi lorsque le salarié :

- s'oppose au contrôle par l'employeur des heures effectuées, en refusant de se soumettre au pointage (Cass. soc., 22 juill. 1982, n° 80-41.012 : faute grave). Toutefois, la qualification de faute grave n'a pas été retenue dès lors que le refus de pointage ne s'accompagnait d'aucun conflit sur les horaires de travail du salarié (Cass. soc., 17 nov. 1998, n° 96-44.198) ;
- refuse d'effectuer des heures supplémentaires, il s'expose à être licencié de l'entreprise sans préavis ni indemnité de licenciement (Cass. soc., 19 mars 1987, n° 84-42.468 ; Cass. soc., 26 nov. 2003, n° 01-43.140). En la matière, la seule limite au pouvoir de direction de l'employeur est l'abus relevé à l'encontre de l'employeur, notamment le non-respect des dispositions en matière de durée du travail et/ou de repos compensateur ou imposerait des heures supplémentaires de façon discriminatoire. Ainsi, par exemple, le refus d'un salarié de prendre une garde après avoir travaillé les cinq jours précédents ne saurait constituer une faute grave dès lors qu'en l'assumant, le salarié aurait enfreint l'interdiction de travailler plus de six jours consécutifs prévue par la convention collective (Cass. soc., 8 juill. 1997, n° 95-41.109).

A l'inverse, relève du pouvoir de direction de l'employeur la suppression des heures supplémentaires, le salarié ne pouvant se prévaloir alors d'une modification de son contrat, sauf si elles sont contractuellement garanties (Cass. soc., 10 mars 1998, n° 95-44.842).

### SOUS-SECTION V

## Absences

### 121 Abus du matériel de l'entreprise

L'usage du matériel à des fins personnelles peut, lorsqu'il est abusif, constituer un motif de licenciement.

Il en est ainsi notamment de l'usage abusif du **téléphone** lorsque :

- la salariée, pendant plusieurs mois, et après avoir été avertie à plusieurs reprises de l'augmentation anormale des consommations téléphoniques, avait quotidiennement appelé la métropole à partir du bureau du président (Cass. soc., 18 juin 2003, n° 01-43.122) ;
- le salarié profitait de ses fonctions pour passer des communications téléphoniques personnelles (Cass. soc., 3 mai 2000, n° 97-45.503 ; Cass. soc., 7 mai 1997, n° 94-40.425).

Il en sera de même des connexions internet pendant le temps de travail ou de l'usage de la messagerie, tels :

- l'utilisation de l'accès internet à des fins personnelles pour visiter des sites prohibés (Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-41.044) ;
- le fait pour un salarié d'utiliser la messagerie électronique que l'employeur met à sa disposition pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, un courriel contenant des propos antisémites. Ce fait est nécessairement constitutif d'une faute grave (Cass. soc., 2 juin 2004, n° 03-45.269).

### 122 Absences injustifiées

Les absences injustifiées en tant qu'elles relèvent d'un comportement fautif du salarié sont susceptibles de constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Dans certains cas, elles peuvent même caractériser une faute grave, privative des indemnités de rupture.

L'absence peut être injustifiée ou irrégulière lorsque le salarié ne se présente pas à son poste de travail pour des raisons de convenance personnelle, en raison :

- de sa maladie ou de son état de santé sans en avoir informé l'employeur (en particulier par l'envoi d'un certificat médical)

— d'une prise de congé anticipée, au mépris de ce qui avait été convenu.

### **a) Faute grave**

Les absences injustifiées d'une durée conséquente, ou répétées, ou encore démontrant une réelle mauvaise foi du salarié, sont susceptibles de caractériser une faute grave. Ont été jugés comme faute grave :

- les absences injustifiées d'une caissière au moment des fêtes de fin d'année mettant en difficulté l'employeur pour organiser son remplacement, malgré des avertissements déjà reçus pour des retards répétés (Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-42.394) ;
- l'absence de la salariée à son poste de travail malgré une mise en demeure de son employeur (Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-41.540) ;
- le fait, après avoir fait l'objet d'un avertissement de n'avoir pas signalé en temps utile une absence pour cause de maladie, de s'être absenté pendant un mois sans raison valable, sans autorisation de son employeur et sans répondre à sa demande d'explication (Cass. soc., 30 janv. 2007, n° 05-41.671) ;
- le fait pour un cadre d'avoir pris un jour de congé le vendredi de l'Ascension alors que l'employeur avait informé les salariés que cette journée serait travaillée (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1998, n° 96-42.824) ;
- le fait d'avoir tenté de maquiller une absence injustifiée en faisant signer, dans des conditions révélatrices de sa mauvaise foi, une déclaration erronée par un agent SNCF relative à sa prestation de travail (Cass. soc., 16 juill. 1998, n° 96-43.019) ;
- l'absence injustifiée, concertée avec d'autres salariés, contraignant l'employeur à fermer son magasin (Cass. soc., 24 janv. 1991, n° 89-41.068).

### **b) Cause réelle et sérieuse**

Ont été considérés comme constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement :

- la prise d'un jour de congé à sa convenance par un salarié, chef de groupe, sans se soucier de l'intérêt du service dont il a la charge (Cass. soc., 23 nov. 1989, n° 87-40.555). Il en est de même de celui qui prend ses congés payés malgré le refus de l'employeur ou sans son accord préalable ;
- l'absence, même de courte durée, s'il est établi qu'elle a sérieusement désorganisé le fonctionnement de l'entreprise, et traduit ainsi le manque de conscience professionnelle du salarié (Cass. soc., 30 mars 1977, n° 75-40.620P : absence d'une demi-journée d'un salarié, menacé par une mesure de compression du personnel, qui s'était rendu à l'inspection du travail pour se renseigner sur ses droits, cette absence inopinée ayant « été de nature à compromettre et à désorganiser l'exécution des travaux de l'atelier » ; voir concernant des absences de courte durée : Cass. soc., 5 oct. 1978, n° 77-40.630P ; Cass. soc., 16 déc. 1981, n° 79-41.300P ; Cass. soc., 31 janv. 1980, n° 78-41.693).

#### **Attention**

En matière d'absence du salarié pour maladie non justifiée, les juges tendent à écarter l'existence d'un motif légitime de rupture lorsque le salarié a commis une simple négligence dans l'envoi de justificatifs (voir 240 « Maladie »).

### **c) Mauvaise foi de l'employeur**

L'erreur commise par l'employeur ou sa mauvaise foi peut conduire à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse. C'est le cas s'agissant :

- d'une salariée licenciée verbalement par un représentant de l'employeur, qui lui avait demandé de quitter immédiatement son poste (Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-42.409) ;
- d'un abandon de poste non établi dès lors que le poste de travail du salarié était à son domicile (Cass. soc., 7 juin 2007, n° 05-43.764) ;
- du licenciement d'une salariée pour absences injustifiées alors que son contrat de travail était suspendu en raison d'un congé parental d'éducation (Cass. soc., 13 déc. 2007, n° 06-46.302) ;
- d'une serveuse de café considérée à tort comme démissionnaire par l'employeur à la suite d'une absence de deux jours, alors qu'elle avait obtenu l'autorisation de ne pas travailler le premier de ces deux jours pour se rendre au chevet de son père malade et que la seule absence répréhensible concernait la journée du lendemain qui était le lundi de Pâques (Cass. soc., 16 déc. 1981, n° 79-42.744P).

### **d) Prise en compte des circonstances**

Le juge du fond est toutefois parfois appelé à écarter le caractère légitime de la rupture au regard de la légèreté du manquement du salarié, des circonstances de l'absence, voire du passé du salarié.

Ainsi, le licenciement est privé de cause réelle et sérieuse :

- lorsque la faute n'est pas caractérisée du fait de l'ancienneté du salarié (34 ans), de l'absence de sanctions disciplinaires antérieures, de ses ennuis de santé connus de l'employeur, de la connaissance par ce dernier de l'absence (Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-41.435) ;
- dans l'hypothèse d'une absence d'une journée dès lors que le salarié en question bénéficiait de la qualité de cadre autorisant une certaine liberté d'organisation dans le travail et qu'il n'avait fait l'objet d'aucun reproche en vingt ans passés au service de l'entreprise (Cass. soc., 8 juin 1999, n° 97-41.101).

La seule absence du salarié ne peut s'analyser en une démission.

Dans un tel cas, l'employeur qui considère, sans prononcer de licenciement, le contrat de travail de l'intéressée comme rompu, prend acte de la rupture qui s'analyse comme un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 13 déc. 2006, n° 05-44.541) (voir 310 « Démission »).

## **123 Incarcération du salarié**

L'employeur ne peut prendre acte de la rupture et considérer ainsi la circonstance d'une longue détention comme :

- un **cas de force majeure** (Cass. soc., 25 mars 1998, n° 96-40.724 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1998, n° 96-41.403), car le caractère d'irrésistibilité fait défaut dans cette hypothèse ;
- une **démission**. Le fait qu'un salarié ne remplisse pas ses obligations contractuelles durant plusieurs mois ne caractérise pas une volonté claire et non équivoque de mettre fin au contrat de travail (Cass. soc., 30 oct. 1996, n° 94-41.083P).

# ■ Procédure de licenciement pour motif personnel ■

## SECTION I

### Champ d'application

#### 124 Notion d'employeur

Les dispositions relatives au licenciement pour motif personnel sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés.

Elles sont également applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel (C. trav., art. L. 1211-1).

Ce champ d'application est particulièrement vaste. Il n'exclut pas, a priori, les salariés employés par des particuliers. Ces salariés, et notamment les employés de maison, peuvent donc, en principe, bénéficier des garanties prévues pour les salariés licenciés.

**Remarques :** En cas de transfert des contrats de travail au titre de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le nouvel employeur peut se prévaloir des manquements du salarié alors qu'il se trouvait sous l'autorité de l'ancien employeur, si le délai de deux mois après la connaissance de la faute n'est pas écoulé (Cass. soc., 6 mars 2002, n° 00-41.388).

#### 125 Exceptions à l'application de la procédure

La procédure de licenciement pour motif personnel ne s'applique pas :

- à l'Etat, aux collectivités locales et aux établissements publics, même pour les personnels employés sous un contrat de droit privé ;
- aux assistantes maternelles liées à un employeur, personne privée (Cass. soc., 16 juin 1998, n° 95-45.592P). L'article L. 423-2 du Code de l'action sociale et des familles exclut a contrario l'application de cette procédure.

En revanche, si l'assistante est liée à une personne morale de droit privé, les articles L. 1235-2 et suivants du Code du travail s'appliquent (Cass. soc., 21 mars 1996, n° 93-41.402P).

Par ailleurs, en ce qui concerne la marine, il résulte de l'article 102-10 du Code de travail maritime que les dispositions relatives à la procédure de licenciement sont applicables aux marins compte tenu des adaptations nécessaires (C. trav. maritime, art. 94 à 102-22).

#### 126 Bénéficiaires

##### a) Salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée

La procédure de licenciement :

- s'applique aux salariés liés à leur employeur par un contrat à durée indéterminée, y compris les salariés occupés par plusieurs employeurs (C. trav., art. L. 1231-3) ;

— ne fait pas obstacle à l'application des mesures protectrices prévues en cas de licenciement d'un salarié protégé (C. trav., art. L. 1231-2). Signalons en outre que la rupture du contrat de travail d'un médecin du travail (C. trav., art. R. 4623-21 et s.) ou d'une femme enceinte (C. trav., art. L. 1225-4) ou d'une victime d'un accident du travail (C. trav., art. L. 1226-9) est régie par des dispositions spécifiques.

Enfin, ne peuvent prétendre à l'application de la procédure de licenciement, les salariés dont le contrat est rompu sans qu'un licenciement ait été prononcé. Il s'agit notamment des cas de : rupture en cours de période d'essai, force majeure, démission, prise d'acte de la rupture, amiable, résiliation judiciaire et rupture de contrat à durée déterminée.

##### Attention

La procédure de licenciement est une procédure individuelle. En conséquence, en présence d'un « contrat de couple » conclu avec des gardiens d'immeuble, l'employeur souhaitant rompre le contrat du couple de gardiens doit, pour mettre un terme à ses relations contractuelles avec ceux-ci, diligenter parallèlement deux procédures distinctes de licenciement sous peine d'irrégularité de procédure (Cass. soc., 10 mai 2001, n° 99-42.555).

##### b) Salariés licenciés pour motif personnel

###### 1. Licenciements disciplinaire et non disciplinaire

La notion de motif personnel recouvre deux types de licenciements :

- les licenciements qui peuvent être rattachés au **pouvoir disciplinaire de l'employeur**, c'est-à-dire ceux qui ont pour cause un comportement fautif des intéressés (insubordination, absences injustifiées, abandon de poste, etc.) ;

— les licenciements relevant du **pouvoir de direction ou de gestion du chef d'entreprise**, c'est-à-dire les licenciements pour inaptitude physique ayant pour origine une maladie ou un accident du travail avec impossibilité de reclassement, inaptitude professionnelle à l'emploi, manque de résultats, etc. Il s'agit de faits ou de circonstances ayant ou pouvant avoir des conséquences sur la bonne marche de l'entreprise.

**Remarques** : L'employeur peut licencier un salarié pour des motifs différents de rupture inhérents à sa personne dès lors qu'ils procèdent de faits distincts (inaptitude physique et faute grave par exemple) à condition de respecter les règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement. En effet, il peut invoquer dans la lettre de licenciement des motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié, dès lors qu'ils procèdent de faits distincts (Cass. soc., 23 sept. 2003, n° 01-41.478P, Juris. Hebdo. n° 833, 6 oct. 2003 ; Cass. soc., 7 mars 2006, n° 04-42.475 ; Cass. soc., 22 mars 2007, n° 05-42.093).

## 2. Cas particulier de la modification du contrat de travail

Dans l'hypothèse d'un licenciement prononcé à la suite du refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail, la nature de la procédure à mettre en œuvre sera fonction du motif ayant conduit à proposer la modification.

Ainsi, en cas de refus d'une « proposition » :

- de rétrogradation, la procédure applicable au licenciement pour motif personnel (éventuellement disciplinaire) devra être respectée ;
- de modification résultant d'une réorganisation et plus généralement d'une cause non inhérente à la personne du salarié, la procédure de licenciement pour un motif économique devra être respectée (voir 148 « Modification du contrat de travail »).

## SECTION II

# Entretien préalable

## 127 Entretien préalable obligatoire

L'article L. 1232-2 du Code du travail impose l'organisation d'un entretien auquel l'employeur, avant toute décision, convoque le salarié dont le licenciement est envisagé. Cette phase doit permettre au chef d'entreprise d'exposer les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications du salarié.

L'entretien préalable doit intervenir avant que la décision de licenciement ne soit prise (Cass. soc., 26 nov. 1996, n° 95-41.081). Le défaut d'entretien préalable constitue une irrégularité de procédure mais ne prive pas la rupture de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 29 oct. 2003, n° 01-44.354).

### SOUS-SECTION I

## Convocation à l'entretien préalable

### 128 Pour tout licenciement

L'employeur qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable.

La convocation est effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre indique l'objet de la convocation (C. trav., art. L. 1232-2).

L'entretien préalable doit avoir lieu en toute hypothèse, quel que soit le motif de licenciement (faute ou autre). Il doit avoir lieu même en cas de faute grave ou lourde, du salarié.

### 129 Auteur de la lettre de convocation

L'auteur de la convocation doit être l'employeur ou son représentant. En pratique, dans les grandes entreprises, il s'agit du chef du personnel ou d'un directeur d'agence si l'entreprise est régionale. Un directeur d'établissement est généralement investi d'une délégation lui conférant le pouvoir de direction et le pouvoir disciplinaire.

Une telle délégation n'est bien entendue valable que si la personne bénéficiaire est pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'exercice de ce pouvoir. Dans ce cas, les juges doivent vérifier que les sanctions ont été prises par des personnes ayant qualité pour le faire au nom de l'employeur eu égard à leur compétence, leur autorité et aux moyens dont elles disposaient (Cass. soc., 19 juill. 1988, n° 85-45.111P).

Il n'est cependant pas nécessaire que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit, aucune disposition légale n'exigeant cette condition (Cass. soc., 18 nov. 2003, n° 01-43.608P).

La cour d'appel d'Amiens a admis le principe de la sous-délégation de la part du délégataire : le directeur du personnel, par exemple, peut valablement charger le chef du personnel placé sous ses ordres de rédiger et signer la convocation (*CA Amiens, 26 nov. 1975, JCP éd. CI 1976, n° 12-185*).

