



Droit du travail

La faute

en

Droit du Travail

M.A. MARCANTONI

Docteur Ingénieur en Sciences Physiques

Doctorant en Droit du Travail

Conseiller Prud'homal

Paris

édition 1.4

janvier 2019

La faute en Droit du Travail

Sommaire

1. Définition de la faute.

- 1.1. La faute civile.
- 1.2. La faute pénale.
- 1.3. La faute en droit du travail.
 - 1.3.1. La faute de l'employeur.
 - Faute simple.
 - Faute inexcusable de l'employeur.
 - 1.3.2. La faute du salarié.

2. Appréciation de la faute du salarié.

- 2.1. Agissements fautifs ou pas.
 - 2.1.1. Ce qui peut être considéré comme une faute.
 - Deux grandes familles de " fautes ".
 - L'acte d'insubordination est-il toujours fautif ?
 - Des fautes imputables au salarié et vérifiables.
 - 2.1.2. Ce qui ne peut, en aucun cas, être une faute.
 - L'exercice d'un droit ne peut être fautif.
 - Les droits protégés.
- 2.2. Eléments à prendre en compte.
 - 2.2.1. Ancienneté et caractère isolé de l'incident.
 - 2.2.2. Niveau hiérarchique.
 - 2.2.3. Caractère public du comportement.
 - 2.2.4. Conditions de travail du salarié (délais, pénibilité, etc.).
 - 2.2.5. Conséquences pour l'entreprise.
- 2.3. Effet de la tolérance passée de l'employeur.
- 2.4. Action sur " ordre " d'un supérieur hiérarchique.
- 2.5. Agissements hors de l'entreprise.
 - 2.5.1. Principe : pas de sanction disciplinaire.
 - Prohibition de la voie disciplinaire.
 - Cas du trouble objectif pour l'entreprise.

2.5.2. Les limitations du principe.
Manquement à une obligation découlant du contrat de travail.
Rattachement à la vie professionnelle.

2.6. Faits relevant de la vie personnelle mais commis dans l'entreprise.

3. Différents niveaux de faute du salarié.

3.1. Faute simple.

3.2. Faute grave.

3.3. Faute lourde.

3.3.1. Définition de la faute lourde.

3.3.2. Effets de la faute lourde.

3.3.3. Intérêt de la faute lourde.

4. Conséquences de la faute du salarié, la sanction.

4.1. Délai de prise de sanction.

4.1.1. Cas général.

Un délai de deux mois.

Calcul du délai de deux mois.

Incidence des poursuites pénales sur le délai.

Incidence de l'arrêt maladie ou de l'accident du travail.

4.1.2. Cas particulier de la faute grave.

4.1.3. Cas du transfert de contrat de travail.

4.2. Interdictions relatives aux sanctions.

4.2.1. Sanctions interdites.

4.2.2. Interdiction de la double sanction.

Principe.

Antériorité des fautes.

Multiplicité des sanctions.

4.3. Sanction disciplinaire.

4.3.1. Définition de la sanction disciplinaire.

4.3.2. Agissements fautifs du salarié : de quoi s'agit-il ?

4.3.3. Caractéristiques de la sanction disciplinaire.

Ne constitue pas une sanction.

Echelle des sanctions.

Sanction non prévue au Règlement Intérieur.

Sanctions différenciées.

Sanction de faits nouveaux.

4.3.4. Le " hors champ " du disciplinaire.

4.4. Règles de notification de la sanction.

4.4.1. Observation, mise au point.

- 4.4.2. Avertissement.
 - Distinction entre mise au point et avertissement.
 - Notification de l'avertissement.
- 4.4.3. Mutation.
- 4.4.4. Rétrogradation.
 - Définition.
 - Droit au refus du salarié.
 - Transformation en licenciement.
 - Un nouveau contrat de travail.
- 4.5. Mise à pied.
 - 4.5.1. Définition de la mise à pied.
 - 4.5.2. Mise à pied disciplinaire.
 - 4.5.3. Mise à pied conservatoire.
 - Définition.
 - Circonstances requises pour la mise à pied conservatoire.
 - Procédure à respecter.
 - Rémunération de la mise à pied conservatoire.
 - Durée de la mise à pied conservatoire.
 - Mise à pied conservatoire d'un salarié protégé.
- 4.6. Licenciement disciplinaire.
 - 4.6.1. Définition du licenciement disciplinaire.
 - 4.6.2. Conditions requises.
 - 4.6.3. Respect d'une procédure stricte.
 - 4.6.4. Conséquences du licenciement disciplinaire.
- 5. Contentieux liés à la faute et à la sanction.**
 - 5.1. Les modes de défense du salarié.
 - 5.2. Quelle juridiction saisir ?
 - 5.2.1. Juridictions civiles.
 - 5.2.2. Juridictions pénales.
 - 5.2.3. Double saisine.
 - 5.3. Contestation d'une sanction disciplinaire.
 - 5.3.1. Comment contester une sanction ?
 - Contestation " amiable ".
 - Contestation judiciaire.
 - 5.3.2. Délai de prescription.
 - Prescription de droit commun en droit civil.
 - Prescription spécifique au droit du travail.
 - Prescription en droit pénal.
 - 5.4. Charge de la preuve.
 - 5.4.1. Rappel du principe.

- 5.4.2. Spécificité du droit du travail.

- 5.5. Pouvoirs du juge en matière de sanction.
 - 5.5.1. Annulation de la sanction par le juge.
 - 5.5.2. Réduction de la sanction par le juge.
 - 5.5.3. Nouvelle sanction après une annulation.

Avertissement au lecteur.

Cette édition est réalisée dans le cadre du cours de formation continue des Conseillers Prud'homaux dispensée par l'Institut des Sciences Sociales et du Travail, ISST, de la Faculté de Droit de Paris 1 Panthéon - Sorbonne.