En tout état de cause, est irrégulière la procédure de licenciement dont la convocation à l'entretien préalable de licenciement est signée par un tiers ayant reçu mandat de l'employeur. Cela ne suffit pas toutefois à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 2 oct. 2002, n° 00-41.801).



## § 1. Transmission de la lettre de convocation

### 130 Forme de la convocation

La convocation à l'entretien préalable doit obligatoirement être faite par écrit, une convocation verbale constituant une irrégularité dont pourrait se prévaloir le salarié.

L'article L. 1232-2 du Code du travail prévoit deux modalités de convocation :

- **soit la lettre recommandée.** On notera que la lettre ne doit pas nécessairement être accompagnée d'une demande d'avis de réception, contrairement à ce qui est prévu pour la lettre de notification du licenciement. Bien qu'elle ne soit pas obligatoire, on peut se poser la question de savoir si cette formalité ne doit pas être utilisée, ne serait-ce que pour prouver que le salarié a reçu sa convocation en temps utile. En effet, si l'employeur est capable de prouver que le salarié a refusé de recevoir la lettre recommandée de convocation ou d'en prendre connaissance, une telle attitude n'aura pas pour effet de suspendre ou de paralyser la procédure de licenciement (Cass. soc., 23 juill. 1980, n° 80-60.233P) ;
- **soit la remise en main propre contre décharge.** Ce moyen de preuve présente l'inconvénient de demander une certaine « collaboration » du salarié : si celui-ci refuse de contresigner la lettre ou d'en prendre connaissance, l'employeur se verra obligé de recourir à la lettre recommandée.

La remise de la convocation en main propre ne peut être établie que par le récépissé signé et daté de la main du salarié. Des témoignages ne peuvent suppléer l'absence de récépissé de remise en main propre de la convocation (Cass. soc., 23 mars 2005, n° 02-46.105P). Il a en effet été jugé qu'à défaut de récépissé ou de signature du salarié, la preuve n'était pas rapportée que le salarié avait reçu la lettre à temps pour pouvoir se présenter à l'entretien (CA Paris, 2 mai 1984, *Sté Ateliers Brogniart c/ Mauduit*). Il en est de même de la convocation qui, bien que signée par le salarié, ne mentionne pas la date de réception de la lettre (CA Dijon, 26 mars 1997, *Pizy*, RJS 10/97, n° 1189).

Enfin, rappelons que l'article 651 du Nouveau Code de procédure civile permet de remplacer la lettre recommandée par un exploit d'huissier (Cass. soc., 8 nov. 1978, n° 77-40.249P). Ainsi, au cas où la force majeure rendrait impossible l'envoi d'une lettre recommandée (grève de la poste, par exemple), l'employeur garde la faculté de faire signifier la convocation par huissier (CA Nancy, 13 mai 1996, *SA Celair Technologies*, RJS 10/96, n° 1131 ; CA Dijon, 29 avr. 1997, *SA Interentreprises*, RJS 10/97, n° 1191).

Attention, la convocation à l'entretien préalable ne peut être adressée au salarié par télécopie (Cass. soc., 13 sept. 2006, n° 04-45.698P).

### 131 Adresse du salarié

Si la convocation du salarié doit lui être expédiée à son adresse personnelle, la Cour de cassation a admis que la procédure devait être considérée comme ayant été régulièrement suivie :

- lorsque la lettre recommandée revient avec la mention « n'habite pas à l'adresse indiquée » ou « adresse incomplète », alors que cette adresse était celle donnée par le salarié. L'employeur est alors dégagé de toute responsabilité (Cass. soc., 19 déc. 1978, n° 77-40.904P ; Cass. soc., 23 juill. 1980, n° 80-60.233P ; Cass. soc., 26 févr. 1992, n° 88-44.441P) ;
- lorsqu'il apparaît que c'est le salarié lui-même qui a privé l'employeur de la possibilité de le convoquer à un entretien préalable en quittant, sans laisser d'adresse, l'endroit où il était logé (Cass. soc., 26 juin 1985, n° 84-43.521).

En revanche, la convocation à une adresse où le salarié n'habite plus depuis un an est irrégulière dès lors qu'il est établi que l'employeur s'est rendu au domicile du salarié et connaissait donc sa nouvelle adresse (Cass. soc., 23 mars 2005, n° 02-46.105P).

**Remarques :** Le salarié ne peut se prévaloir de son absence (exemple : congés payés passés hors de sa résidence habituelle) lors de la présentation, à son domicile, d'une lettre recommandée le convoquant à un entretien préalable. Il lui appartient en effet de prendre les dispositions nécessaires à l'acheminement de son courrier vers sa nouvelle adresse (Cass. soc., 5 mars 1987, n° 85-43.126 ; CA Nancy, 22 sept. 1999, *Menazli*, RJS 5/00, n° 513).

### 132 Cas particuliers : maladie et incarcération

#### a) Maladie

##### 1. Possibilité de licencier

Si la maladie a pour effet de suspendre le contrat de travail, l'engagement d'une procédure de licenciement n'est pas subordonné à l'exécution du contrat. Ainsi, l'état de maladie d'un salarié n'interdit nullement à l'employeur qui envisage de le licencier, pour un autre motif que cet état et sauf fraude à la loi, d'engager une procédure de licenciement (Cass. soc., 6 nov. 1980, n° 79-40.246P ; Cass. soc., 16 mars 1983, n° 80-40.200).

La seule restriction à apporter à ce principe concernerait les cas où l'entretien a été fixé de manière à créer au salarié des difficultés quasi insurmontables pour se rendre à la convocation. Il s'agit-là d'une appréciation de fait pour laquelle la jurisprudence fait toutefois preuve de peu de sévérité (Cass. soc., 7 oct. 1997, n° 94-44.306).

Un employeur informé que le salarié allait subir une grave opération, l'ayant mis volontairement dans l'impossibilité de se présenter à l'entretien et s'étant abstenu de lui laisser le temps de présenter ses observations sur le motif du licenciement, fait preuve d'une intention dolosive qui entache la régularité de la procédure (Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2001, n° 98-45.784).

L'administration, quant à elle, estime que si le salarié malade n'est pas en mesure de se rendre personnellement à la convocation, l'employeur doit fixer l'entretien de telle manière que l'intéressé puisse se faire représenter, qu'il puisse prendre connaissance des motifs de son licenciement et qu'il soit mis en mesure de faire part de ses observations. Les modalités à adopter seront évidemment fonction de chaque cas d'espèce (Lettre DGTE, Doc. TE n° 66/1974, p. 109).

## 2. Modalités pratiques de convocation

Concrètement, les solutions suivantes peuvent être retenues :

- lorsque la convocation est adressée à un salarié qui est déjà en arrêt de travail pour maladie, il semble alors judicieux d'octroyer un délai plus long que la normale entre l'envoi de la lettre de convocation et l'entretien préalable ; de plus, il convient de convoquer le salarié aux heures de sortie autorisées de la sécurité sociale (en prenant en compte les temps de trajet domicile/lieu de l'entretien) ;
- lorsque le salarié, à la suite de la convocation, répond que son état de santé ne lui permet pas de se rendre à l'entretien ou encore lorsque la convocation « se croise » avec un avis d'arrêt de travail envoyé par le salarié, deux possibilités peuvent être retenues :
  - soit le report de l'entretien par la fixation d'un second rendez-vous et ce, pendant l'horaire de sortie autorisée (Cass. soc., 12 juin 1980, n° 78-41.330P ; Cass. soc., 9 mars 1983, n° 80-42.281) ;
  - soit l'envoi d'une lettre recommandée constatant l'absence du salarié à l'entretien, lui indiquant les motifs pour lesquels son licenciement est envisagé et l'invitant à faire connaître par écrit ses observations en lui fixant pour cela un délai suffisant, une semaine par exemple (Cass. soc., 15 nov. 1984, n° 82-40.630). Il est également conseillé, d'indiquer qu'à la suite de ce délai, l'employeur prendra une décision définitive sur le licenciement envisagé.

**Remarques** : En cas de report de la date initialement fixée pour un entretien en vue d'un licenciement disciplinaire, en raison de l'impossibilité dans laquelle se trouve le salarié de s'y rendre, une nouvelle convocation doit lui être adressée dans le délai d'un mois à compter de la date prévue pour le premier entretien (Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.819P ; voir 136).

### b) Incarcération

Selon la Cour de cassation, l'employeur ne peut considérer une brève incarcération du salarié comme constituant un obstacle insurmontable propre à le dispenser d'observer la procédure de l'entretien préalable (Cass. soc., 9 oct. 1980, n° 78-41.567P). Si l'employeur :

- n'a pas été informé par le salarié de son incarcération, et qu'il le convoque à son domicile pour un entretien préalable, la procédure sera considérée comme régulière (CA Douai, 1<sup>er</sup> avr. 1980, Sté Chausson carrosserie c/ Rabhi) ;
- a été informé de l'incarcération du salarié, lui envoie la convocation à son domicile et, constatant son absence à l'entretien, le licencie immédiatement, il doit être condamné pour inobservation de la procédure de licenciement (CA Paris, 17 févr. 1982, Sté Ide c/ Bouedane).

**Remarques** : Dans ce dernier cas de figure, il convient, à notre avis, afin de respecter la procédure contradictoire, de signifier dans le courrier que faute d'entretien possible, un délai est laissé au salarié pour s'expliquer sur les faits reprochés. Une telle solution permettrait de concilier l'esprit de l'article L. 1232-2 du Code du travail avec la situation du salarié. D'ailleurs, la cour d'appel de Paris a jugé que le fait pour un salarié d'être incarcéré ne dispense pas l'employeur de respecter la procédure de l'entretien préalable, dont l'objet est de permettre à l'intéressé, qui peut à cette occasion être représenté, de fournir des explications sur le comportement et les griefs reprochés (CA Paris, 18<sup>e</sup> ch E, 11 juill. 1991, Nguyen c/ Sté AGF).

## § 2. Contenu de la lettre de convocation

### 133 Mentions obligatoires

« La lettre de convocation prévue à l'article L. 1232-2 indique l'objet de l'entretien entre le salarié et l'employeur. Elle précise, la date, l'heure et le lieu de cet entretien. Elle rappelle que le salarié peut se faire assister, pour cet entretien, par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, en l'absence d'institutions représentatives dans l'entreprise, par un conseiller du salarié » (C. trav., art. R. 1232-1).

Pour un exemple de lettre de convocation à un entretien préalable, voir **partie « Modèles »**.

### 134 Objet de la convocation

La lettre recommandée adressée au salarié doit indiquer la raison pour laquelle l'intéressé est convoqué à l'entretien : c'est donc l'**éventualité d'un licenciement** qui doit être portée à la connaissance du salarié, et non une décision arrêtée de congédiement.

Ainsi, ne répond pas aux exigences de l'article L. 1232-2 du Code du travail, une lettre :

- précisant seulement que l'entretien est « aux fins de discussion et mise au point » (Cass. soc., 4 mai 1983, n° 81-40.307) ;
- ne précisant pas l'objet de l'entretien (Cass. soc., 5 juill. 1978, n° 77-40.086P). L'indication de l'objet de l'entretien est une précision substantielle (Cass. soc., 19 mars 1998, n° 95-43.618P ; Cass. soc., 28 nov. 2001, n° 99-44.209) ;
- indiquant comme objet de l'entretien l'éventualité d'une sanction. La lettre de convocation doit indiquer sans équivoque qu'un licenciement peut éventuellement être prononcé (Cass. soc., 20 févr. 1991, n° 88-42.574P ; Cass. soc., 16 janv. 2007, n° 05-43.443 ; Cass. soc., 31 janv. 2007, n° 05-40.540).

Au contraire, est régulière la lettre de convocation mentionnant expressément qu'une mesure de licenciement est envisagée, indiquant ainsi l'objet de la convocation même si elle ne visait pas l'article L. 1232-2 du Code du travail (Cass. soc., 19 oct. 1995, n° 94-41.146).

En revanche, et toujours dans le but de ne pas figer au départ la position de l'employeur, ce dernier n'est pas tenu d'indiquer les motifs du licenciement reprochés au salarié et retenus à l'appui de la mise en œuvre de la procédure (Cass. soc., 4 nov. 1992, n° 91-41.189P ; Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.592). Il n'a d'ailleurs pas intérêt à le faire, car si les motifs définitivement retenus sont différents de ceux allégués dans la convocation, le juge pourrait alors avoir des doutes, en cas de litige, sur le caractère réel et sérieux du licenciement.

## 135 Délai entre la convocation et la date de l'entretien

### a) Délai minimum

L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation (C. trav., art. L. 1232-2).

Le salarié doit disposer d'un délai de cinq jours pleins pour préparer sa défense (Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 06-40.949P).

Selon les règles du Nouveau Code de procédure civile, lorsqu'un délai est exprimé en jours, le jour de la notification ne compte pas (NCPC, art. 641). Le décompte se fait à partir du lendemain de la remise en main propre ou de la présentation de la lettre recommandée. Le délai expire le dernier jour à minuit (NCPC, art. 642).

Ne sont pas pris en compte dans ce délai :

— le jour de remise de la lettre (Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 04-47.853P).

— le jour de l'entretien ;

— les dimanches et jours fériés chômés n'étant pas des jours ouvrables (Cass. soc., 11 oct. 2005, n° 02-45.927).

Ce délai devant comprendre cinq jours ouvrables pleins, l'entretien ne peut donc intervenir que le sixième jour ouvrable (Cass. soc., 14 mai 1997, n° 95-45.238P).

Si le délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (C. trav., art. R. 1231-1 ; Cass. soc., 9 juin 1999, n° 97-41.349P ; Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 04-47.853P).

Si la convocation est présentée un samedi, l'entretien préalable ne peut avoir lieu avant le samedi suivant.

Le salarié ne peut renoncer à ce délai de 5 jours ouvrables entre la date de la convocation et la tenue de l'entretien préalable (Cass. soc., 28 juin 2005, n° 02-47.128P). Dès lors que ce délai n'est pas respecté, la procédure est irrégulière.

En effet, le non-respect de ce délai de 5 jours ouvrables constitue une irrégularité de forme, qui ne peut être couverte par le fait que le salarié ait été assisté lors de l'entretien, et qui entraîne nécessairement un préjudice pour le salarié (Cass. soc., 7 oct. 1998, n° 96-43.276).

Date de remise ou de première présentation de la lettre de convocation	Date de l'entretien (au plus tôt) (1)
Lundi	Mardi (de la semaine suivante)
Mardi	Mardi (de la semaine suivante)
Mercredi	Mercredi (de la semaine suivante)
Jeudi	Jeudi (de la semaine suivante)
Vendredi	Vendredi (de la semaine suivante)
Samedi	Samedi (de la semaine suivante)

### b) Délai maximum en cas de licenciement disciplinaire

Bien que le droit du licenciement ne prévoit aucun délai spécifique après la connaissance des faits fautifs par l'employeur pour enclencher la procédure de licenciement, la convocation à l'entretien doit respecter le délai de prescription de la faute prévu à l'article L. 1332-4 du Code du travail, c'est-à-dire intervenir dans le délai de deux mois à compter du jour où l'employeur a eu connaissance des faits fautifs (Cass. soc., 28 juin 1990, n° 88-43.674P).

La connaissance des faits par l'employeur s'entend de l'information exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés au salarié.

**Remarques** : Si une instance ordinaire doit statuer sur les manquements de l'un de ses membres, la poursuite disciplinaire doit être engagée à son encontre dans les deux mois après cette décision (Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 04-47.683P).

Si l'employeur invoque des faits remontant à plus de deux mois, il lui appartiendra de prouver qu'il n'a eu connaissance des faits fautifs que dans les deux mois précédant l'engagement des poursuites (Cass. soc., 24 mars 1988, n° 86-41.600P ; Cass. soc., 7 juin 2000, n° 97-45.262).

En tout état de cause, si un agissement fautif couvert par la prescription ne peut à lui seul justifier des poursuites disciplinaires, un tel agissement antérieur à deux mois peut être pris en compte dès lors que le comportement du salarié s'est poursuivi dans ce délai (Cass. soc., 7 mai 1991, n° 87-43.737P). Les faits fautifs successifs doivent « procéder d'un comportement identique » (Cass. soc., 13 févr. 2001, n° 98-46.482). Attention, les tentatives de l'employeur, au cours des deux mois suivant le refus du salarié de sa mutation, de le faire revenir sur sa décision, en l'absence de tout autre fait fautif, ne sont pas de nature à proroger le délai d'engagement des poursuites disciplinaires (Cass. soc., 31 oct. 2006, n° 04-45.342P).

Par ailleurs, l'article 1332-4 du Code du travail précise que le délai de prescription ne trouve pas à s'appliquer dès lors que les faits fautifs ont donné lieu à l'engagement de poursuites pénales dans ce délai.

1. Dans une entreprise où le jour de repos est le dimanche et où le samedi est un jour ouvrable non travaillé

Enfin, si des agissements fautifs antérieurs et déjà sanctionnés ne peuvent faire l'objet d'une nouvelle sanction, ils peuvent néanmoins être retenus par l'employeur pour justifier une sanction plus grave à la suite d'une nouvelle faute. Toutefois, en vertu de l'article L. 1332-5 du Code du travail, « aucune sanction antérieure de plus de 3 ans à l'engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une sanction ».

Pour plus de détails, voir 146 « Droit disciplinaire ».

## 136 Date et heure de l'entretien

### a) Pendant ou hors temps de travail

La convocation doit fixer l'heure de l'entretien. L'absence de mention de l'horaire sur la lettre de convocation rend la procédure irrégulière (Cass. soc., 25 sept. 2007, n° 05-45.592).

Aucune disposition légale ne fait obligation à l'employeur de fixer l'entretien pendant l'horaire de travail du salarié. La Cour de cassation a précisé qu'un salarié peut être convoqué à un entretien préalable de licenciement sur ou en dehors de son temps de travail. Elle a mis fin à la question de savoir si l'entretien peut ou non se dérouler en dehors du temps de travail effectif.

« La convocation du salarié à l'entretien préalable en dehors du temps de travail ne constitue pas une irrégularité de procédure. Le salarié peut seulement prétendre à la réparation du préjudice subi » (Cass. soc., 7 avr. 2004, n° 02-40.359P).

Dans cette affaire, le jour de l'entretien était un jour non travaillé. Ainsi, la chambre sociale a fait sienne la position de certaines cours d'appel, qui estiment que l'entretien peut se tenir à l'issue des horaires de travail (CA Nancy, 22 sept. 1999, RJS 05/00, n° 513 ; CA Metz, 31 oct. 2000, Theves c/Ecole d'esthétique et de coiffure Guichard) et remet en cause sa position (Cass. soc., 9 avr. 1992, n° 91-41.169) et celle de l'administration (Rép. min., JO AN 10 août 1974).

La Cour de cassation précise cependant que l'intéressé convoqué en dehors de son temps de travail peut prétendre à la réparation du préjudice subi. Ici aucun préjudice n'a été relevé, le temps passé à l'entretien préalable ayant été payé comme temps de travail. Il semble qu'un préjudice pourrait être rapporté par le salarié dès lors, qu'à temps partiel, il ne puisse assister à son entretien en raison d'un autre emploi, ou pour des raisons de garde d'enfant.

#### Attention

Si la convocation hors temps de travail ne constitue pas une irrégularité de procédure, elle peut néanmoins entraîner la réparation du préjudice rapporté par le salarié. Il est préférable de recevoir le salarié pendant ses périodes de travail effectif.

**Remarques** : En cas d'absence pour maladie, il convient de convoquer le salarié pendant les horaires de sortie fixés par la sécurité sociale (voir 132).

### b) Report de date

L'employeur, sauf intention dolosive de sa part, n'a pas l'obligation de déférer aux souhaits de son salarié de reporter son entretien à un autre jour, il peut continuer la procédure (Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-40.681).

L'intention dolosive de l'employeur a été relevée dans le cas où ce dernier a convoqué un salarié le jour d'une grave opération (Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2001, n° 98-45.784). Il pourrait en être de même de l'employeur qui convoque son salarié, employé à temps partiel, un jour non travaillé sachant qu'il travaillera ce jour-là dans une autre entreprise.

**Remarques** : En cas de report de la date initialement fixée pour un entretien à un licenciement disciplinaire, en raison de l'impossibilité dans laquelle se trouve le salarié de s'y rendre.

C'est à compter de cette nouvelle date que court le délai d'un mois imparti pour notifier le licenciement. Le second entretien doit être impérativement fixé à l'intérieur de ce délai, la date prévue pour le premier entretien faisant courir le délai d'un mois (Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.819P ; Cass. soc., 12 juin 2007, n° 05-43.957).

## 137 Lieu de l'entretien

L'entretien préalable doit se dérouler en principe au lieu où s'exécute le travail ou au lieu du siège social de l'entreprise. Toutefois l'entretien peut se dérouler ailleurs si l'employeur peut apporter une justification.

Le fait de convoquer un salarié à Paris, alors que le lieu d'exécution du travail et le siège de l'entreprise sont situés à Vincennes, peut justifier l'octroi d'une indemnité pour irrégularité de la procédure (Cass. soc., 9 mai 2000, n° 97-45.294P).

L'employeur ne doit pas fixer unilatéralement le lieu de l'entretien à son siège social en Belgique, en méconnaissance du lieu de travail et compte tenu des difficultés de transport (CA Grenoble, 5 juill. 1994, Ouerhani, RJS 3/94, n° 217).

De même, le choix par l'employeur du lieu de l'entretien peut être constitutif de circonstances injurieuses et vexatoires, justifiant l'octroi de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi. Tel est le cas d'une convocation dans un lieu public, à savoir la salle de restaurant dans laquelle travaillait le salarié concerné (CA Toulouse, 1<sup>er</sup> oct. 1999, Félix, RJS 1/94, n° 24).

Enfin, si le choix du lieu de l'entretien entraîne un déplacement pour le salarié, l'employeur doit prendre à sa charge les frais occasionnés par le déplacement. A condition cependant que le salarié apporte la preuve de la réalité des frais engagés (Cass. soc., 24 janv. 1996, n° 92-45.287 ; Cass. soc., 28 janv. 2005, n° 02-45.971P).

## 138 Indication de la possibilité pour le salarié de se faire assister

La convocation à l'entretien rappelle que le salarié peut se faire assister pour cet entretien par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, en l'absence d'institutions représentatives dans l'entreprise, par un conseiller du salarié (C. trav., art. R. 1232-1), en précisant dans ce dernier cas, l'adresse des services dans lesquels la liste de ces conseillers est tenue à sa disposition (C. trav., art. L. 1232-4).

Cette formalité est indispensable pour la défense des intérêts du salarié.

Il est important de noter que la lettre doit toujours indiquer la faculté pour le salarié de se faire assister par une personne de son choix, appartenant au personnel de l'entreprise (Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 98-43.597P, Juris. Hebdo. n° 708, 9 mars 2001). De plus, si les mentions exigées par les articles L. 1232-4 et R. 1232-1 du Code du travail sont inscrites dans la convocation, le fait qu'elle précise que le salarié pourra se faire assister ou représenter par un membre de sa famille ne la rend pas irrégulière (Cass. soc., 13 févr. 2002, n° 99-45.950).

### a) Existence ou non de représentants du personnel

L'absence de représentants du personnel s'apprécie dans le cadre de l'entreprise et non de l'établissement (Cass. soc., 26 nov. 1996, n° 95-42.457P).

S'il existe une institution représentative du personnel au sein de l'UES dont relève l'employeur, le salarié ne peut se faire assister par un conseiller extérieur (Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.810P).

La présence d'un délégué syndical dans l'entreprise suffit à écarter le recours à un conseiller extérieur à celle-ci (Cass. soc., 19 févr. 2002, n° 00-40.657P). En revanche, le représentant des salariés désigné en cas de redressement ou de liquidation judiciaires ne peut être considéré comme une institution représentative du personnel de l'entreprise excluant le recours à un conseiller extérieur dans le cadre de l'entretien préalable (Cass. soc., 27 juin 2002, n° 00-41.893P ; Cass. soc., 4 févr. 2003, n° 00-45.820P).

### b) Entreprise sans représentants du personnel

Mention doit être faite dans la convocation de l'adresse des services où peut être consultée la liste des personnes extérieures, notamment l'adresse de la section d'inspection du travail compétente pour l'établissement et celle de la mairie du lieu du domicile du salarié, si elle se situe dans le département où se déroule l'entretien (Circ. n° 91-16, 5 sept. 1991, Légis. soc. -A1- n° 6575, 18 sept. 1991).

La procédure suivie est irrégulière si la lettre de convocation :

- n'indique pas expressément au salarié l'adresse des services où il peut obtenir la liste départementale et se borne à mentionner qu'il peut se la procurer auprès de l'inspection du travail (*CA Aix-en-Provence, 24 févr. 1997, Chabaud, RJS 4/97, n° 509*) ;
- ne mentionne que l'adresse de la direction départementale du travail et de l'emploi, à l'exclusion de celle de la mairie (Cass. soc., 29 avr. 2003, n° 01-41.364P ; Cass. soc., 6 déc. 2005, n° 03-48.384) ;
- se limite à mentionner « la possibilité pour le salarié de se faire assister par une personne (...) inscrite sur la liste départementale préétablie » (Cass. soc., 20 juin 2000, n° 98-41.386) ou « que la liste est établie par le préfet du département » (Cass. soc., 25 juin 2002, n° 00-44.955P).

## 139 Eventualité d'une mise à pied conservatoire

### a) Définition

La mise à pied conservatoire, à la différence de la mise à pied disciplinaire, n'est pas une sanction mais une mesure provisoire (Cass. soc., 3 mai 2001, n° 99-40.936P).

La mise à pied conservatoire s'insère dans la procédure légale de licenciement, elle est donc une étape éventuelle de la procédure disciplinaire de licenciement. En effet, « lorsque les faits reprochés au salarié ont rendu indispensable une mesure conservatoire de mise à pied à effet immédiat, aucune sanction définitive relative à ces faits ne peut être prise sans que la procédure prévue à l'article L. 1332-2 du Code du travail ait été observée » (C. trav., art. L. 1332-3).

La mise à pied à titre conservatoire est prononcée lorsque l'employeur a relevé à l'encontre du salarié une faute qu'il qualifie de grave ou de lourde.

Une mise à pied (prononcée sans indication explicite de son caractère conservatoire) qui n'est pas suivie immédiatement d'une procédure de licenciement constitue une sanction disciplinaire distincte du licenciement, lequel doit être considéré comme venant sanctionner les mêmes faits et donc dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 19 avr. 2000, n° 98-41.708 ; Cass. soc., 3 mai 2001, n° 99-40.936P).

De même, une mise à pied qui n'est pas immédiatement suivie de l'engagement d'une procédure de licenciement doit être, malgré la qualification de mise à pied conservatoire donnée par l'employeur, considérée comme une sanction disciplinaire (Cass. soc., 19 sept. 2007, n° 06-40.155).

Cette mesure peut être également appliquée aux représentants du personnel, mais dans ce cas elle est soumise à un formalisme particulier (voir 564 « Protection des représentants du personnel »).

### b) Caractère facultatif

La mise à pied à titre conservatoire est une mesure facultative laissée à la libre appréciation de l'employeur. Aucun texte n'oblige en effet l'employeur à procéder à la mise à pied conservatoire d'un salarié dont il envisage le licenciement pour faute grave. Seul le maintien dans ses fonctions interdit à l'employeur d'invoquer la faute grave (Cass. soc., 12 janv. 2000, n° 97-44.573 ; Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 03-41.536).

Toutefois, il convient d'observer que l'absence de mise à pied à titre conservatoire est susceptible d'influencer les juges du fond qui pourraient être enclins dans ce cas à écarter la faute grave.

### c) Conditions

Deux conditions doivent être obligatoirement réunies :

— **l'existence d'une faute suffisamment grave** : l'article L. 1332-3 du Code du travail énonce que l'agissement du salarié a rendu « indispensable » une telle mesure conservatoire.

L'administration donne des précisions sur l'adjectif « indispensable » : « pour faire face à des situations de danger et de désordre, par exemple en cas de rixe ». La faute du salarié doit avoir été telle que son maintien dans l'entreprise risque d'entraîner des perturbations dans la marche du service.

A défaut de faute suffisamment grave, la mise à pied à titre conservatoire risquerait d'être analysée comme un détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire.

Cependant, si la faute reprochée au salarié doit être d'une certaine importance, la mise à pied à titre conservatoire ne doit pas préjuger de la décision définitive. L'employeur peut notifier au salarié une sanction mineure, tel un avertissement. Dans ce cas, la période de mise à pied à titre conservatoire devra être rémunérée au salarié. La décision de maintenir cette privation de salaire, nonobstant une sanction moindre définitivement retenue, serait une sanction illicite (Cass. soc., 5 nov. 1987, n° 84-44.971P) ;

— **la simultanéité de la mise à pied à titre conservatoire et de la procédure disciplinaire**. La mise à pied doit être préalable, du moins concomitante, à la procédure disciplinaire. Celle-ci doit être engagée dans un délai très proche pour qu'il n'y ait aucune équivoque (Cass. soc., 18 févr. 1998, n° 96-40.219P ; Cass. soc., 30 sept. 2004, n° 02-43.638P).

En pratique, la mise à pied à titre conservatoire est le plus souvent notifiée par lettre remise en main propre contre décharge et rappelée dans la lettre de convocation à l'entretien.

### d) Formalisme

Les dispositions légales ne subordonnent l'application de la mise à pied à titre conservatoire à aucun formalisme particulier. Ainsi, elle n'a pas à être précédée d'un entretien préalable (Cass. soc., 26 nov. 1987, n° 85-40.367P).

En revanche, le caractère conservatoire de la mise à pied doit être établi. La lettre de mise à pied doit notamment faire référence à l'éventualité d'un licenciement. Ainsi, est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement dont la procédure a débuté dès le lendemain du jour où la mise à pied de trois jours a été notifiée au salarié dès lors que, ne faisant aucune référence à l'éventualité d'un licenciement, la mise à pied n'était pas conservatoire et qu'aucun grief postérieur n'ayant été allégué, il en résultait qu'il s'agissait d'une double sanction (Cass. soc., 25 juin 1986, n° 83-41.999P).

Il est important que cette mesure soit qualifiée, par l'employeur, « de mise à pied à titre conservatoire ». A défaut, les juges pourraient lui dénier ce caractère conservatoire et y voir une « mise à pied disciplinaire », c'est-à-dire une sanction définitive. Ainsi, ne constitue pas une mesure conservatoire mais une sanction disciplinaire, la mise à pied de trois jours prononcée « sans préjuger d'une nouvelle sanction » et suivie d'un licenciement pour les mêmes faits, en sorte que le licenciement a frappé des faits déjà sanctionnés et était donc abusif (Cass. soc., 30 juin 1992, n° 89-43.949P).

En revanche, constitue une mise à pied conservatoire, la lettre :

— autorisant une absence dans l'attente d'une décision définitive concomitante à la lettre déclenchant la procédure de licenciement, même si cette dispense de travail est rémunérée (Cass. soc., 30 sept. 2004, n° 02-43.638P) ;

— de convocation à l'entretien fixant pour la sanction à intervenir un terme postérieur à la notification de la lettre de licenciement (Cass. soc., 30 sept. 2004, n° 02-44.065P).

**Remarques** : Si un employeur a convoqué un salarié à un entretien en vue d'une mise à pied disciplinaire, puis y renonce, au profit de l'éventualité d'un licenciement, en raison du comportement du salarié, il doit convoquer le salarié à un entretien préalable de licenciement (Cass. soc., 28 nov. 2001, n° 99-44.209).

### e) Durée

Aucune disposition légale ne fixe la durée de la mise à pied à titre conservatoire.

Elle est, sous réserve de dispositions conventionnelles particulières, calquée sur la durée de la procédure disciplinaire légale ou conventionnelle puisqu'elle est destinée à permettre son déroulement.

La mise à pied à titre conservatoire prendra fin avec le prononcé de la sanction définitive, elle a une durée indéterminée (Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-43.012P ; Cass. soc., 30 sept. 2004, n° 02-44.065P). L'employeur n'est pas lié par la limitation de la durée de la mise à pied à titre disciplinaire prévue au règlement intérieur (Cass. soc., 4 avr. 1979, n° 78-40.442).

La mise à pied prononcée pour une durée déterminée constitue en elle-même une sanction disciplinaire pour des faits fautifs que l'employeur ne saurait à nouveau invoquer pour justifier un licenciement disciplinaire ultérieur (Cass. soc., 16 oct. 2002, n° 00-45.638 ; Cass. soc., 12 févr. 2003, n° 00-46.433).

Rien n'interdit à l'employeur d'interrompre cette mesure conservatoire avant le terme de la procédure disciplinaire diligentée, afin de ne pas priver le salarié de sa rémunération pendant une durée excessive (Cass. soc., 18 nov. 1992, n° 90-44.362P).