Il est destiné à renforcer la formation initiale dispensée à chaque conseiller prud'homal par l'Ecole Nationale de la Magistrature lors de sa première prise de fonction.

Conçu principalement pour des Conseillers Prud'homaux, il peut également être destiné aux Défenseurs Syndicaux qui souhaiteraient compléter leur formation juridique ainsi qu'à des étudiants en Master de droit du travail. Ce cours ambitionne de couvrir les différentes facettes de l'office du juge au sein des Conseils de Prud'hommes en matière de faute, en embrassant à la fois les problèmes juridiques et techniques que rencontre le magistrat prud'homal.

Comme toute tentative documentaire et pédagogique, ce recueil est menacé de deux travers, la surabondance qui noie le lecteur dans trop de détails d'une part, la simplification réductrice qui prive le lecteur des tenants et aboutissant lui permettant de forger son opinion. Lorsque nous avons tenté de transcender cette difficulté, une autre a immédiatement surgi. Faut-il un cadre chronologique, plus aisé d'abord, ou bien une approche par thèmes, de nature à apporter une plus grande clarté immédiate ? Pour rester centré sur des sujets précis, nous avons opté pour la seconde option, tout en essayant, lorsque cela nous a semblé utile, de remettre chaque thème dans sa perspective historique, indispensable à une bonne compréhension, ce qui pourra parfois être source de quelques redites dont le lecteur voudra bien nous excuser.

Enfin, par rapport aux éditions précédentes, outre la correction des inévitables coquilles, les " bugs " de nos amis anglo-saxons, dans la ligne de ce qui avait été mis en place pour l'édition précédente, cette nouvelle édition, entend :

- **rendre compte des apports récents de la législation**, en particulier l'impact des **ordonnances de septembre 2017** ainsi que leurs décrets d'application,
- **mieux expliciter la notion de faute en droit du travail**,
- **revisiter la procédure civile associée**,

- et toujours, mieux faire ressortir le **lien entre le Code Civil et le Code du Travail**, avec comme objectif d'approfondir la réflexion juridique du lecteur, tant il est vrai qu'un bon travailliste est d'abord un bon civiliste.

Connaître les textes, mais aussi exacerber le réflexe juridique du lecteur, telle reste notre ambition. Nous souhaitons à chacun d'entre vous une bonne lecture, et bien évidemment nous sommes à votre disposition pour répondre à vos questions.

La faute en droit du travail.

1. Définition de la faute.

1.1. La faute civile.

Pour le Code Civil, la “ faute ” est l’action volontaire ou non, ou encore l’omission qui porte atteinte au droit d’autrui en lui causant un dommage. En droit civil la doctrine fait une différence entre :

- la **faute quasi-délictuelle** ou **délictuelle**. Située hors du champ contractuel, elle est définie comme le devoir de ne causer aucun dommage à autrui. Elle est dite :
 - o quasi-délictuelle, lorsque le fait est volontaire mais non intentionnel, en ce que la volonté qui y est impliquée ne s’est pas portée sur le résultat dommageable,
 - o délictuelle, lorsque le fait illicite est accompli volontairement et avec l’intention de causer un dommage à autrui,
- la **faute contractuelle**. Située dans le champ contractuel, elle est définie comme l’attitude d’une personne qui, par négligence, imprudence ou malveillance ne respecte pas ses engagements contractuels.

L’expression faute quasi-délictuelle, désigne la cause du dommage moral, physique ou patrimonial qui s’est réalisée hors de toute relation contractuelle, notamment par la négligence ou l’impéritie de son auteur. La commission par la victime, d’une faute qui a provoqué, facilité ou aggravé les conséquences du dommage qu’elle a subi amène les juges à diminuer et même à réduire à néant la réparation à laquelle elle prétend.

1.2. La faute pénale.

La “ faute pénale ” se trouve, elle, régie par le principe dit de la légalité des peines. Il est posé par le Code Pénal :

“ Il n’y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d’autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d’imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s’il est établi que l’auteur des faits n’a pas accompli les diligences normales

compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure”.

(Code Pénal, art. 121-3)

Le principe de légalité veut donc, au contraire, qu'aucun citoyen ne puisse être pénalement poursuivi (et encore moins puni) “ *pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement* ”.

1.3. La faute en droit du travail.

La faute en droit du travail relève le plus souvent de la faute civile. Dans quelques cas, spécifiquement prévus par la Loi, il faudra cependant envisager la faute pénale.

Les dispositions légales ne donnent aucune définition du comportement fautif. Pour l'Administration du travail, la notion de faute en droit du travail va relever de l'exécution du contrat de travail par les parties, l'employeur d'une part, le salarié d'autre part.

1.3.1. La faute de l'employeur.

- **Faute simple.**

Le Code du Travail ne donne aucune définition précise de la notion de faute commise par l'employeur. En conséquence, il appartient au salarié, et à lui seul, de tirer les conséquences des conditions d'exécution du contrat de travail par l'employeur, et, s'il estime que l'exécution qui en est faite n'est pas conforme aux termes du contrat, aux dispositions législative et / ou réglementaires, ou aux usages de la profession, de saisir la juridiction compétente pour obtenir soit une exécution conforme du contrat de travail, soit sa rupture, avec les conséquences qui en découlent.

A savoir :

Un manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles ne saurait résulter du seul engagement d'une procédure disciplinaire qui n'a pas été menée à son terme dès lors que sa mise en œuvre ne procède pas d'une légèreté blâmable ou d'une intention malveillante.

(Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-11.832)

- **Faute inexcusable de l'employeur.**

La notion de faute inexcusable de l'employeur trouve sa source dans l'obligation générale de santé et de sécurité qui pèse sur l'employeur. Dès lors qu'un travailleur est victime d'un accident du travail, ou atteint d'une maladie professionnelle, l'employeur a nécessairement manqué à son obligation de santé et de sécurité.