### f) Effets

La mise à pied à titre conservatoire, tout comme la mise à pied à titre disciplinaire, suspend le contrat de travail du salarié qui est ainsi dispensé d'effectuer sa prestation de travail.

La mise à pied conservatoire entraîne une perte de salaire dont le caractère définitif dépendra de la sanction finalement retenue (Cass. soc., 5 nov. 1987, n° 84-44.971). Néanmoins, le fait que la rémunération ait été versée au salarié pendant la période de mise à pied à titre conservatoire (Cass. soc., 16 mars 1994, n° 92-43.151) ou de préavis (Cass. soc., 2 févr. 2005, n° 02-45.748 ; Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867P) n'empêche pas l'employeur de se prévaloir de la faute grave.

La perte de salaire résultant de cette mise à pied ne constitue pas une sanction susceptible d'interdire à l'employeur de procéder pour le même fait au licenciement de l'intéressé (Cass. soc., 3 déc. 1987, n° 85-41.211P).

Un salarié peut obtenir un rappel de salaire pour la période de mise à pied, dès lors que les faits retenus pour justifier le licenciement sont différents de ceux qui ont motivé sa mise à pied (Cass. soc., 20 mars 1996, n° 93-40.553P).

**Remarques** : Le refus par le salarié d'exécuter une mise à pied conservatoire n'est fautif qu'autant que son comportement antérieur est de nature à justifier une telle mesure, en ce qu'il caractérise une faute grave (Cass. soc., 3 déc. 2002, n° 00-44.080 ; Cass. soc., 12 oct. 2005, n° 03-43.935P).

### **g) Suites**

A l'issue de la mise à pied à titre conservatoire, l'employeur notifiera (sauf s'il renonce à toute sanction), sous réserve du respect des règles de procédure applicables, la sanction au salarié.

La sanction ainsi prononcée pourra être :

- une **sanction mineure**, tels un avertissement, un blâme, etc. Dans ce cas, l'employeur doit maintenir le salaire correspondant à la période de mise à pied à titre conservatoire. A défaut, « la privation de salaire constituerait une sanction illicite », en application du principe selon lequel une même faute ne peut faire l'objet de deux sanctions successives (Cass. soc., 5 nov. 1987, n° 84-44.971P) ;
- une **mise à pied disciplinaire** : à condition que la sanction soit justifiée, rien n'interdit à un employeur qui a mis un salarié à pied à titre conservatoire de prononcer contre lui une mise à pied disciplinaire couvrant la période de mise à pied conservatoire (Cass. soc., 29 mars 1995, n° 93-41.863P ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1998, n° 96-40.813) ;
- une **mutation, une rétrogradation** ou toute autre sanction de même nature ; la rémunération correspondant à la période de mise à pied à titre conservatoire devra être maintenue ;
- un **licenciement** : selon la qualification de la faute retenue pour motiver le licenciement, la rémunération de la mise à pied à titre conservatoire sera ou non maintenue. Seul le licenciement pour faute grave ou lourde est susceptible de dispenser l'employeur du paiement de la période de mise à pied à titre conservatoire, sous réserve, bien entendu, que les faits retenus pour justifier le licenciement soient identiques à ceux ayant motivé la mise à pied à titre conservatoire ; à défaut, il peut obtenir un rappel de salaire (Cass. soc., 20 mars 1996, n° 93-40.553P). Toutefois, un salarié qui a fait l'objet d'une mise à pied à titre conservatoire ne saurait être licencié pour faute grave s'il est démontré qu'il a repris son travail pendant une semaine à l'issue de l'entretien préalable (Cass. soc., 28 juin 1995, n° 92-40.647) ou qu'il a exécuté son préavis (Cass. soc., 21 nov. 2000, n° 98-45.609).

## **SOUS-SECTION II**

# **Déroulement de l'entretien**

## **§ 1. Participants à l'entretien**

### **140 Employeur**

#### **a) Employeur ou représentant**

C'est l'employeur lui-même qui doit, en principe, être présent à l'entretien. Il peut cependant se faire remplacer par un « représentant ». « La faculté de représenter l'employeur à l'entretien n'est pas réservée au seul délégataire du pouvoir de prononcer le licenciement » (Cass. soc., 14 mai 1987, n° 83-46.073P).

La Cour de cassation se réserve en la matière le droit « d'exercer son contrôle sur la délégation de pouvoirs invoquée par la personne qui a conduit l'entretien, les juges du fond devant préalablement rechercher « quelles étaient les fonctions exercées par elle au sein de l'entreprise » (Cass. soc., 18 févr. 1988, n° 85-46.169P).

La finalité même de l'entretien préalable (comme les règles relatives à la notification du licenciement) interdit à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour conduire la procédure et notamment tenir l'entretien (Cass. soc., 26 mars 2002, n° 99-43-155).

Le président du groupe auquel appartient l'employeur, n'étant pas étranger à l'entreprise, peut conduire l'entretien (Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-41.378). Il en est de même du DRH groupe, qui a reçu une délégation de pouvoir pour procéder au licenciement dans les filiales (Cass. soc., 16 mai 2007, n° 06-40.307).

#### **b) Assistant**

En outre, bien que la loi ne le mentionne pas, l'employeur a la possibilité, au cours de l'entretien, de faire appel à toute personne appartenant à l'entreprise susceptible d'apporter des éléments de fait dans la discussion. Ainsi le chef d'entreprise peut-il se faire assister du supérieur hiérarchique de l'intéressé, à condition que celui-ci ne fasse pas « grief aux intérêts du salarié » (Cass. soc., 11 janv. 1984, n° 81-42.693 ; Cass. soc., 12 mars 1986, n° 83-41.908P).

Que faut-il déduire de cette restriction apportée par la Haute juridiction ? Sans doute l'exigence que certaines garanties soient respectées afin d'éviter que l'entretien ne se transforme en manœuvres d'intimidation, mais garde au contraire son caractère propre, proche d'une procédure de conciliation.

Les juridictions ont mis en évidence les garanties suivantes :

- l'assistance doit être limitée à une seule personne, la présence de quatre personnes transformant en enquête l'entretien préalable, le détourne de son objet (Cass. soc., 10 janv. 1991, n° 88-41.404P ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 1997, n° 95-42.246P ; Cass. soc., 9 juill. 2003, n° 01-43.634) ;
- l'assistant doit limiter son intervention à la simple information des interlocuteurs et n'intervenir que sur leur demande ;
- l'assistant doit être à même, par son rapport avec le salarié, d'éclairer utilement l'entretien (CA Colmar, 7 mars 1985, *Sté Quiri c/ Friedrich* ; CA Versailles, 19 déc. 1985, *Sté Faucheux c/ Mohamed*).

La Cour de cassation pose le principe général de la non-assistance de l'employeur par une personne extérieure, sans faire référence au parallélisme des formes avec l'assistance du salarié (Cass. soc., 20 juin 1990, n° 87-41.118P ; Cass. soc., 27 mai 1998, n° 96-40.741P).

## 141 Salarié

Le salarié doit être personnellement présent à l'entretien préalable et ne peut s'y faire représenter, sauf à obtenir l'accord de l'employeur. On notera toutefois que les services ministériels admettent la représentation du salarié en cas de maladie l'empêchant de se déplacer. Il serait logique que la même solution soit retenue pour les détenus.

L'entretien préalable au licenciement d'un salarié revêt un caractère strictement individuel excluant qu'il soit entendu en présence de collègues contre lesquels il est également envisagé de prononcer une mesure de licenciement, quand bien même les faits reprochés seraient identiques (Cass. soc., 23 avr. 2003, n° 01-40.817P).

Le salarié menacé de licenciement n'a aucune obligation d'assister à l'entretien préalable. L'entretien est une garantie instituée en faveur du salarié et il peut, par son absence, y renoncer sans que cela ne constitue une faute (Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-44.670P ; Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-41.308P ; Cass. soc., 28 nov. 2001, n° 99-46.031). Si le salarié dûment convoqué ne se présente pas à l'entretien, l'employeur pourra poursuivre la procédure.

### a) Entreprise avec représentants du personnel

Le salarié a la possibilité de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise (C. trav., art. L. 1232-4).

Par représentant du personnel il faut entendre le comité d'entreprise, les délégués du personnel mais aussi les délégués syndicaux (Cass. soc., 19 févr. 2002, n° 00-40.657P). En revanche, le représentant des salariés désigné en cas de redressement ou de liquidation judiciaire n'est pas considéré comme un représentant du personnel (Cass. soc., 27 juin 2002, n° 00-41.893P ; Cass. soc., 4 févr. 2003, n° 00-45.820P).

L'assistant du salarié peut être toute personne de l'entreprise, même rattachée à un autre établissement que celui dans lequel travaille l'intéressé visé par le projet de sanction (Cass. soc., 26 nov. 1996, n° 95-42.457P).

La personne qui assiste le salarié pourra, du fait de son appartenance à l'entreprise, participer utilement à l'entretien. Elle :

- donnera un avis et pourra présenter la défense du salarié ;
- pourra aussi intervenir comme témoin, pour confirmer le cas échéant les déclarations qu'elle aura entendues.

Dans la pratique, c'est bien souvent sur un représentant du personnel que se portera le choix du salarié, car il jouit d'une immunité et d'une protection spéciale dans le cadre de son contrat de travail, de même qu'un crédit d'heures. Toutefois, bien que l'administration ait une position contraire (Rép. min. n° 54983, JO AN 4 mars 1985, p. 990 ; Rép. min. JO AN 16 août 1985, p. 4037 ; Rép. min., JO AN 26 mars 1985, p. 4037), la jurisprudence a précisé :

- que « le droit reconnu au salarié par l'article L. 1232-4 du Code du travail de se faire assister lors de l'entretien préalable au licenciement par un autre salarié de l'entreprise implique que ce dernier ne doit subir aucune perte de rémunération » (Cass. soc., 12 févr. 1991, n° 87-45.259P) ;
- qu'il doit être fait droit à la demande d'un délégué syndical en remboursement de ses frais de déplacement exposés pour l'assistance d'un salarié (Cass. soc., 25 oct. 2000, n° 98-42.260 ; Cass. soc., 3 mars 2004, n° 01-43.579).

Seul le salarié choisit la personne qui l'assiste au cours de son entretien (Cass. soc., 31 oct. 2006, n° 04-47.856P). Dans cette affaire, la présence de cinq délégués du personnel à la demande de l'employeur ayant mis le salarié en situation d'infériorité, a vicié la procédure de licenciement, même si leur rôle est de défendre l'intérêt des salariés et non celui de l'employeur.

### b) Entreprise dépourvue de représentants du personnel

Lorsqu'il n'y a pas d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, soit par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative (C. trav., art. L. 1232-4). Il s'agit pour le salarié non pas d'une obligation, mais d'une faculté. En outre, elle ne supprime pas la possibilité de choisir un assistant dans l'entreprise.

## 1. Modalités de recours à un conseiller

La liste des personnes pouvant assister les salariés est tenue à la disposition des intéressés au sein de chaque section d'inspection du travail ainsi que dans chaque mairie (C. trav., art. D. 1232-5).

L'assistant extérieur exerce ses fonctions à titre gratuit et est tenu au secret professionnel (C. trav., art. R. 1232-3 ; Circ. n° 91-16, 5 sept. 1991, Légis. soc. -A1- n° 6575, 18 sept. 1991). Si le salarié décide de recourir à un assistant extérieur, il doit informer cette personne du



lieu, du jour et de l'heure de l'entretien et aviser l'employeur de cette demande (C. trav., art. R. 1232-2). La personne contactée confirme sa venue au salarié ou lui fait connaître par tout moyen qu'elle ne peut se rendre à l'entretien (C. trav., art. R. 1232-3). Il restera au salarié à faire appel soit à une autre personne extérieure figurant sur la liste établie par le préfet, soit à un salarié de l'entreprise. Cependant, et en tout état de cause, l'empêchement ou l'indisponibilité de la personne qui assiste le salarié ne peut avoir pour effet de différer la date ou l'heure de l'entretien préalable (Circ. n° 91-16, 5 sept. 1991, précitée). En effet, l'absence de l'assistant ne saurait emporter l'irrégularité de la procédure dès lors qu'il n'est pas établi qu'il se soit heurté à une interdiction ou à une manœuvre dissuasive de l'employeur (Cass. soc., 5 juin 1985, n° 84-43.023P).

Le conseiller du salarié peut justifier de sa qualité auprès de l'employeur en lui présentant une copie de l'arrêté préfectoral ainsi qu'une attestation individuelle sur laquelle figure une photo délivrée par les services de la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (Circ. n° 91-16, 5 sept. 1991, précitée).

## 2. Pouvoirs du conseiller

Signalons enfin que l'assistant extérieur à l'entreprise a pour mission d'assister et de conseiller le salarié lors de l'entretien préalable (C. trav., art. R. 1232-3). Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs estimé que ce tiers « n'est investi d'aucun pouvoir particulier à l'encontre de l'employeur et n'a d'autre mission que d'assister le salarié et de l'informer sur l'étendue de ses droits ». La circulaire du 5 septembre 1991 précise que le conseiller du salarié peut intervenir, demander des explications à l'employeur, compléter celles du salarié et présenter ses observations.

Le conseiller du salarié peut parfaitement délivrer une attestation dans le cadre d'un litige prud'homal opposant le salarié assisté à son employeur (Cass. soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666P ; Cass. soc., 12 févr. 2002, n° 99-45.634). Il appartient au juge d'apprécier souverainement l'objectivité du témoignage rapporté (Cass. soc., 30 oct. 2002, n° 00-46.314). Le conseiller du salarié peut naturellement engager sa responsabilité pénale en cas de fausse attestation (Cass. crim., 26 mars 2002, n° 01-84.215).

## § 2. Objet de l'entretien

### 142 Licenciement éventuel

Au cours de l'entretien, l'employeur ou son représentant doit faire connaître au salarié le ou les motifs de la mesure envisagée et recueillir ses explications (C. trav., art. L. 122-14).

L'employeur ne saurait donc se borner à signifier une décision de licencier déjà définitivement arrêtée. S'il apparaissait que le licenciement était déjà décidé, la procédure ne saurait être tenue pour régulière. Il en est ainsi lorsque :

- le salarié reçoit le jour même de l'entretien le solde de son compte (Cass. soc., 13 oct. 1988, n° 85-45.646P) ;
- l'employeur fait part à un salarié à la fin de l'entretien de sa décision définitive de le licencier, cette irrégularité ne pouvant être réparée par l'envoi d'une lettre de licenciement à l'issue du délai légal (Cass. soc., 15 nov. 1990, n° 88-42.261P).

Mais le seul fait pour l'employeur de rechercher un nouveau salarié avant la tenue de l'entretien n'est pas de nature à rendre la procédure irrégulière (Cass. soc., 2 avr. 1992, n° 90-42.030P).

*Mise à jour par lettre d'actualités n° 60, Mars 2008*

### D'un éventuel licenciement à une mise à la retraite

Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-44.583P

**L'employeur peut renoncer à poursuivre la procédure de licenciement qu'il a engagée.**

Un salarié a été convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement pour refus de coopération avec la nouvelle direction de l'entreprise. Deux jours après l'entretien, son employeur lui envoie une lettre l'informant qu'il renonce à la procédure de licenciement au profit d'une mise à la retraite.

Le salarié estimant que sa mise à la retraite cache un licenciement pour motif disciplinaire sans respect de la procédure conventionnelle de licenciement, demande la requalification de sa mise à la retraite en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il est débouté de sa demande. En effet l'employeur, sauf détournement de procédure, peut renoncer à poursuivre une procédure de licenciement qu'il a engagée.

L'enclenchement d'une procédure de licenciement ne lie pas l'employeur qui à ce stade ne fait qu'envisager un éventuel licenciement. L'entretien préalable est un échange de vues, voire une discussion qui doit s'instaurer entre les participants à l'entretien pour permettre à l'employeur, à l'issue de la réunion et d'un délai de réflexion, soit de renoncer à la procédure de licenciement envisagée, soit de la maintenir (JO déb. AN 25 mai 1973, p. 1441).

L'employeur peut donc continuer la procédure, prendre une sanction moindre (avertissement, mise à pied, etc.) ou encore renoncer à un licenciement au profit d'une mise à la retraite, dès lors que le salarié remplit toutes les conditions. A défaut, la mise à la retraite est requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse, voire sa nullité est prononcée, la rupture étant fondée sur l'âge qui est une mesure discriminatoire.

L'employeur peut donc renoncer à la procédure de licenciement, sauf détournement de procédure de sa part. Hormis la mise à la retraite qui n'en est pas, aucune précision n'est donnée sur ce que l'on entend par un détournement de procédure.