Ce manquement constitue une faute, cependant pour être qualifiée d'inexcusable **deux conditions cumulatives sont nécessaires** :

- l'employeur avait, ou aurait dû avoir, conscience du danger auquel le travailleur se trouvait exposé,
- et, il n'a pas pris les mesures nécessaires pour le préserver.

Cette règle s'applique en matière de :

- accidents du travail,
(Cass. soc., 11 avril 2002, n° 00-16.535)
- maladie professionnelle.
(Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-11.793)

Si l'accident doit bien revêtir le caractère d'un accident du travail, il n'est en revanche pas nécessaire que la Sécurité Sociale l'ait pris en charge à ce titre pour faire reconnaître le caractère d'une faute inexcusable.

(Cass. soc., 20 mars 2008, n° 06-20.348)

A savoir :

Une éventuelle faute du salarié n'atténue pas la faute inexcusable de l'employeur.

Pour engager la responsabilité de l'employeur sur le fondement de la faute inexcusable, il suffit que la faute commise par lui ait participé à la réalisation de l'accident du travail.

La faute inexcusable de l'employeur :

- n'a pas à être la cause déterminante de l'accident,
(Cass. soc., 31 octobre 2002, n° 00-18.359)
- il suffit qu'elle en soit la cause nécessaire.
(Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30.038)

1.3.2. La faute du salarié.

Définir la faute du salarié n'est pas chose simple. Ni la Loi, Code du Travail, ni les autres sources du droit, ne nous livre beaucoup d'informations à propos de ce qu'il y a lieu de mettre derrière le vocable de " faute ". Le Code du Travail aborde la question de la " faute " par le biais d'une formulation aux consonances assez tautologique. Il laisse, en effet, entendre que doit être considéré comme une faute " ... *tout agissement du salarié **considéré par l'employeur comme fautif*** ".

(Code du Travail, art. L. 1331-1)

Sa lecture ne peut que laisser songeur, tant la définition, ici posée, semble manquer de précision et de consistance. Tout au plus, nous pouvons retenir que la faute doit être commise par le salarié dans le cadre de l'exercice de sa profession et de l'exécution du contrat de travail qui le lie avec son employeur, en particulier en cas de licenciement.

Le " brouillard londonien " qui entoure la définition de la " faute " a été très rapidement identifié puisque, peu après que l'adoption de la Loi n° 82- 689 du 4 août 1982, le Ministère du Travail a, lui-même, interprété le texte en indiquant, par voie de circulaire, que " *le comportement antérieur du salarié que l'employeur a considéré comme fautif* " devait, en fait, être entendu comme un comportement " *ne correspondant pas à l'exécution normale de la*

relation contractuelle ".¹ La précision est utile. Mais peut-on pour autant la considérer comme réellement décisive ? Oui et non...

- oui, parce que, au vu de ce texte, il est possible d'admettre que le champ de la faute devrait se limiter, en principe, à la seule vie professionnelle du salarié,
- non, car à bien lire le texte, on ne peut que constater que le domaine de la " faute " demeure tout à la fois très large et mal délimité. Or la jurisprudence n'est pas venue éclairer davantage notre lanterne, puisque, par le biais d'un positionnement proche de celui adopté par le Ministère du Travail, elle ne voit dans la " faute ", qu'une simple " *violation des obligations du salarié à l'égard de son employeur* " .

Enfin, l'Administration du travail est également venue préciser, par voie de circulaire, que " *le comportement du salarié* " devait " *en principe se manifester par un acte positif ou par une abstention de nature volontaire* " .

Il devient donc possible de poser que le salarié est susceptible de commettre une faute lorsqu'il n'exécute pas, et ce **de manière volontaire**, normalement son contrat de travail. Autrement dit, l'incompétence professionnelle, si elle peut, dans certains cas donner lieu à licenciement, ne constitue pourtant pas pour autant une faute.

Seule la jurisprudence vient établir les éléments constitutifs d'une faute professionnelle ainsi que son degré de gravité.

La faute : une impression de " toute puissance patronale " ?

Si l'article L. 1331-1 du Code du Travail surprend autant, c'est surtout du fait de l'impression de " toute puissance " qu'il semble octroyer à l'employeur quant à l'appréciation et à la qualification des faits fautifs. Imaginez un peu ! Doit être considéré comme fautif " tout agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif " . Difficile, dans l'affichage, de faire plus absolutiste !

Pourtant, il faut bien admettre que la formulation ici retenue par le législateur a tout du trompe-l'œil. Pourquoi cela ? Tout simplement parce que l'article L. 1331-1 du Code du Travail doit être, notamment, mis en perspective avec les articles L. 1332- 2 et L. 1333-1 de ce même code, qui garantissent aux salariés un droit à la défense aussi bien, a priori, dans l'entreprise que hors de l'entreprise !

¹ Circulaire DRT n° 5-83 du 15 mars 1983.

Pour les salariés du secteur privé, le Code du Travail prévoit cependant la faute disciplinaire, et la sanction associée :

“ Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l’employeur à la suite d’un agissement du salarié considéré par l’employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l’entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. ”

(Code du Travail, art. L. 1331-1)

La Loi précise également que :

*“ Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites.
Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite. ”*

(Code du Travail, art. L. 1331-2)

“ Le fait d’infliger une amende ou une sanction pécuniaire en méconnaissance des dispositions de l’article L. 1331-2 est puni d’une amende de 3 750 euros. ”²

(Code du Travail, art. L. 1334-1)

En l’espèce, il s’agit là de l’une des dispositions pénales prévues par le Code du Travail.

Il y a lieu d’ajouter que, dans les entreprises de plus de 20 salariés, pour lesquels la mise en place d’un **Règlement Intérieur** est obligatoire, ce dernier peut fixer la nature de l’échelle des sanctions (voir infra). Elle peut contenir, entre autres :

- l’avertissement,
- le blâme,
- la mise à pied disciplinaire sans salaire,
- la mutation
- la rétrogradation,
- le licenciement pour faute simple, grave ou lourde.