*Remarque* : Une fois la lettre de licenciement notifiée, l'employeur ne peut plus se rétracter, sauf accord du salarié (Cass. soc., 2 mai 2005, n° 03-43.030P).

## 143 Débat contradictoire

Il ne doit pas s'agir simplement pour les interlocuteurs en présence de prendre acte de leurs dires respectifs. C'est au contraire un échange de vues, voire une discussion qui doit s'instaurer entre les participants à l'entretien pour permettre à l'employeur, à l'issue de la réunion et d'un délai de réflexion, soit de renoncer à la procédure de licenciement envisagée, soit de la maintenir et, dans cette hypothèse, à la lumière de la discussion, de conserver l'ensemble des motifs invoqués au début de l'entretien, d'en abandonner certains ou d'en retenir d'autres qui auront été articulés par lui au cours de l'entretien (JO déb. AN 25 mai 1973, p. 1441). A cette fin, l'entretien devra se dérouler dans une langue compréhensible par les parties, ou en présence d'un interprète accepté par elles (Cass. soc., 8 janv. 1997, n° 95-41.085P).

Il résulte donc de cette intention du législateur que :

- si l'employeur omet d'indiquer au salarié, au cours de l'entretien préalable, le ou les motifs de la décision envisagée, il a suivi une procédure irrégulière (Cass. soc., 14 nov. 1985, n° 82-42.582P). Mais si le grief est indiqué dans la lettre de licenciement, il constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 4 juill. 2006, n° 04-47.771) ;
- si le salarié prouve, notamment par le témoignage de son assistant, que l'employeur a tenté d'échapper à ses obligations par des motifs vagues ou des procédures dilatoires, le juge doit considérer que la procédure est viciée (Cass. soc., 27 févr. 1980, n° 78-41.130P) ;
- si le chef d'entreprise tient au cours de l'entretien des propos déplacés et insultants à l'égard du salarié admettant que son licenciement est abusif mais déclarant vouloir se débarrasser de l'intéressé à tout prix, il donne aux circonstances de la rupture un caractère particulièrement vexatoire (CA Versailles, 30 janv. 1989, Gauber c/ Sté Euromarché) ;
- le salarié doit pouvoir défendre son point de vue en toute liberté d'esprit, dans un climat favorable (CA Paris, 14 déc. 1982, Paul c/ Sté Seppic ; CA Paris, 22 mars 1983, GIE Effa c/ Ravs) ;
- l'employeur agit avec précipitation et légèreté lorsqu'en dépit des protestations d'innocence du salarié au cours de l'entretien préalable, il licencie l'intéressé dès le surlendemain sans avoir procédé à aucune vérification supplémentaire (Cass. soc., 3 mai 1990, n° 87-44.409).

En revanche, si l'employeur doit, lors de cet entretien préalable, informer le salarié du motif de la mesure envisagée et recueillir ses explications, il n'est pas tenu d'engager une discussion sur le bien-fondé d'un éventuel licenciement (Cass. soc., 22 nov. 2006, n° 04-41.768).

**Remarques** : S'agissant de la portée des explications du salarié au cours de l'entretien préalable, la Cour de cassation admet que le salarié bénéficie au cours de cet entretien d'une liberté de parole lui garantissant une immunité. Sauf abus, ces explications ne peuvent constituer une cause de licenciement (Cass. soc., 19 juin 1991, n° 89-40.843P ; Cass. soc., 21 juin 1994, n° 92-45.133).

*Mise à jour par lettre d'actualités n° 60, Mars 2008*

### D'un éventuel licenciement à une mise à la retraite

Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-44.583P

**L'employeur peut renoncer à poursuivre la procédure de licenciement qu'il a engagée.**

Un salarié a été convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement pour refus de coopération avec la nouvelle direction de l'entreprise. Deux jours après l'entretien, son employeur lui envoie une lettre l'informant qu'il renonce à la procédure de licenciement au profit d'une mise à la retraite.

Le salarié estimant que sa mise à la retraite cache un licenciement pour motif disciplinaire sans respect de la procédure conventionnelle de licenciement, demande la requalification de sa mise à la retraite en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il est débouté de sa demande. En effet l'employeur, sauf détournement de procédure, peut renoncer à poursuivre une procédure de licenciement qu'il a engagée.

L'engagement d'une procédure de licenciement ne lie pas l'employeur qui à ce stade ne fait qu'envisager un éventuel licenciement. L'entretien préalable est un échange de vues, voire une discussion qui doit s'instaurer entre les participants à l'entretien pour permettre à l'employeur, à l'issue de la réunion et d'un délai de réflexion, soit de renoncer à la procédure de licenciement envisagée, soit de la maintenir (JO déb. AN 25 mai 1973, p. 1441).

L'employeur peut donc continuer la procédure, prendre une sanction moindre (avertissement, mise à pied, etc.) ou encore renoncer à un licenciement au profit d'une mise à la retraite, dès lors que le salarié remplit toutes les conditions. A défaut, la mise à la retraite est requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse, voire sa nullité est prononcée, la rupture étant fondée sur l'âge qui est une mesure discriminatoire.

L'employeur peut donc renoncer à la procédure de licenciement, sauf détournement de procédure de sa part. Hormis la mise à la retraite qui n'en est pas, aucune précision n'est donnée sur ce que l'on entend par un détournement de procédure.

*Remarque* : Une fois la lettre de licenciement notifiée, l'employeur ne peut plus se rétracter, sauf accord du salarié (Cass. soc., 2 mai 2005, n° 03-43.030P).

## § 3. Preuve de l'entretien

### 144 Motifs débattus lors de l'entretien

Les motifs qui seront énoncés lors de l'entretien devront être repris tout au long de la procédure de licenciement (du moins ceux pour lesquels le salarié n'aura pas été à même de se justifier au cours de l'entretien). Une variation dans les motifs invoqués pourrait en effet amener le juge à qualifier le licenciement d'abusif, et a minima à considérer que la procédure est irrégulière, si les motifs retenus n'ont pas été évoqués lors de l'entretien.

Si l'employeur invoque des faits postérieurs à l'entretien préalable, sans avoir convoqué le salarié à un nouvel entretien préalable, des dommages-intérêts doivent être versés (Cass. soc., 30 mars 1994, n° 89-43.716P). Il peut donc être essentiel de conserver une preuve du contenu de l'entretien ou du moins des motifs qui y ont été avancés. La loi n'a prévu aucun mode de constatation de l'entretien, tel un procès-verbal (Rép. min. n° 8869, JO AN 30 juin 1983, p. 956). Un document de cette nature établi unilatéralement par l'une ou l'autre des parties n'aurait donc aucune force probante particulière, mais pourrait uniquement valoir comme élément d'appréciation dans le cadre de la procédure ultérieure.

On peut également admettre qu'un enregistrement sur une bande magnétique puisse être réalisé d'un commun accord par les parties. Mais on ne saurait en aucun cas accorder crédit à un enregistrement sur bande magnétique auquel l'une des parties aurait procédé à l'insu de l'autre : un tel enregistrement serait en effet de nature à permettre toutes les fraudes par retranchement ou addition ou encore par faux pur et simple (Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.120P).

Toutefois, dans l'hypothèse où un enregistrement a été effectué sans l'accord de l'employeur, aucun délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée ne pourrait être constitué si les propos revêtent un caractère exclusivement professionnel (Cass. crim., 16 janv. 1990, n° 89-83.075P).

En outre, la circulaire du 5 septembre 1991 précise que les parties en présence peuvent rédiger et signer un compte rendu de l'entretien constatant le déroulement de celui-ci, les faits évoqués et les explications des parties (Circ. n° 91-16, 5 sept. 1991, Légis. soc. -A1- n° 6575, 18 sept. 1991). Toutefois, si l'une des parties n'a pas apposé sa signature sur le compte rendu, les tribunaux refuseront de reconnaître une force probante à ce document, (Cass. soc., 1<sup>er</sup> mars 2000, n° 97-45.731).

Enfin, la jurisprudence admet que dans le cadre d'un contentieux le conseiller du salarié puisse valablement délivrer une attestation (voir 141).

## SECTION III

# Notification du licenciement

## § 1. Forme de la notification

### 145 Notification par écrit

S'il décide de congédier le salarié, l'employeur doit lui notifier sa décision, par lettre recommandée avec avis de réception (C. trav., art. L. 1232-6).

Si l'avis de réception n'est pas signé par le destinataire, le licenciement est considéré sans cause réelle ni sérieuse, en l'absence d'une notification régulière, la preuve de la notification de la lettre de licenciement n'étant pas rapportée (Cass. soc., 2 juill. 2003, n° 01-40.521). Cet arrêt n'ayant pas été publié, il convient d'attendre une confirmation afin d'en connaître sa portée.

L'omission de la forme de la lettre recommandée n'est sanctionnée que dans les entreprises d'au moins onze salariés et à l'égard des salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté.

Dans les autres cas, la Cour de cassation admet parfaitement que la notification du licenciement soit faite au salarié par d'autres moyens, du moment que son contenu est conforme aux exigences légales et que l'employeur peut prouver cette notification : la notification du licenciement par lettre recommandée avec avis de réception « n'est qu'un moyen légal de prévenir toute contestation sur le point de départ du délai-congé » (Cass. soc., 3 mai 1979, n° 78-40.733P ; Cass. soc., 12 oct. 1983, n° 80-41.924).

Il en résulte donc que la lettre recommandée avec avis de réception peut être valablement remplacée par :

- un exploit d'huissier, procédé présentant « une meilleure garantie pour les parties » (Cass. soc., 20 févr. 1986, n° 82-43.825) ;
- une lettre remise de la main à la main au salarié, datée et contresignée par ce dernier (Cass. soc., 15 déc. 1999, n° 97-44.431) ;
- une lettre simple dont la réception ne fait pas de doute, soit qu'elle ne soit pas contestée par le salarié, soit qu'il s'y réfère dans une correspondance ultérieure (Cass. soc., 19 mars 1987, n° 83-44.687). En tout état de cause, le juge prud'homal peut, en cas de carence de l'employeur, et dans la mesure où l'existence du licenciement n'est pas contestée, lui ordonner de notifier son licenciement au salarié dans les formes légales (Cass. soc., 28 nov. 1989, n° 87-40.857).

#### Attention

La transaction conclue avec le salarié, sans que la lettre de licenciement ait été envoyée par lettre recommandée avec AR, est nulle (Cass. soc., 21 mars 2000, n° 97-45.550 ; Cass. soc., 26 mars 2002, n° 00-41.315, voir 348 « Transaction »). Elle est également nulle lorsqu'elle a été conclue entre la date d'envoi de la lettre par l'employeur et sa réception par le salarié (Cass. soc., 14 juin 2006, n° 04-43.13P). La transaction ne peut être conclue qu'une fois que le salarié a eu connaissance des motifs de licenciement par la réception de sa lettre de licenciement avec AR.

## 146 Licenciement verbal ou de fait

Un licenciement ne peut valablement être notifié verbalement.

Toutefois, malgré son irrégularité, ce licenciement verbal a pour effet de rompre le contrat de travail (Cass. soc., 12 mars 1992, n° 90-44.174). Un licenciement notifié verbalement sera par hypothèse dépourvu de cause réelle et sérieuse dès lors qu'il ne répondra pas aux exigences légales et jurisprudentielles de motivation de la rupture. C'est au salarié qui se prétend licencié verbalement d'en rapporter la preuve (Cass. soc., 23 juin 1998, n° 96-41.688). L'employeur ne pourra régulariser ce licenciement verbal par l'envoi postérieur d'une lettre de licenciement (Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 00-45.676).

Est licencié verbalement un salarié :

- auquel un représentant de l'employeur demande de quitter immédiatement son poste de travail (Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-42.409P) ;
- dont l'employeur a envoyé à ses clients une circulaire les informant de son départ, l'intéressé n'ayant pas démissionné (Cass. soc., 9 nov. 2005, n° 03-47.100).

Enfin l'expédition par erreur de l'attestation Assédic avant que le salarié n'ait reçu sa lettre motivée de licenciement rend ce licenciement abusif (Cass. soc., 23 janv. 2007, n° 05-43.428P).

## 147 Qualité du signataire

La notification doit émaner de l'employeur ou de son représentant, c'est-à-dire de la personne qui a reçu délégation permanente pour embaucher ou licencier le personnel (Cass. soc., 19 mars 1987, n° 84-42.379).

Ainsi est nul le licenciement du trésorier d'un centre de lutte contre le cancer, qui ne peut être démis que par le conseil d'administration en vertu de l'article 6 de l'arrêté ministériel du 15 janvier 1947 (Cass. soc., 4 mars 2003, n° 00-45.193P).

En revanche, il entre dans les attributions du président d'une association, sauf dispositions statutaires attribuant cette compétence à un autre organe, de mettre en œuvre la procédure de licenciement d'un salarié (Cass. soc., 29 sept. 2004, n° 02-43.771P).

Il n'est cependant pas nécessaire que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit, aucune disposition légale n'exigeant cette condition (Cass. soc., 18 nov. 2003, n° 01-43.608P ; Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 02-45.675P).

Si l'entretien a été dirigé par une personne autre que l'employeur, la notification devrait, en principe, émaner de cette personne, sauf à ce que l'employeur signe lui-même la lettre de licenciement. En outre, une lettre de licenciement émanant « d'une personne en apparence habilitée à le prononcer » engage l'entreprise (Cass. soc., 20 juin 1984, n° 81-42.212P).

Cependant, la circonstance que la lettre de licenciement a été signée pour ordre par un secrétaire hiérarchiquement subordonné au salarié licencié, confère au licenciement un caractère vexatoire (Cass. soc., 28 oct. 2002, n° 00-44.548P).

La Cour de cassation considère toutefois que la finalité des règles relatives à la notification du licenciement interdit à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour notifier le licenciement. Ainsi, la procédure de licenciement diligentée par un cabinet d'expertise comptable, mandaté à cet effet, doit être déclarée irrégulière tant en ce qui concerne l'entretien préalable que la notification du licenciement (Cass. soc., 26 mars 2002, n° 99-43.155P). En revanche, n'est pas considéré comme une personne étrangère, le directeur du personnel d'une société-mère qui exerce également ses fonctions au sein des filiales (Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 02-45.675P).

Le licenciement d'un salarié prononcé par un cogérant en méconnaissance des statuts n'est pas nul. Il a pour effet de rompre le contrat, sans que le salarié puisse se prévaloir d'un différend au sein des organes dirigeants de la société, même si l'autre gérant a déclaré postérieurement s'opposer au licenciement (Cass. soc., 18 févr. 1998, n° 95-43.188P).

Une lettre de licenciement non signée est irrégulière (Cass. soc., 14 juin 1990, n° 88-43.268P ; Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-42.208P ; Cass. soc., 5 janv. 2005, n° 02-47.290).

**Remarques** : Si une personne est salariée de deux sociétés d'un groupe, la lettre de licenciement signée par le mandataire de l'une des sociétés au nom des deux sociétés est valable si elle englobe les deux emplois occupés par le salarié (Cass. soc., 6 mars 2002, n° 00-41.388).

## 148 Adresse

La notification du licenciement produit effet dès lors qu'elle est faite à la seule adresse connue du salarié (Cass. soc., 26 juin 1986, n° 84-40.085P). Il serait frauduleux, en revanche, d'adresser la lettre au domicile du salarié tout en sachant qu'il est incarcéré et qu'il ne pourra avoir connaissance du licenciement qu'après sa libération (Cass. soc., 21 janv. 1988, n° 84-45.016). De même ne constituera pas une lettre de licenciement, celle adressée à un tiers, en l'occurrence l'avocat du salarié concerné (Cass. soc., 30 nov. 1994, n° 93-42.184P).

Attention, est sans cause réelle et sérieuse le licenciement du salarié :

- qui n'a pu retirer sa lettre de licenciement, dans le délai disciplinaire d'un mois suivant son entretien, en raison d'une erreur de l'employeur qui s'est trompé de prénom sur l'enveloppe (Cass. soc., 26 oct. 2004, n° 02-45.009) ;

— qui n'a jamais reçu de lettre de licenciement, celle-ci ayant été envoyée à une adresse erronée (Cass. soc., 7 juill. 2004, n° 02-43.100 ; Cass. soc., 14 févr. 2007, n° 04-45.806).

## 149 Contenu de la lettre de licenciement

La loi n'impose pas à l'employeur de rappeler le déroulement de la procédure. Il peut toutefois être judicieux de rappeler l'antériorité des mesures prises dans la lettre de notification du licenciement.