Par ailleurs, il faut se souvenir qu’une lettre de “ rappel à l’ordre ” de l’employeur à un salarié, lui indiquant des reproches et l’invitant à changer de comportement, ne constitue pas une sanction disciplinaire.

(Cass. soc., 13.12.2011, n° 10-20135)

² Pour mémoire, “ une amende est une condamnation à payer une somme d’argent fixée par la Loi au Trésor Public après qu’une infraction ait été commise ”. Elle peut être civile ou pénale. L’amende civile est une sanction pécuniaire prévue par une Loi civile et prononcée par une juridiction civile. L’amende pénale est une peine pécuniaire, prévue par une Loi pénale, et obligeant le condamné à verser une certaine somme d’argent au Trésor Public.

Enfin, en matière de faute, il est possible de distinguer trois niveaux qui n'entraînent pas les mêmes conséquences, tant pour le salarié que pour l'employeur :

- la **faute simple**, caractérisée par un manquement par le salarié à ses obligations contractuelles,
- la **faute grave**, si elle cause des troubles sérieux et rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise,
- la **faute lourde**, si par son comportement le salarié a eu l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise.

Pour terminer, nous constaterons que la notion de " faute disciplinaire " se distingue, ici, très nettement de la " faute " pénale, qui se trouve régie par le principe dit de la légalité des peines. Pourtant, comme nous serons amenés à le voir plus loin, dans certains cas, une sanction disciplinaire pourra être infligée à un salarié qui se serait rendu coupable d'une faute pénale. Ainsi, par exemple ce fut le cas d'un comptable condamné, en correctionnelle, pour détournement de fonds.

2. Appréciation de la faute du salarié.

2.1. Agissements fautifs ou pas.

Certains agissements et certaines omissions peuvent, de la part de l'employeur, recevoir la qualification de " faute ", d'autres ne le peuvent absolument pas. Une dernière catégorie de faits ne peuvent " normalement " pas être fautifs, mais tolèrent certaines exceptions.

2.1.1. Ce qui peut être considéré comme une faute.

Le spectre est, nous l'avons vu, particulièrement large car le concept même de " faute " est pétri d'imprécision. Nous savons, désormais qu'il faut y voir un " agissement " ou une " abstention du salarié considéré par l'employeur comme fautif ". Ce qui semble devoir impliquer un comportement qui " ne correspond pas à l'exécution normale de la relation contractuelle " et " une violation des obligations du salarié à l'égard de son employeur ". Partant de ce matériau premier, nous tenterons, donc, de préciser ce qui peut effectivement être considéré comme une " faute ".

- **Deux grandes familles de " fautes ".**

S'il est clairement impossible de dresser un inventaire précis des " fautes " qui sont susceptibles d'être commises par les salariés, il y a classiquement lieu de distinguer deux grandes catégories :

- la " **faute disciplinaire** " stricto sensu est un manquement aux règles (générales et permanentes) de discipline qui, elles-mêmes, doivent être " gravées dans le marbre " du Règlement Intérieur, dès lors que ce dernier existe (voir supra). Elle peut ainsi s'apparenter à un non-respect des horaires collectifs de travail, à une absence injustifiée, à des comportements agressifs ou violents, voire même, à un non-respect des règles de sécurité, etc.

Ce qui se matérialise souvent par un reproche fait au salarié d'avoir mis à mal une ou plusieurs des dispositions figurant au Règlement Intérieur. Pour autant, il ne s'agit nullement là d'un absolu. D'abord, parce que toutes les entreprises et tous les établissements ne sont pas nécessairement dotés d'un Règlement Intérieur. Ensuite parce que, comme nous le savons désormais, la " faute " peut être juridiquement constituée par tout " agissement du salarié considéré " par l'employeur " comme fautif ". Enfin, parce que cette même " faute " peut très bien, dans certains cas bien précis, être la violation d'un texte légal ou réglementaire. Par exemple, l'interdiction de fumer sur les lieux de travail, activité qui se trouve prohibée directement par l'article R. 3511-1 du Code de la santé publique. Même si rien n'empêche un

Règlement Intérieur, s'il le souhaite, de reprendre à son compte ou de promouvoir de telles dispositions réglementaires.

- la “ **faute professionnelle** ” consiste en une inexécution fautive ou une exécution volontairement défectueuse du travail. Aussi, se matérialisera-t-elle bien souvent par la mise à mal, par le salarié, de ses obligations contractuelles. Mais là encore, pas d'absolu ! Le fait que la faute soit légalement définie comme “ tout agissement considéré par l'employeur comme fautif ” ouvre la porte à bien d'autres possibilités. La faute professionnelle peut très bien s'envisager comme une violation de la Loi elle-même. Ainsi en va-t-il des harcèlements (moral et sexuel), puisque les articles L. 1152-5 et L. 1153-6 du Code du Travail précisent eux-mêmes que le fait, pour un salarié, de s'y adonner est “ passible de sanction disciplinaire ”.

Notons tout de même, pour conclure sur ce point, que la distinction opérée entre ces deux types de “ fautes ” se veut essentiellement illustrative car l'une comme l'autre se trouveront soumises à un régime juridique idoine. D'ailleurs, dans un cas comme dans l'autre, seules les “ fautes ” commises à l'occasion du travail, par le salarié, peuvent être sanctionnées. Même si quelques (rares) exceptions seront toujours susceptibles de se faire jour (voir infra).

- **L'acte d'insubordination est-il toujours fautif ?**

Par essence, le lien de subordination (qui unit l'employeur et le salarié) fait de l'acte d'insubordination l' “ agissement fautif ” par excellence. Ce qui est d'autant plus vrai que le ministère du Travail a fait de “ l'obéissance aux ordres hiérarchiques ” l'un des archétypes des règles générales et permanentes de discipline. Pour autant, il faut vraiment se garder d'adopter un raisonnement trop uniforme. Dans certains cas bien précis en effet, refuser de répondre aux ordres peut ne pas être considéré comme fautif. Tel est le cas du refus d'accomplir un acte contraire à la Loi, d'effectuer un travail qui n'entre pas dans les attributions du salarié ou bien encore celui de répondre à un appel sur le téléphone portable personnel en dehors des horaires de travail.

- **Des fautes imputables au salarié et vérifiables.**

La “ **faute doit, d'une part, être matériellement établie et vérifiable et, d'autre part, imputable au salarié** ”, et ce, qu'elle soit disciplinaire stricto sensu ou professionnelle, qu'il s'agisse d'un fait ou d'une omission. Il convient de préciser que :

- le reproche fait au salarié ne peut pas se contenter d'être vague. Il doit, au contraire, être adossé à des faits précis et vérifiables (voir supra),
- la “ faute ” doit nécessairement avoir été commise par le salarié lui-même. Ainsi ont été jugées comme n'étant pas imputables au salarié “ des injures et des menaces proférées par la sœur d'une salariée, en la présence passive de celle-ci ”, ou bien encore “ des violences commises par le mari d'une salariée qui était venu régler le problème relationnel qui existait entre la salariée et sa collègue ”.

2.1.2. Ce qui ne peut en aucun cas être une faute.

Le salarié bénéficie d'une triple protection. Il ne peut être sanctionné :

- ni du fait de l'exercice d'un droit,
- ni du fait d'un agissement (ou d'une omission) non qualifiable de faute (sur ce dernier aspect des choses, nous parlerons de hors-champ du disciplinaire),
- ni à l'appui d'un motif qui serait discriminatoire.

- **L'exercice d'un droit ne peut être fautif.**

Exercer un droit ne peut être considéré comme fautif. Le principe ainsi énoncé a tout de l'évidence car il va de soi qu'un salarié ne saurait être sanctionné pour avoir régulièrement pris ses congés payés ou pour avoir demandé que lui soit effectivement appliquée la législation relative aux durées maximales de travail.

“ Exercice d'un droit ” d'un côté et “ agissement fautif ”, de l'autre, sont, à l'évidence, deux notions aussi antinomiques qu'inconciliables, car octroyer un droit à quelqu'un, c'est bien, par nature, l'autoriser à en disposer. Malgré cette apparente évidence, le législateur a considéré qu'il était tout de même utile de convaincre les salariés que certains droits (portant sur des sujets souvent sensibles) étaient bien des droits et qu'ils pouvaient en conséquence y recourir sans crainte d'avoir à subir de représailles disciplinaires.

- **Les droits protégés.**

Le législateur a expressément prévu que l'exercice de certains droits était protégé.

a) **1^{er} droit protégé : le droit d'expression.**

Le droit d'expression des salariés (même s'il n'a, hélas, pas connu le fabuleux destin que ses concepteurs avaient imaginé pour lui) avait pour objectif particulièrement ambitieux de faire du salarié un citoyen dans l'entreprise, en lui permettant de s'exprimer librement sur son contenu, sur son organisation et sur les actions susceptibles d'être mises en œuvre afin d'en améliorer les conditions. Aussi, fallait-il afficher une protection toute particulière de l'expression des salariés pour que la mise en œuvre d'un droit aussi “ révolutionnaire ” ait quelque chance d'accéder à l'efficacité. C'est en ce sens que le Code du Travail, ³ à savoir la loi du 4 août 1982) interdit à l'employeur “ *de sanctionner ou de licencier un salarié qui n'aurait fait qu'émettre son opinion dans le cadre de ce droit d'expression. Ce, quelle que soit sa place dans la hiérarchie professionnelle* ”.

(Code du Travail, art. L. 2281-3)

³ Article qui, soit dit en passant, a été introduit par le même texte que celui qui a consacré l'existence du droit disciplinaire que nous connaissons aujourd'hui.

b) 2^{ème} droit protégé : refuser de passer à temps partiel.

Le Code du Travail précise que *“ le refus par un salarié d’accomplir un travail à temps partiel ne constitue ni une faute, ni un motif de licenciement ”*.

(Code du Travail, art. L. 3123-4)

Philosophiquement parlant, cette disposition est, somme toute, assez proche de celle qui, à l’article L. 1331-1 du Code du Travail, proscrit le prononcé d’amendes et de sanctions pécuniaires (voir infra). Permettre à un employeur d’imposer à un salarié un passage à temps partiel reviendrait à l’autoriser à lui baisser son salaire, et ce, à tout moment et pour quelque motif que ce soit. Il a déjà pu être jugé que, *“ 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 ”* et que *“ le refus du salarié d’exécuter une telle sanction n’est pas fautif et ne peut justifier son licenciement ”*.

Mais cette disposition est en fait plus rassurante et pédagogique que strictement juridique car il va sans dire qu’un tel refus, exprimé par salarié, n’aurait pu de toute façon être constitutif d’un *“ agissement fautif ”*. Le temps de travail est en effet par essence une donnée contractualisée. Sa variation constitue donc nécessairement une modification du contrat de travail que le salarié est bien évidemment en droit de refuser.

c) 3^{ème} droit protégé : refuser d’effectuer les heures complémentaires pour un salarié à temps partiel.

Le Code du Travail précise que, *“ le refus d’accomplir les heures complémentaires proposées par l’employeur au delà des limites fixées par le contrat ne constitue ni une faute ni un motif de licenciement. Il en est de même, à l’intérieur de ces limites, lorsque le salarié est informé moins de trois jours avant la date à laquelle les heures complémentaires sont prévues ”*.