La lettre de licenciement comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur (C. trav., art. L. 1232-6).

L'employeur à condition de respecter les règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement peut invoquer dans la lettre de licenciement des motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié s'ils procèdent de faits distincts (Cass. soc., 7 mars 2006, n° 04-42.472 ; Cass. soc., 22 mars 2007, n° 05-42.093 ; Cass. soc., 30 oct. 2007, n° 06-45.978).

Il n'est pas exclu que le manque de confidentialité découlant de cette obligation soit susceptible de nuire aux intérêts du salarié lorsque les motifs disciplinaires sont à l'origine du licenciement (*J.-J. Dupeyroux « Le Monde » du 3 févr. 1986*). Cela étant, cette motivation doit toujours, sous peine de présenter un caractère diffamatoire, être « faite sur un ton mesuré et sans aucun commentaire » (Cass. crim., 5 nov. 1974, n° 73-91.837P).

La lettre de licenciement doit être obligatoirement motivée même si le salarié :

- a demandé à ce que le motif n'apparaisse pas dans la lettre (Cass. soc., 10 janv. 1995, n° 92-44.800P) ;
- a avoué la réalité des fautes motivant la rupture des relations salariales (Cass. soc., 19 mars 1998, n° 96-40.391P ; Cass. soc., 22 mai 2001, n° 99-42.465).

Pour écarter la prévention de diffamation non publique en raison des termes d'une lettre de licenciement imputant au salarié des faits de harcèlement sexuel, un employeur peut se prévaloir du fait justificatif prévu à l'article 122-4 du Code pénal dès lors qu'il a l'obligation légale d'énoncer dans la lettre de licenciement le ou les motifs de la rupture du contrat (Cass. crim., 12 oct. 2004, n° 03-86.262P). L'employeur se bornant à respecter les dispositions impératives du droit du travail, imposant de mentionner dans la lettre de licenciement les motifs de cette rupture, ne peut être poursuivi pour diffamation non publique en raison des agissements reprochés à un salarié (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 nov. 2006, n° 05-19.011P).

**Remarques** : L'employeur ne peut produire à des tiers, des syndicats en l'espèce, la lettre de licenciement d'un salarié qu'avec son accord (Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.582).

La loi ne précise ni la portée de cette obligation de motivation ni les sanctions spécifiques au cas où elle ne serait pas respectée. Afin de connaître la portée de l'obligation, il convient donc de se référer à la jurisprudence.

### a) Notification de licenciement motivée

#### 1. Motifs identiques à ceux de l'entretien

Les motifs notifiés devront être identiques à ceux exposés lors de l'entretien. A défaut, cela caractérise une irrégularité de forme qui n'empêche pas le juge de décider que ce grief peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 28 mai 1997, n° 94-42.835P ; Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-43.070).

De plus, l'employeur ne pourra pas compléter sa notification de licenciement par un motif invoqué dans un courrier ultérieur (Cass. soc., 22 janv. 1998, n° 95-41.496P) et tiré du comportement du salarié consécutif à l'annonce de son licenciement (Cass. soc., 5 nov. 1992, n° 91-42.430P).

#### 2. Motifs identiques invoqués devant le juge

L'employeur ne pourra pas invoquer devant le juge des motifs différents de ceux qu'il a formulés dans sa notification (Cass. soc., 30 nov. 1977, n° 76-40.823P ; Cass. soc., 12 juin 1997, n° 94-44.532 ; Cass. soc., 23 janv. 2001, n° 98-44.843P) et ce, même si ces motifs différents étaient de nature à justifier un licenciement (Cass. soc., 13 oct. 1988, n° 85-44.973P) ou si la lettre de licenciement était accompagnée de réserves sur des faits non apparus et qui pourraient se manifester (Cass. soc., 13 nov. 1991, n° 88-43.523P).

Il ne pourrait en être autrement que si des motifs ont entre eux un lien de causalité ou de connexité, comme par exemple :

- l'intempérance habituelle du salarié se trouvant à l'origine du comportement inadmissible qui avait motivé son licenciement (Cass. soc., 17 oct. 1979, n° 78-41.010P) ;
- les fautes professionnelles de même nature que celle qui avait motivé le licenciement (faux compte rendu d'activité) mais se rapportant à une autre période d'activité. Ces faits ne devaient pas être retenus en eux-mêmes mais pour établir qu'il n'y avait pas eu une erreur isolée comme le soutenait le salarié (Cass. soc., 31 mai 1978, n° 77-40.059P).

#### 3. Motifs suffisamment précis

Les faits invoqués devront être suffisamment précis. L'absence d'indication d'un motif précis dans la lettre de licenciement équivaut à une absence de motif et rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 18 avr. 1991, n° 89-41.928P). Repose sur une cause réelle et sérieuse, le licenciement dont le motif est suffisamment précis dans la lettre de notification de la rupture. Est retenu comme motif précis, le grief matériellement vérifiable (Cass. soc., 14 mai 1996, n° 94-45.499P) pouvant être précisé et discuté devant les juges du fond.

A été reconnue comme insuffisamment motivée une lettre se bornant à viser :

- les fautes extrêmement graves commises par le salarié (Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 88-44.308P) ;
- la faute lourde commise par le salarié, peu important le courrier postérieur précisant les motifs (Cass. soc., 29 oct. 1997, n° 95-42.759 ; Cass. soc., 16 mars 1999, n° 96-45.247P) ;
- la perte de confiance (Cass. soc., 14 janv. 1998, n° 96-40.165 ; Cass. soc., 26 janv. 2000, n° 97-43.047P) ;
- un différend d'incompréhension (Cass. soc., 14 nov. 2000, n° 98-44.072) ;
- une incompatibilité d'humeur (Cass. soc., 17 janv. 2001, n° 98-44.354P ; Cass. soc., 11 mai 2005, n° 03-43.007) ;
- le comportement du salarié qui est à l'origine d'une mésentente généralisée avec ses équipes perturbant le bon fonctionnement de l'entreprise (Cass. soc., 27 févr. 2007, n° 05-42.356) ;
- un problème de collaboration avec un supérieur hiérarchique (Cass. soc., 23 janv. 2001, n° 98-41.992P) ;
- l'allégation de négligences dont la nature n'est pas précisée (Cass. soc., 5 juill. 2000, n° 98-42.889) ;
- l'inaptitude au poste occupé sans indication de la nature physique ou professionnelle de l'inaptitude invoquée (Cass. soc., 20 févr. 2002, n° 99-40.527P) ;
- les problèmes qu'occasionne le salarié (Cass. soc., 23 mai 2000, n° 98-40.633P, Juris. Hebdo. n° 683, 20 juill. 2000) ;
- l'inadaptation du salarié à l'évolution de l'activité (Cass. soc., 3 déc. 2003, n° 01-45.620).

Au contraire, a été reconnue comme suffisamment motivée la lettre indiquant :

- une insuffisance de résultat (Cass. soc., 13 déc. 1994, n° 93-43.945P ; Cass. soc., 2 févr. 1999, n° 96-42.672) ;
- une insuffisance professionnelle (Cass. soc., 20 nov. 1996, n° 93-45.555P ; Cass. soc., 23 mai 2000, n° 98-42.064P), un niveau de performance toujours insuffisant (Cass. soc., 3 déc. 2003, n° 01-45.039) ;
- des indécidatesses (Cass. soc., 3 mai 1995, n° 93-46.012P) ;
- les faits reprochés même en l'absence de mention de la date de leur réalisation (Cass. soc., 5 janv. 1995, n° 93-42.190P ; Cass. soc., 14 mai 1996, n° 94-45.499P, Juris. Hebdo. n° 7466, 31 mai 1996) ;
- la perturbation du fonctionnement de l'entreprise et la nécessité du remplacement du salarié malade, dont le juge doit vérifier s'il est définitif (Cass. soc., 10 nov. 2004, n° 02-45.187P ; Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 04-45.552P ; Cass. soc., 19 oct. 2005, n° 03-46.847P).

**Remarques** : Les juges doivent s'en tenir aux motifs énoncés par l'employeur. Ils ne peuvent pas les écarter pour en retenir d'autres, par exemple en décidant que si la faute invoquée n'est pas établie, il y a cependant eu une mésentente justifiant la rupture (Cass. soc., 9 avr. 1987, n° 83-45.425P). La Cour de cassation est allée très loin dans sa rigueur puisqu'elle estime que les juges du fond ne peuvent, pour décider que les faits reprochés à un salarié constituent une faute grave, retenir deux avertissements antérieurs non visés dans la lettre de licenciement (Cass. soc., 3 mai 1990, n° 88-41.150).

### **b) Absence de motif dans la notification de licenciement**

Le défaut d'indication d'un motif dans la lettre de licenciement rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il s'agit d'une présomption irréfragable de licenciement abusif.

N'a pas été reconnue comme motivée la lettre se référant aux motifs :

- contenus dans la lettre de convocation à l'entretien préalable (Cass. soc., 10 janv. 1995, n° 92-44.800P ; Cass. ass. plén., 27 nov. 1998, n° 96-44.358P) ;
- exposés lors de l'entretien préalable (Cass. soc., 12 janv. 1994, n° 92-42.745P) ;
- énoncés dans des précédents courriers (Cass. soc., 8 janv. 1997, n° 94-42.639P ; Cass. soc., 7 oct. 1997, n° 94-44.306 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2001, n° 99-40.465).

En revanche, la lettre de licenciement qui mentionne qu'elle comporte en annexe l'énoncé précis des motifs de licenciement (sous réserve que ce document ait pour objet la rupture du contrat, tel n'étant pas le cas d'un plan de restructuration) répond aux exigences légales et jurisprudentielles relatives à la motivation de la rupture (Cass. soc., 10 oct. 2000, n° 98-40.496 ; Cass. soc., 12 oct. 2000, n° 98-41.575).

La lettre de licenciement énonçant les motifs de rupture fixe les limites du litige. Les griefs non énoncés dans la lettre ne peuvent être examinés par le juge (Cass. soc., 22 janv. 1998, n° 95-41.496P).

Ainsi, ne constitue pas la notification d'un licenciement, l'envoi d'une page blanche, auquel il ne peut être suppléé par la remise au salarié en main propre d'une lettre (Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-42.135P).

### **c) Dispense de préavis**

La renonciation par l'employeur à l'exécution du préavis doit résulter d'une manifestation de volonté non équivoque (Cass. soc., 22 oct. 1984, n° 83-40.959 ; Cass. soc., 21 nov. 1984, n° 82-43.343). Selon le ministre du Travail, si l'employeur désire dispenser le salarié d'exécuter son préavis, il doit le mentionner expressément dans la notification du licenciement (Rép. min. n° 15310, JO Sénat 8 avr. 1975).

### **d) Droit individuel à la formation**

La lettre de licenciement, hors faute grave ou lourde, doit mentionner le nombre d'heures acquises par le salarié au titre de son droit individuel à la formation (DIF) et la possibilité qu'il a de demander pendant son préavis une action de bilan de compétences, de validation des acquis de l'expérience professionnelle ou de formation (C. trav., art. L. 6323-17 ; C. trav., art. L. 6323-18).

Pour un exemple de lettre de licenciement pour motif personnel, voir **partie « Modèles »**

## § 2. Délai d'expédition

### 150 Délai minimum

La lettre notifiant le licenciement pour motif personnel ne peut être expédiée moins de deux jours ouvrables après la date prévue à l'entretien préalable au licenciement auquel le salarié a été convoqué (C. trav., art. L. 1232-6).

Ce délai a pour finalité de permettre à l'employeur de ne pas prendre prématurément une décision de licenciement.

Selon les règles du nouveau Code de procédure civile, lorsqu'un délai est exprimé en jours, le jour de la notification ne compte pas (NCPC, art. 641). Le décompte doit commencer le lendemain du jour de l'entretien. Par jour ouvrable, il faut entendre tous les jours de la semaine exceptés le dimanche et les jours fériés.

Le délai doit comporter deux jours ouvrables pleins. L'entretien peut donc avoir lieu au plus tôt le troisième jour ouvrable.

Si le délai expire un samedi, un dimanche, un jour férié ou un jour chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (C. trav., art. R. 1231-1 ; Cass. soc., 8 nov. 1983, n° 81-41.858P ; Cass. soc., 6 févr. 1986, n° 83-41.008).

L'employeur ne peut réparer, par l'envoi d'une seconde lettre, l'irrégularité commise en adressant prématurément après l'entretien une lettre de licenciement. En effet, est irrégulier le licenciement lorsque l'employeur remet la lettre de licenciement le jour même de l'entretien, peu important qu'il fasse parvenir une seconde lettre une semaine plus tard (Cass. soc., 8 nov. 1995, n° 94-41.343P ; Cass. soc., 15 nov. 1990, n° 88-42.261P). Dès lors, le salarié aura droit à une indemnité pour irrégularité de procédure réparant le préjudice subi, dans les conditions fixées aux articles L. 1235-2 et suivants du Code du travail (Cass. soc., 27 nov. 2001, n° 99-44.889P).

Date de l'entretien (2)	Délai : deux jours ouvrables	Date d'envoi de la lettre de licenciement (au plus tôt)
Lundi	Mardi-Mercredi	Jeudi
Mardi	Mercredi-Jeudi	Vendredi
Mercredi	Jeudi-Vendredi	Samedi
Jeudi	Vendredi-Samedi	Mardi
Vendredi	Samedi-Lundi	Mardi

### 151 Délai maximal

#### a) Licenciement non disciplinaire

Certes, l'article L. 1232-6 du Code du travail n'impose pas à l'employeur un délai maximal entre la date de l'entretien et celle de l'envoi de la notification du licenciement. Cependant, ce silence du législateur n'est peut-être pas une raison suffisante pour affirmer que l'employeur reste libre d'envoyer sa lettre sans limitation de durée.

Dans une espèce particulière, la cour d'appel de Paris a considéré que l'employeur ne violait aucun texte en laissant s'écouler cinquante jours entre l'entretien et la notification de la rupture, ce retard étant motivé par l'absence du salarié pour congés annuels (*CA Paris, 25 mai 1982, Martin c/ Sté SGEEM*).

#### b) Licenciement disciplinaire

En cas de licenciement pour motif disciplinaire, la procédure prévue par l'article L. 1332-2 du Code du travail doit être respectée. Une lettre de licenciement ne peut être adressée plus d'un mois après l'entretien préalable (Circ. DRT/DE n° 89-12, 4 oct. 1989 ; Cass. soc., 16 mars 1995, n° 90-41.213P ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 1999, n° 97-44.131). Si le contrat de travail est suspendu en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, le délai d'un mois n'est ni suspendu, ni interrompu (Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 02-40.085). Malgré des investigations complémentaires à la seule initiative de l'employeur après l'entretien préalable, la lettre de licenciement pour motif disciplinaire doit être notifiée au salarié dans le délai d'un mois à partir de la date de l'entretien préalable (Cass. soc., 25 oct. 2006, n° 04-46.508P).

Il est à noter toutefois que, lorsque l'employeur est tenu de respecter :

- une procédure conventionnelle, le délai d'un mois pour notifier la sanction court à compter de l'avis rendu par l'instance disciplinaire (Cass. soc., 3 avr. 1997, n° 94-44.575P ; Cass. soc., 13 févr. 2001, n° 98-45.912P) ;
- la procédure spéciale de licenciement des salariés protégés, le délai d'un mois court à compter du jour où l'employeur a reçu notification par l'inspecteur de l'autorisation de licenciement (Cass. soc., 28 oct. 2003, n° 01-42.404P).

Le licenciement notifié après expiration du délai d'un mois est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 21 mars 2000, n° 98-40.345P ; Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-42.041).

2. Les exemples sont pris dans une entreprise où le jour de repos est le dimanche et où le samedi est un jour ouvrable non travaillé, donc chômé.

**Attention**

L'absence du salarié lors de l'entretien préalable n'autorise pas l'employeur à prononcer un licenciement plus d'un mois après la date prévue pour l'entretien. Dans un tel cas, le licenciement notifié est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 6 janv. 1999, n° 96-44.064 ; Cass. soc., 14 sept. 2004, n° 03-43.796P).

En cas de report de la date initialement fixée pour l'entretien en raison de l'impossibilité dans laquelle se trouve le salarié de s'y rendre, c'est à compter de cette nouvelle date que court le délai d'un mois imparti pour notifier le licenciement. Le second entretien doit être impérativement fixé à l'intérieur de ce délai, la date fixée pour le premier entretien faisant courir le délai d'un mois (Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-44.254 ; Cass. soc., 3 févr. 2004, n° 01-46.318 ; Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.819P ; Cass. soc., 12 juin 2007, n° 05-43.957).