(Code du Travail, art. L. 3123-10)

Cette disposition vise à faire en sorte que les limites fixées par la Loi en termes de recours aux heures complémentaires soient bien respectées et que le salarié dispose, dès lors qu’on lui demande d’en réaliser, d’un délai de prévenance minimum afin de pouvoir s’organiser. Là encore, la portée du texte se veut rassurante et pédagogique, car il est bien évident que, juridiquement parlant, un salarié qui refuse de se plier à une injonction patronale illégale ne saurait être sanctionné de ce fait. Ici, l’idée du législateur a donc certainement été de conforter des populations de salariés souvent précarisées et fragilisées dans la capacité qui doit pouvoir être la leur de faire valoir leurs droits.

d) 4^{ème} droit protégé : faire valoir son droit de retrait.

La protection de ce droit est tout à fait fondamentale puisque la crainte du prononcé d’une sanction disciplinaire pourrait être de nature à conduire un salarié à consentir à une exposition

prolongée à un “ danger grave et imminent ”. Il est d’autant plus nécessaire de (tenter de) rasséréner le salarié confronté à une situation de ce type qu’il s’agit pour lui de faire valoir un véritable “ droit à la désobéissance ”. Ce qui n’est, convenons-en, difficile à assumer, surtout lorsqu’on se trouve seul à devoir le mettre en œuvre.

C’est pourquoi, le Code du Travail a pris le soin de préciser que :

- “ aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l’encontre d’un travailleur ou d’un groupe de travailleurs qui se sont retirés d’une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu’elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d’eux ”,
(Code du Travail, art. L. 4131-3)
- “ l’employeur prend les mesures et donne les instructions nécessaires pour permettre aux travailleurs, en cas de danger grave et imminent, d’arrêter leur activité et de se mettre en sécurité en quittant immédiatement le lieu de travail ”.
(Code du Travail, art. L. 4132-5)

e) 5^{ème} droit protégé : refuser de suivre certaines actions de formation et / ou de réaliser un bilan de compétence.

En matière de formation professionnelle continue, le Code du Travail fait clairement la différence entre les formations qui peuvent être suivies à l’initiative du salarié et celles qui peuvent l’être à l’initiative de l’employeur.

(Code du Travail, art. L. 6321-2 et L. 6321-6)

Parmi ces dernières, on retrouve deux grandes catégories d’actions de formation. Celles “ d’adaptation au poste de travail ou liées à l’évolution ou au maintien dans l’emploi dans l’entreprise ”, d’une part, et celles “ de développement des compétences ”, d’autre part. Si la première, qui met en musique une obligation patronale, doit nécessairement être suivie pendant le temps de travail (tout en étant assimilée à du temps de travail effectif avec maintien de la rémunération), la seconde, peut quant à elle être suivie, en tout ou partie, “ hors temps de travail ”.

Il ne faut pas oublier que les actions de “ développement des compétences ” ne peuvent être mises en œuvre qu’en présence d’un accord entre l’employeur et le salarié. C’est donc très logiquement que le Code du Travail précise que “ *le refus du salarié de participer à des actions de formation, de développement des compétences ou la dénonciation* ” de l’accord qu’il aurait précédemment donné “ **ne constitue ni une faute, ni un motif de licenciement** ”.

(Code du Travail, art. L. 6321-7)

S’agissant, par ailleurs, du bilan de compétences, il va de soi qu’un tel outil n’a de sens que s’il est mis en œuvre à l’initiative du salarié ou, à tout le moins, avec son assentiment. C’est, en effet, uniquement dans ces conditions qu’il sera à même de lui permettre de dégager des pistes d’évolution ou de reconversion professionnelle réellement souhaitées. Rien de plus logique donc à que le Code du Travail précise que le bilan de compétences “ *ne peut être*

réalisé qu'avec le consentement du travailleur ” et que “ le refus d'un salarié d'y consentir ne constitue ni une faute, ni un motif de licenciement ”.

(Code du Travail, art. L. 6313-10, alinéa 2)

f) 6^{ème} droit protégé : pouvoir être “ lanceur d'alerte ”.

Il n'est clairement pas simple, pour un salarié quel qu'il soit, de se faire “ lanceur d'alerte”. Commençons par préciser ce qu'est un “ lanceur d'alerte ”.

Il s'agit d'une personne (en l'occurrence d'un salarié) qui, en son âme et conscience, décide de dénoncer des faits particulièrement graves (corruption, mise en danger de la santé publique ou de l'environnement, maltraitance...) qu'il aurait constatés lors de l'exercice de son activité professionnelle.

Aussi, afin de leur assurer une protection minimale, le législateur a-t-il prévu des dispositions :

- dans le Code du Travail, qui précise que, “ aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire (...) pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ”.

(Code du Travail, art. L. 1161-1)

- dans le Code de la santé publique qui a fait de même s'agissant des personnes qui auraient été conduites à révéler, dans des conditions identiques, des faits relatifs à un risque grave pour la santé publique ou l'environnement. Rien de particulier sur cette disposition, sinon que si l'intention du législateur est fort louable, on peut cependant craindre que la protection instituée ne soit pas suffisamment musclée au regard des faits particulièrement graves qui sont, ici, susceptibles d'être dénoncés.

(Code de la Santé Publique, art. L. 1351-1)

g) 7^{ème} droit protégé : celui de pouvoir agir en justice.

Ce droit est affirmé comme étant dépourvu de tout risque soit de “ licenciement ”, soit, plus largement, de “ toute décision défavorable ”, dès lors que l'action introduite en justice l'est dans certaines matières, telles que :

- **égalité professionnelle** : afin d'éviter que, sur ce sujet, toute forme d'action ne se trouve découragée, le recours à la justice est présenté par le Code du Travail, comme ne pouvant pas déboucher sur le licenciement du, ou de la, salarié concerné. Le code précise que, “ *est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice (...) sur le fondement des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes lorsqu'il est établi que ce licenciement est sans cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de cette action en justice* ”.