**§ 3. Portée****152 Date d'effet du licenciement**

La lettre de rupture a pour effet de fixer la date du licenciement et, le cas échéant, le point de départ du délai-congé.

La rupture du contrat de travail se situe le jour de l'envoi de la lettre recommandée de licenciement et non à la date de première présentation de la lettre recommandée au domicile du salarié (Cass. soc., 26 sept. 2006, n° 05-43.841P ; Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 05-40.235).

Néanmoins, le point de départ du préavis reste la date de première présentation de la lettre au domicile du salarié, tel que prévu par l'article L. 122-14-1 du Code du travail (Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 05-42.323P).

La notification du licenciement ne peut avoir un effet rétroactif (Cass. soc., 16 févr. 1987, n° 84-44.395 ; Cass. soc., 6 déc. 1990, n° 88-44.884P).

**153 Rétractation**

Le licenciement est un acte sur lequel un employeur ne peut revenir sans l'accord du salarié concerné (Cass. soc., 12 juin 1985, n° 83-42.755P ; Cass. soc., 17 janv. 1990, n° 87-40.666P ; Cass. soc., 12 mai 2004, n° 01-41.173). Cet accord ne peut être déduit du fait que le salarié :

- soit demeuré candidat aux élections de délégués du personnel, élections ayant lieu avant la fin du préavis pendant lequel il restait électeur et éligible (Cass. soc., 20 juin 1984, n° 81-42.212P) ;
- n'avait pas cessé d'occuper ses fonctions dès lors qu'il n'avait continué à travailler que pour accomplir le préavis dont il n'avait pas été dispensé (Cass. soc., 21 nov. 1984, n° 82-42.893) ;
- continue à percevoir des indemnités complémentaires maladie de son employeur après la rupture du contrat (Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-43.016).

En outre, le licenciement ne peut être subordonné à une condition. En conséquence, à compter de la date de réception de la notification, le congédiement ne peut plus être unilatéralement rétracté (Cass. soc., 10 mars 1983, n° 81-40.486P, dans un cas où un syndic à la liquidation des biens d'une société avait licencié tout le personnel, se réservant, « à tout moment pendant la période de préavis, la faculté de rétracter ce licenciement »). Ainsi, doit être annulée la transaction intervenue sans que le licenciement ait été notifié dans les formes légales, à savoir après remise en main propre d'une première notification de licenciement suivie de l'envoi en recommandé d'une seconde lettre de licenciement. En effet, l'employeur ne peut revenir sur le licenciement prononcé sans l'accord du salarié (Cass. soc., 2 mars 2005, n° 03-43.030P ; Cass. soc., 12 mai 2004, n° 02-41.173).

De plus, les faits qui interviendraient postérieurement à la notification d'un licenciement ne peuvent avoir d'incidence sur les droits du salarié à :

- l'**indemnité de rupture**, même si l'on peut les qualifier de graves (Cass. soc., 24 oct. 1989, n° 86-45.710P) ;
- l'**indemnité de congés payés**, qui reste due pour les salariés qui ont commis une faute lourde postérieurement à la notification de la rupture de leur contrat de travail (Cass. soc., 23 oct. 1991, n° 88-43.008P).

En effet, ces différentes indemnités sont acquises au jour de la notification du licenciement.

En revanche, la faute grave ou lourde intervenue au cours du préavis peut mettre un terme à ce dernier, sans qu'il soit nécessaire de reprendre une procédure de licenciement (Cass. soc., 22 janv. 1991, n° 86-40.617 ; Cass. soc., 15 janv. 2002, n° 98-45.655) ; elle prive le salarié de l'indemnité compensatrice de préavis correspondant à celle de la période restant à courir jusqu'au terme (Cass. soc., 12 déc. 2001, n° 99-45.290).



## SECTION IV

## Suites du licenciement et sanctions des irrégularités de procédure

## § 1. Suites du licenciement

**154 Préavis**

Dans le cas d'un licenciement pour motif autre qu'une faute grave ou lourde, le salarié a droit à un préavis. Des durées minima de préavis sont fixées à partir de six mois d'ancienneté (C. trav., art. L. 1234-1). Le préavis est :

- entre six mois et deux ans d'ancienneté : au minimum d'un mois ;
- à partir de deux ans d'ancienneté : au minimum de deux mois.

Ces minima s'appliqueront en l'absence de dispositions plus favorables du contrat de travail, de la convention collective ou de l'usage.

En dessous de ce seuil minimum de six mois d'ancienneté, le Code du travail est muet sur la durée du préavis, à quelques exceptions près. Le préavis :

- des VRP statutaires ne peut être inférieur à un mois durant la première année, à deux mois la deuxième année et enfin à trois mois au-delà (C. trav., art. L. 7313-9) ;
- des journalistes est d'un mois jusqu'à trois années d'ancienneté et de deux mois à partir de trois années d'ancienneté (C. trav., art. L. 7112-2 ; C. trav., art. L. 1234-1) ;
- des personnels handicapés, mutilés de guerre et assimilés peut être doublé lorsqu'ils comptent pour plus d'une unité dans l'obligation faite aux employeurs de faire travailler ces catégories de personnel. Toutefois, lorsque le préavis légal ou conventionnel ou d'usage est déjà au moins égal à trois mois, cette disposition n'est pas applicable (C. trav., art. L. 5213-9 ; Cass. soc., 13 mars 2001, n° 98-43.022P).

Pour les autres catégories de salariés, il convient de se référer au contrat de travail, à la convention collective ou à l'usage pour déterminer la durée du préavis du salarié ayant moins de six mois d'ancienneté (C. trav., art. L. 1234-1).

Pour plus de détails, voir 342 « Préavis de rupture ».

**155 Indemnités de rupture****a) Indemnité compensatrice de préavis**

L'inobservation du délai-congé ouvre droit, sauf faute grave du salarié, à une indemnité compensatrice ne se confondant ni avec l'indemnité de licenciement ni avec des dommages-intérêts (C. trav., art. L. 1234-5).

Pour plus de détails, voir 342 « Préavis de rupture ».

**b) Indemnité compensatrice de congés payés**

Lorsque le contrat de travail est résilié avant que le salarié ait pu bénéficier de la totalité du congé auquel il avait droit, il doit recevoir, pour la fraction de congé dont il n'a pas bénéficié, une indemnité compensatrice déterminée d'après les mêmes règles que l'indemnité normale de congés payés. L'indemnité compensatrice est due dès lors que la résiliation du contrat de travail n'a pas été provoquée par la faute lourde (C. trav., art. L. 3141-26).

Pour plus de détails, voir 214 « Congés payés ».

**c) Indemnité de licenciement****1. Droit à l'indemnité**

Le salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminée qui est licencié alors qu'il compte deux ans d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur a droit, sauf en cas de faute grave ou lourde, à une indemnité minimum de licenciement calculée en fonction des rémunérations brutes dont il bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat (C. trav., art. L. 1234-9).

**Attention**

Le projet de loi sur le marché du travail du 26 mars 2008, réduit à un an la durée d'ancienneté dans l'entreprise nécessaire pour prétendre à l'indemnité de licenciement. Ce projet reprend l'article 11 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008.

Ce principe vaut même en présence d'une faute grave ou lourde du salarié révélée après la notification de la rupture du contrat de travail (Cass. soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.219P ; Cass. soc., 6 mai 1998, n° 95-44.471) ou commise pendant le préavis (Cass. soc., 23 oct. 1991, n° 88-43.008P), le droit à l'indemnité de licenciement s'appréciant au jour de ce licenciement.

En effet, l'indemnité de licenciement prend naissance à la date de notification du licenciement, même si son exigibilité est reportée à la fin du préavis (Cass. soc., 5 avr. 1990, n° 87-45.570P ; Cass. soc., 13 févr. 2002, n° 99-45.950 ; Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 03-41.461P ; Cass. soc., 11 janv. 2007, n° 04-45.250P).

## 2. Taux de l'indemnité

Le taux de l'indemnité due en cas de licenciement pour un motif inhérent à la personne du salarié est de 1/10<sup>e</sup> de mois par année d'ancienneté jusqu'à dix ans et de 1/10<sup>e</sup> de mois de salaire auquel s'ajoute 1/15<sup>e</sup> par année d'ancienneté au-delà de dix ans (C. trav., art. R. 1234-2).

### Attention

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail du 26 mars 2008 (art. 11) instaure une indemnité de rupture interprofessionnelle unique égale à 1/5<sup>e</sup> de mois par année d'ancienneté dans l'entreprise. Un décret devrait reprendre ce montant.

Pour plus de détails, voir 344 « Indemnités de rupture ».

## 156 Documents à remettre au salarié

L'employeur est tenu de délivrer au salarié licencié les mêmes documents qu'à tout salarié qui cesse de faire partie de l'effectif de l'entreprise, quel qu'en soit le motif (démission, fin de contrat à durée déterminée, départ à la retraite, etc.). Il s'agit :

- d'un certificat de travail (C. trav., art. L. 1234-19) ;
- d'une attestation Assédic (C. trav., art. R. 1234-9).

Le salarié peut également remettre à l'employeur un reçu pour solde de tout compte. Il s'agit d'une simple faculté et non d'une obligation (C. trav., art. L. 1234-20).

Pour plus de détails, voir 346 « Documents de rupture ».

## 157 Registre unique du personnel

L'employeur doit mentionner le départ du salarié sur le registre unique du personnel, exigé dans tout établissement industriel, commercial ou agricole et ses dépendances.

Pour plus de détails, voir 102 « Recrutement des salariés ».

## 158 Principe

En dehors des cas particuliers que constitue notamment le non-respect du délai maximal de notification fixé par l'article L. 1332-2 du Code du travail et des règles relatives à la motivation de la lettre de licenciement, sanctionnés au même titre que les règles de fond encadrant le licenciement, par le défaut de cause réelle et sérieuse, l'inobservation des règles de procédure de licenciement peut faire l'objet de sanctions dans les conditions qui suivent.

## § 2. Sanctions des irrégularités de procédure

### 159 Salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise d'au moins onze salariés

Si le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse mais que la procédure n'a pas été respectée, le juge doit alors imposer à l'employeur d'accomplir la procédure et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire (C. trav., art. L. 1235-2).

### Attention

Le juge ne peut appliquer les sanctions prévues en cas d'irrégularité de procédure que s'il considère que le licenciement est fondé sur une cause réelle et sérieuse. Dans le cas contraire, seules les sanctions du licenciement sans cause réelle et sérieuse peuvent être prononcées (Cass. soc., 24 janv. 1996, n° 92-42.805P).

Le tribunal ne peut condamner l'employeur à rembourser les allocations de chômage à l'Assédic lorsque seules les formalités légales n'ont pas été respectées et que le licenciement a été prononcé pour une cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 26 mars 1980, n° 78-41.369P).

Pour plus de détails, voir 350 « Sanctions du licenciement ».

## 160 Autres salariés

### a) Irrégularités de procédure

Ces salariés peuvent prétendre à une indemnité calculée en fonction du préjudice subi (C. trav., art. L. 1235-5). Le juge peut ainsi allouer une indemnité supérieure à un mois de salaire (Cass. soc., 9 juill. 1991, n° 90-41.074).

Cette indemnité peut, dans ce cas, se cumuler avec l'indemnité sanctionnant l'absence de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 30 mai 1990, n° 88-41.329P).

### b) Défaut des mentions relatives au conseiller du salarié

Si la règle relative à l'assistance du salarié par un conseiller extérieur n'a pas été respectée, le renvoi de l'article L. 1235-5 à l'article L. 1235-2 ne porte que sur la seule sanction prévue par ce dernier texte de l'inobservation de la procédure, soit une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire. Si le licenciement est par ailleurs dépourvu de cause réelle et sérieuse, le salarié peut prétendre, au titre de l'article L. 1235-5 du Code du travail, en plus de l'indemnité pour inobservation de la procédure, à une indemnité appréciée souverainement par les juges du fond selon l'étendue du préjudice résultant pour le salarié de la perte de son emploi (Cass. soc., 5 févr. 2003, n° 01-01.672P ; voir J.-Y. Frouin « Licenciement : le régime des sanctions indemnitaires », *SSL* n° 1109).

Pour plus de détails, voir 350 « Sanctions du licenciement ».

## 161 Non-respect des procédures conventionnelles de licenciement

Si une convention collective ou un accord d'entreprise fixe des règles propres en matière de procédure de licenciement qui viennent s'ajouter aux formalités légales, ces règles doivent être respectées en sus des règles de procédure légale (Cass. soc., 20 oct. 1988, n° 85-44.501P ; Cass. soc., 20 oct. 1988, n° 85-44.502P).

La violation d'une procédure conventionnelle de licenciement peut affecter le bien-fondé du licenciement. Il en est ainsi dès lors que la règle de procédure conventionnelle non respectée est analysée comme constituant une garantie de fond (Cass. soc., 23 mars 1999, n° 97-40.412P).

Ainsi, ont été jugés comme constituant des garanties de fond, dont le non-respect affecte le bien-fondé du licenciement :

- le défaut de consultation du conseil disciplinaire (Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-43.411P ; Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-43.189P ; Cass. soc., 8 janv. 2002, n° 99-46.070). Il en est de même si le salarié a été privé de l'avis du conseil de discipline composé de trois délégués du personnel, du fait de l'employeur qui n'a pas mis en place des délégués du personnel alors qu'il y était tenu (Cass. soc., 4 oct. 2005, n° 03-45.983P). En revanche ne commet pas d'irrégularité l'employeur qui demande l'avis du conseil de discipline après l'entretien préalable lorsque la convention prévoit qu'il doit être rendu avant la prise de décision par l'employeur de licencier (Cass. soc., 28 sept. 2005, n° 02-45.926P) ;
- le défaut d'information du salarié sur la possibilité de saisir le conseil de discipline pour que celui-ci donne son avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur (Cass. soc., 13 sept. 2005, n° 03-45.580P ; Cass. soc., 31 janv. 2006, n° 03-43.300P) ;
- le fait pour l'employeur de s'abstenir de solliciter son organisation professionnelle afin d'envisager le reclassement du salarié (Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-44.945P ; Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-44.946P) ;
- des dispositions d'un accord d'entreprise offrant au salarié sous le coup d'un licenciement la garantie d'une décision collégiale ; le licenciement ayant été en l'espèce prononcé non pas par le bureau de l'association, mais par son seul secrétaire (CA Douai, 18 févr. 2000, *Lehir*, *RJS* 4/00, n° 479) ;
- l'exigence sur la lettre de licenciement, en cas de faute grave ou lourde, de la double signature du président du conseil d'administration et d'un administrateur délégué à cet effet (Cass. soc., 5 avr. 2005, n° 02-47.473P ; Cass. soc., 28 févr. 2007, n° 06-40.723).

Toutefois :

- l'absence d'avis de l'organisme, ses membres n'ayant pu se départager, est sans effet sur le bien fondé du licenciement (Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 04-46.051P) ;
- le licenciement pour faute grave subordonné à l'avis conforme d'une commission n'est pas nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse en cas de violation de la règle (Cass. soc., 3 déc. 2002, n° 00-46.055P).

le licenciement pour faute grave subordonné à l'avis conforme d'une commission n'est pas nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse en cas de violation de la règle (Cass. soc., 3 déc. 2002, n° 00-46.055P).

**Remarques** : Le non-respect d'une procédure conventionnelle de mutation ne constitue pas la violation d'une garantie de fond privant de cause réelle et sérieuse le licenciement faisant suite au refus par le salarié de la proposition de mutation (Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 05-43.767P).

Pour plus de détails, voir 350 « Sanctions du licenciement ».

## 162 Sanction du non-respect des procédures conventionnelles de licenciement

Si une convention collective ou un accord d'entreprise fixe des règles propres en matière de procédure de licenciement qui viennent s'ajouter aux formalités légales, ces règles doivent être respectées en sus des règles de procédure légale (Cass. soc., 20 oct. 1988, n° 85-44.501P ; Cass. soc., 20 oct. 1988, n° 85-44.502P).

La violation d'une procédure conventionnelle de licenciement peut affecter le bien-fondé du licenciement. Il en est ainsi dès lors que la règle de procédure conventionnelle non respectée est analysée comme constituant une garantie de fond (Cass. soc., 23 mars 1999, n° 97-40.412P).

Ainsi, ont été jugés comme constituant des garanties de fond, dont le non-respect affecte le bien-fondé du licenciement :

- le défaut de consultation du conseil disciplinaire (Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-43.411P ; Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-43.189P ; Cass. soc., 8 janv. 2002, n° 99-46.070). Il en est de même si le salarié a été privé de l'avis du conseil de discipline composé de trois délégués du personnel, du fait de l'employeur qui n'a pas mis en place des délégués du personnel alors qu'il y était tenu (Cass. soc., 4 oct. 2005, n° 03-45.983P). En revanche ne commet pas d'irrégularité l'employeur qui demande l'avis du conseil de discipline après l'entretien préalable lorsque la convention prévoit qu'il doit être rendu avant la prise de décision par l'employeur de licencier (Cass. soc., 28 sept. 2005, n° 02-45.926P) ;
- le défaut d'information du salarié sur la possibilité de saisir le conseil de discipline pour que celui-ci donne son avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur (Cass. soc., 13 sept. 2005, n° 03-45.580P ; Cass. soc., 31 janv. 2006, n° 03-43.300P) ;
- le fait pour l'employeur de s'abstenir de solliciter son organisation professionnelle afin d'envisager le reclassement du salarié (Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-44.945P ; Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-44.946P) ;
- des dispositions d'un accord d'entreprise offrant au salarié sous le coup d'un licenciement la garantie d'une décision collégiale ; le licenciement ayant été en l'espèce prononcé non pas par le bureau de l'association, mais par son seul secrétaire (CA Douai, 18 févr. 2000, *Lehir*, *RJS* 4/00, n° 479) ;
- l'exigence sur la lettre de licenciement, en cas de faute grave ou lourde, de la double signature du président du conseil d'administration et d'un administrateur délégué à cet effet (Cass. soc., 5 avr. 2005, n° 02-47.473P) ;
- les dispositions conventionnelles prévoyant préalablement à la réunion du conseil de discipline, une phase d'instruction qui donne au chef d'entreprise de larges pouvoirs d'investigation et qui permet à l'intéressé de fournir ses explications lors de l'audition par le chef de service et de préparer sa défense ; seules les dispositions imposant la réunion du conseil de discipline ayant, en l'espèce, été respectées (CA Aix-en-Provence, 9<sup>e</sup> ch. B, 13 févr. 2002, n° 00-10940).

En revanche, le licenciement pour faute grave subordonné à l'avis conforme d'une commission n'est pas nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse en cas de violation de la règle (Cass. soc., 3 déc. 2002, n° 00-46.055P).

**Remarques** : Le non-respect d'une procédure conventionnelle de mutation ne constitue pas la violation d'une garantie de fond privant de cause réelle et sérieuse le licenciement faisant suite au refus par le salarié de la proposition de mutation (Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 05-43.767P).

Pour plus de détails, voir 350 « Sanctions du licenciement ».

## ■ Discipline ■

### 163 Lettre d'avertissement

A <lieu>, le <date>

Entreprise <dénomination>  
<adresse>

M. ou Mme <nom>  
<adresse>

#### Lettre recommandée avec accusé de réception

M. ou Mme <nom>,

Le <date>, nous avons eu à regretter de votre part les agissements fautifs suivants : **<décrire de manière précise, objective et mesurée les faits fautifs>**.

Ces faits démontrent que vous n'avez tenu aucun compte des observations qui vous avaient été faites de vive voix à ce sujet par M. ou Mme <nom>, le <date>.

*(Les explications recueillies auprès de vous lors de notre entretien du <date> ne nous ont pas permis de modifier notre appréciation des faits <phrase facultative, à préciser uniquement si l'envoi de cette lettre a été précédé d'un entretien préalable>. : )*

Ces faits constituent une faute nous contraignant à vous notifier par la présente un avertissement qui sera versé à votre dossier personnel.

Nous espérons vivement que de tels incidents ne se reproduiront pas.

A défaut, nous pourrions être amenés à prendre, à votre égard, une sanction plus grave.

**Veillez agréer, M. ou Mme <nom>, l'expression de nos salutations distinguées.**

Signature

### 164 Convocation à un entretien préalable à une sanction

Cette lettre doit être envoyée au plus tard avant la fin du deuxième mois qui suit la date à laquelle l'employeur a eu connaissance des faits fautifs (C. trav., art. L. 122-44).

En l'absence de délai légal, un délai minimum de 3 à 4 jours ouvrables entre la date de première présentation au salarié de la convocation à l'entretien et l'entretien lui-même, nous semble conforme aux exigences de la jurisprudence.

A <lieu>, le <date>

Entreprise <dénomination>  
<adresse>

M. ou Mme <nom>  
<adresse>

#### Lettre recommandée avec accusé de réception

M. ou Mme <nom>,

Nous sommes contraints d'envisager à votre égard une sanction disciplinaire.

A cet effet, en application de l'article L. 122-41 du Code du travail, nous vous convions à un entretien au cours duquel nous vous exposerons les motifs de la mesure envisagée et recevrons vos explications sur les faits qui vous sont reprochés.

Cet entretien aura lieu le <date>, à <l'heure – durant les heures de travail> heures, dans nos locaux situés <Indiquez précisément le lieu – en principe les lieux de travail>, où vous serez reçu par M. ou Mme <nom>.

Nous vous précisons que vous pouvez vous faire assister d'une personne de votre choix appartenant obligatoirement au personnel de l'entreprise.

**Veillez agréer, M. ou Mme <nom>, l'expression de nos salutations distinguées.**

Signature

## 165 Notification d'une sanction

Exemple : Mise à pied disciplinaire

Cette lettre ne peut être expédiée moins d'un jour franc après la date retenue pour l'entretien et plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien (C. trav., art. L. 122-41).

A <lieu>, le <date>

Entreprise <dénomination>  
<adresse>

M. ou Mme <nom>  
<adresse>

### Lettre recommandée avec accusé de réception

M. ou Mme <nom>,

Nous avons eu à déplorer de votre part les agissements fautifs suivants : **<rappelez le plus précisément possible de manière objective les faits reprochés au salarié. L'entreprise doit conserver les éléments de preuve permettant d'attester les faits ainsi reprochés : attestations de témoins, lettres de clients, etc.>**

Ces faits constituent une faute et perturbent le bon fonctionnement du service.

Les explications recueillies auprès de vous, à l'occasion de notre entretien du <date>, ne nous ont pas permis de modifier notre appréciation des faits.

En conséquence, nous sommes contraints de vous notifier, par la présente, une mise à pied de <nombre de jours> jours ouvrés.

Cette mesure prendra effet le <date>. Vous reprendrez donc votre travail le <date> à <heures> heures.

Les <nombre> jours de mise à pied seront retenus sur votre bulletin de paie du mois de <mois>.

Nous vous précisons que, si de tels agissements se renouvelaient, nous pourrions être amenés à envisager à votre égard une sanction plus grave pouvant aller le cas échéant jusqu'au licenciement.

Souhaitant ne pas être contraints d'appliquer une telle mesure,

**Veillez agréer, M. ou Mme <nom>, l'expression de nos salutations distinguées.**

Signature

## ■ Licenciement pour faute ■

### 166 Convocation à un entretien préalable pour faute grave ou lourde avec mise à pied conservatoire

#### a) *Entreprise disposant de représentants du personnel*

Cette lettre doit être envoyée au plus tard avant la fin du deuxième mois qui suit la date à laquelle l'employeur a eu connaissance des faits fautifs (C. trav., art. L. 1332-4).

Un délai minimum de cinq jours ouvrables doit être respecté entre la date de première présentation de la convocation au domicile du salarié et l'entretien.

<Lieu>,  
le <date>

<Dénomination de l'entreprise>  
<adresse>

Monsieur ou Madame<Nom>  
<Adresse>

#### Lettre recommandée avec avis de réception

Monsieur ou Madame,

Vos agissements du <date> nous conduisent à envisager à votre égard une mesure de licenciement sans indemnité, ni préavis.

En application de l'article L. 1232-2 du Code du travail, nous vous convions à un entretien au cours duquel nous vous exposerons les motifs de la mesure envisagée et recevrons vos explications sur les faits qui vous sont reprochés.

Cet entretien aura lieu le <date>, à <heures> heures, dans nos locaux situés à <lieu>, où vous serez reçu ou reçue par Monsieur ou Madame <nom>.

Nous vous rappelons que vous pouvez vous faire assister d'une personne de votre choix appartenant obligatoirement au personnel de l'entreprise.

D'ici là, et compte tenu de la gravité des agissements qui vous sont reprochés, nous vous confirmons par la présente la mise à pied conservatoire qui vous a été notifiée oralement le <date>, par Monsieur ou Madame <nom>.

Cette mise à pied est prononcée à titre conservatoire pendant tout le déroulement de la procédure et dans l'attente de la décision à intervenir.

**Veillez agréer, Monsieur ou Madame, <nos sincères salutations>.**

<Signature>

#### b) *Entreprise ne disposant pas de représentants du personnel*

Cette lettre doit être envoyée au plus tard avant la fin du deuxième mois qui suit la date à laquelle l'employeur a eu connaissance des faits fautifs (C. trav., art. L. 1332-4).

Un délai minimum de cinq jours ouvrables doit être respecté entre la date de première présentation de la convocation au domicile du salarié et l'entretien.

<Lieu>,  
le <date>

<Dénomination de l'entreprise>  
<adresse>

Monsieur ou Madame <Nom>  
<adresse>

#### Lettre recommandée avec avis de réception

Monsieur ou Madame,

Vos agissements du <date> nous conduisent à envisager à votre égard une mesure de licenciement sans indemnité, ni préavis.

En application de l'article L. 1232-2 du Code du travail, nous vous convions à un entretien au cours duquel nous vous exposerons les motifs de la mesure envisagée et recevrons vos explications sur les faits qui vous sont reprochés.

Cet entretien aura lieu le <date>, à <heures> heures, dans nos locaux situés à <lieu>, où vous serez reçu ou reçue par Monsieur ou Madame <Nom>.

Nous vous précisons que vous avez la possibilité de vous faire assister, lors de cet entretien, par une personne de votre choix faisant partie de l'entreprise ou inscrite sur la liste départementale du <département du lieu où se déroule l'entretien préalable> ; liste que vous pourrez consulter dans la mairie de <adresse de la mairie du lieu du domicile du salarié s'il demeure dans le département où est situé l'établissement, ou du lieu de travail si le salarié demeure en dehors du département> ou à la section de l'inspection du travail de <donner l'adresse des services où cette liste peut être consultée>.

D'ici là, et compte tenu de la gravité des agissements qui vous sont reprochés, nous vous confirmons par la présente la mise à pied conservatoire qui vous a été notifiée oralement le <date>, par Monsieur ou Madame <nom>.

Cette mise à pied est prononcée à titre conservatoire pendant tout le déroulement de la procédure et dans l'attente de la décision à intervenir.

**Veillez agréer, Monsieur ou Madame, <nos sincères salutations>.**

<Signature>

## 167 Lettre de licenciement disciplinaire pour faute grave ou lourde

Cette lettre ne peut être expédiée moins de deux jours ouvrables après la date retenue pour l'entretien (C. trav., art. L. 1232-6) et plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien (C. trav., art. L. 1332-2).

<Lieu>,  
le <date>

<Dénomination de l'entreprise>  
<adresse>

Monsieur ou Madame <Nom>  
<adresse>

#### Lettre recommandée avec avis de réception

Monsieur ou Madame,

A la suite de l'entretien préalable que nous avons eu le <date>, nous avons le regret de vous signifier par la présente votre licenciement pour *faute grave* ou *faute lourde*.

Le motif invoqué à l'appui de cette décision tel qu'il vous a été exposé à cette occasion est, nous vous le rappelons, le suivant : <appeler le plus précisément possible, de manière objective et mesurée, les faits reprochés au salarié>.

Cette conduite met en cause le bon fonctionnement du service et les explications recueillies auprès de vous au cours de notre entretien du <date> ne nous ont pas permis de modifier notre appréciation à ce sujet.



OU

Vous n'avez pas répondu à la convocation qui vous a été adressée le <date>. Nous vous informons que nous avons décidé de vous licencier pour *faute grave* ou *faute lourde* pour les raisons suivantes : < rappeler le plus précisément possible, de manière objective et mesurée, les faits reprochés au salarié >.

Compte tenu de la gravité des faits, votre maintien dans l'entreprise s'avère impossible.

Votre licenciement, sans indemnité de préavis ni de licenciement **<en cas de faute lourde : « ni de congés payés »>**, prend donc effet à compter de la date de notification de cette lettre.

La période de mise à pied conservatoire qui a débuté le **<date>** ne vous sera pas rémunérée.

Vous pourrez vous présenter au service du personnel pour percevoir votre solde de tout compte et retirer votre certificat de travail et votre attestation Assédic.

*(Sous réserve de l'existence d'une clause de non-concurrence)*

*Nous vous rappelons que votre contrat de travail comporte une clause de non-concurrence que nous entendons appliquer.*

*Il vous est donc interdit de travailler chez un concurrent selon les termes de cette clause de non-concurrence.*

*(Sous réserve de l'existence d'une clause de non-concurrence)*

*Nous vous rappelons que votre contrat de travail comporte une clause de non-concurrence à laquelle nous entendons expressément renoncer.*

**Veillez agréer, Monsieur ou Madame, <nos sincères salutations>.**

**<Signature>**

## 168 Lettre de licenciement disciplinaire

Cette lettre ne peut être expédiée moins d'un jour franc après la date retenue pour l'entretien et plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien (C. trav., art. L. 122-41).

**A <lieu>, le <date>**

**<En-tête de l'entreprise>**

**<Nom> <adresse du salarié>**

### Lettre recommandée avec accusé de réception

M. ou Mme <nom>,

A la suite de l'entretien préalable du <date> nous vous informons que nous avons décidé de vous licencier pour le motif évoqué au cours de celui-ci, à savoir < rappeler le plus précisément possible de manière objective et mesurée les faits reprochés au salarié >.

Cette conduite met en cause le fonctionnement du service et les explications recueillies auprès de vous au cours de notre entretien du <date> ne nous ont pas permis de modifier notre appréciation à ce sujet.

OU

Vous n'avez pas répondu à la convocation qui vous a été adressée le <date>. Nous avons décidé de vous licencier pour les raisons suivantes <raisons>.

La date de première présentation de cette lettre à votre domicile fixera le point de départ de votre préavis d'une durée de <durée>, au terme duquel votre contrat sera définitivement rompu

OU

└ Votre préavis, que nous vous dispensons d'effectuer, prendra fin le <date>.

Au terme de votre préavis, vous pourrez vous présenter au service du personnel pour percevoir votre solde de tout compte et retirer votre certificat de travail et votre attestation Assedic.

**Veillez agréer, M. ou Mme <nom>, l'expression de nos salutations distinguées.**

**Signature**

## 169 Lettre de licenciement pour faute grave ou lourde

Cette lettre ne peut être expédiée moins d'un jour franc après la date retenue pour l'entretien et plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien (C. trav., art. L. 122-41).

**A <lieu>, le <date>**

**<En-tête de l'entreprise>**

**<Nom> <adresse du salarié>**

### Lettre recommandée avec accusé de réception

M. ou Mme <nom>,

└ A la suite de l'entretien préalable que nous avons eu le <date>, nous avons le regret de vous signifier par la présente votre licenciement pour *faute grave* ou *faute lourde*.

Le motif invoqué à l'appui de cette décision tel qu'il vous a été exposé à cette occasion est, nous vous le rappelons, le suivant : <rappeler le plus précisément possible, de manière objective et mesurée, les faits reprochés au salarié>.

Cette conduite met en cause le bon fonctionnement du service et les explications recueillies auprès de vous au cours de notre entretien du <date> ne nous ont pas permis de modifier notre appréciation à ce sujet.

OU

└ Vous n'avez pas répondu à la convocation qui vous a été adressée le <date>. Nous vous informons que nous avons décidé de vous licencier pour *faute grave* ou *faute lourde* pour les raisons suivantes : <raisons>

Compte tenu de la gravité des faits, votre maintien dans l'entreprise s'avère impossible, y compris pendant la durée de votre préavis.

Votre licenciement, sans indemnité de préavis ni de licenciement **<en cas de faute lourde : « ni de congés payés »>** prend donc effet à compter de la date de première présentation de cette lettre à votre domicile.

La période de mise à pied conservatoire qui a débuté le **<date>** ne vous sera pas rémunérée.

Ce jour, vous pourrez vous présenter au service du personnel pour percevoir votre solde de tout compte et retirer votre certificat de travail et votre attestation Assedic.

**Veillez agréer, M. ou Mme <nom>, l'expression de nos salutations distinguées.**

**Signature**