(Code du Travail, art. L. 1144-3)

Il est, tout de même à noter que le champ de la protection est ici particulièrement réduit, puisqu'il se limite aux seuls licenciements et qu'il n'intègre donc pas les autres formes possibles de répression patronale.

- **discrimination** : les actions menées aux fins de dénonciation d'une discrimination se trouvent également protégées. Le Code du Travail stipule en effet que, "*est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice (...) sur le fondement des dispositions relatives aux discriminations lorsqu'il est établi que ce licenciement est sans cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de cette action en justice*".

(Code du Travail, art. L. 1134-4)

Il faut ici noter que cet article, à l'instar de l'article L. 1144-3 du Code du Travail, n'envisage la possibilité de réaction de l'employeur que sous l'angle du risque licenciement. Ce, alors même qu'elle peut se matérialiser de bien d'autres façons. Aussi il y a lieu de saluer le fait que, sous la pression de l'Union Européenne, le législateur a finalement reconnu l'existence de ce " talon d'Achille " juridique. C'est ainsi que, par le biais d'un texte non codifié, il est finalement venu préciser que, "*aucune décision défavorable à une personne*" ne pouvait "*être fondée sur sa soumission ou son refus de se soumettre à une discrimination*". L'évolution est notable, puisque la formulation ici retenue est bien assez large pour y intégrer, au bas mot, l'ensemble des sanctions que l'employeur pourrait être tenté d'infliger à un salarié en rétorsion de l'action en justice, intentée par celui-ci.

h) 8^{ème} droit protégé : pouvoir être juré ou citoyen assesseur.

Afin de préserver la capacité de tout salarié d'exercer pleinement sa citoyenneté et de pouvoir, dans ce cadre, répondre sans crainte à l'injonction de la justice d'être juré, à la cour d'assise, ou assesseur, au tribunal correctionnel, le Code du Travail précise que, "*aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de l'exercice de fonctions de juré ou de citoyen assesseur*".

(Code du Travail, art. L. 1132-3-1)

g) 9^{ème} droit protégé : pouvoir témoigner (en justice ou pas).

Le législateur a entendu protéger la parole des salariés, dès lors que celle-ci s'élève aux fins de dénoncer des agissements constatés de harcèlement moral ou sexuel, et ce afin d'éviter que, l'omerta règne en maître. C'est ainsi que :

- le Code du Travail précise que "*aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire (...) pour avoir témoigné d'agissements de harcèlement moral ou pour les avoir relatés*",

(Code du Travail, art. L. 1152-2)

- le Code du Travail dispose, dans le même sens, que, "*aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné d'agissements*" discriminatoires susceptibles d'avoir, notamment, pour origine l'appartenance syndicale ou l'exercice normal du droit de grève.

(Code du Travail, art. L. 1132-3)

Mais il est tout de même important de noter que les témoins qui dénoncent les discriminations sont, en droit, davantage protégés que ceux qui dénoncent les situations de harcèlement. A cela, une raison simple : le texte “ non codifié ” que nous avons évoqué à propos de la protection des salariés qui agissent en justice en discrimination s’applique également s’agissant de la protection des témoins de faits discriminatoires. Il précise en effet que, “ aucune personne ayant témoigné de bonne foi d’un agissement discriminatoire ou l’ayant relaté ne peut être traitée défavorablement de ce fait ”. Alors bien sûr la portée du texte est tout de même moindre pour les témoignages qu’elle ne l’est pour l’action en justice, puisque le législateur a intégré dans les possibilités de rétorsion patronale, non seulement le licenciement, mais aussi les sanctions. Mais, l’application de ce texte ne devrait pas, pour autant, être neutre puisqu’il est de nature à intégrer les “ traitements défavorables ” qui ne seraient pas forcément des sanctions disciplinaires.

j) 10^{ème} droit protégé : pouvoir “ résister ” au harcèlement moral et/ou sexuel.

Le Code du Travail précise que, “ *aucun salarié et qu’aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionnée, licencié ou faire l’objet d’une mesure discriminatoire (...) pour avoir subi ou pour avoir refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral* ”.

(Code du Travail, art. L. 1152-2)

La protection que le législateur garantit ici au salarié est particulièrement conséquente puisque, tant les sanctions infra licenciement que les licenciements disciplinaires se trouvent frappés de nullité.

C’est en ce sens que, sous le sceau de l’ordre public absolu, le Code du Travail précise que, “ *toute rupture du contrat de travail intervenue en méconnaissance des dispositions des dispositions L. 1152-1 et L. 1152-2 ? toute disposition ou tout acte contraire est nul* ”.

(Code du Travail, art. L. 1152-3)

k) 11^{ème} droit protégé : exercer normalement le droit de grève.

Pour ce qui a trait au droit de grève, le Code du Travail :

- pose pour principe que, “ *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l’objet d’une mesure discriminatoire mentionné à l’article L. 1132-1 en raison de l’exercice normal du droit de grève* ”,

(Code du Travail, art. L. 1132-2)

- et précise que, “ *l’exercice normal du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié* ” et que, “ *il ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire* ”. En conséquence, conclut l’article, “ **tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit** ”.

(Code du Travail, art. L. 2511-1)

Par la combinaison de ces deux textes, aucune sanction disciplinaire, qu’elle soit licenciement ou au-dessous du licenciement, ne peut, en la matière, sanctionner un salarié gréviste. Sauf à

supposer qu'à l'occasion du mouvement de grève, ce dernier ait commis une faute lourde. Ainsi, en a-t-il, notamment, été jugé à propos d'une mise à pied.

A noter qu'il existe deux cas où le droit de grève est jugé " anormal " :

- la participation à un mouvement de grève illicite,
- la commission d'une faute lourde à l'occasion d'un mouvement de grève licite.

2.1.3. Ce qui ne peut, normalement, pas être une faute.

Nous pourrions penser que tout ce qui se passe lorsque le salarié se trouve hors du lien de subordination envers son employeur ne peut pas donner lieu à sanction. Si tel est bien le principe (voir infra), il souffre cependant de quelques exceptions.

Souvenons-nous du cadrage minimal que le ministère du Travail et la Cour de Cassation ont apporté à la notion de faute. Pour que celle-ci existe, il faut être en présence d'un comportement qui " *ne corresponde pas à l'exécution normale de la relation contractuelle* " et qui soit susceptible de caractériser " *une violation des obligations du salarié à l'égard de son employeur* " (voir supra).

A bien lire ces quelques lignes descriptives, il semble bien qu'en principe, seules les fautes commises au travail soient susceptibles d'être sanctionnées. Mais en creusant un peu, il s'avère que les choses sont un peu plus complexes. Et ce pour deux raisons essentielles :

- tout d'abord, parce que lorsque le contrat de travail est suspendu, un certain nombre d'obligations qui y sont rattachées demeurent maintenues,
- ensuite, parce que la ligne de démarcation entre vie personnelle et vie au travail n'est pas toujours aussi nette que l'on voudrait bien le dire.

- **Suspension du contrat de travail et maintien de certaines obligations contractuelles**

Même lorsqu'il n'est pas au travail, même lorsque son contrat de travail est suspendu, le salarié demeure tenu à un certain nombre d'obligations vis-à-vis de son employeur. Parmi celles-ci, les plus essentielles sont l'obligation de loyauté et celle de probité.

a) **Obligation de loyauté.**

Elle interdit à un salarié de concurrencer son employeur pendant tout le temps de son absence de l'entreprise. La jurisprudence précise d'ailleurs très fermement que " *sa méconnaissance peut donner lieu à sanction* ", et que cette dernière peut même aller jusqu'au licenciement pour faute grave, voire même pour faute lourde.

Exemples :

- ainsi en a-t-il été jugé pour “ *un gestionnaire de dossiers d’une société de courtage d’assurance qui avait délibérément fait signer à plusieurs reprises à des clients de son employeur des ordres de remplacement au profit d’un cabinet concurrent* ” ... Cabinet qu’il s’apprêtait à diriger !
- ainsi en a-t-il également été jugé pour un salarié qui, au cours d’une période de suspension de son contrat de travail, “ *avait falsifié des documents afin d’obtenir un prêt auprès d’un organisme financier* ”. Ceci, en “ *établissant lui-même des attestations au nom de l’employeur et sous la signature imitée de ses supérieurs hiérarchiques* ”.

b) Obligation de probité.

Elle contraint le salarié à justifier d’une certaine forme d’intégrité et d’honnêteté. L’intensité de cette obligation varie selon les fonctions et les tâches qui incombent au salarié. Il a été ainsi jugé qu’un agent de surveillance qui, en dehors de son temps de travail, avait été interpellé par le service d’ordre d’un centre commercial, client de son employeur, “ *alors qu’il venait de voler un certain nombre de marchandises* ”. Ce qui avait jeté le discrédit sur son employeur en manquant gravement à son obligation de probité. De ce fait, son licenciement pour faute grave avait été in fine reconnu comme fondé.

2.2. Éléments à prendre en compte.

C’est donc à l’employeur qu’il appartient, à parti des pouvoirs de police qu’il détient de son pouvoir de direction, de prendre les mesures nécessaires au respect des règles de vie de la collectivité de travail en général et du Règlement Intérieur en particulier. En conséquence, c’est l’employeur qui, en cas d’incident :

- apprécie s’il y a faute ou non,
- décide, en cas de faute, d’une éventuelle sanction.

Afin de justifier la justesse et la proportionnalité de la sanction retenue, **il est de la responsabilité de l’employeur de qualifier les faits fautifs commis par le salarié**. Dans ce but, l’employeur doit nécessairement apprécier la situation dans sa globalité, à partir des différents éléments dont il dispose, faits reprochés, mais aussi ancienneté du salarié, caractère isolé ou non de l’incident, niveau hiérarchique du salarié, caractère public du comportement reproché, conditions de travail du salarié (délais, pénibilité, etc.), conséquences pour l’entreprise, etc.

Il ne faut pas négliger cette étape décisive qui permet à l’employeur de prendre connaissance de la situation dans son ensemble, car c’est elle qui va permettre de qualifier les faits le plus justement possible et donc permettre de sécuriser au maximum la sanction retenue, depuis le simple avertissement jusqu’à un éventuel licenciement prononcé à l’encontre du salarié fautif.

En cas de contestation, et lorsque le différend est porté devant lui, le juge prud'homal apprécie :

- le **caractère régulier de la procédure** de sanction,
- la **faute au fond**, son existence comme sa gravité, de façon subjective, c'est-à-dire en fonction des circonstances. Il va notamment tenir compte du vécu du salarié (ancienneté, caractère isolé ou non de l'incident, etc.), de ses conditions de travail, de son niveau hiérarchique, mais également des répercussions de l'incident sur la bonne marche de l'entreprise.

Remarque :

Le fait que des fautes aient été commises par le salarié pendant la période d'essai ne constitue pas une circonstance de nature à empêcher l'employeur de se fonder sur celles-ci pour prononcer un licenciement disciplinaire après l'expiration de la période d'essai, à condition toutefois que les faits ne soient pas prescrits

(Cass soc., 3 décembre 2014, n° 13-19.815)

2.2.1. Ancienneté et caractère isolé de l'incident.

Ces deux facteurs ont souvent pour effet d'atténuer la gravité de la faute, voire de la supprimer.

Exemples :

- un chauffeur de poids lourds est licencié pour avoir roulé avec un camion dont il avait oublié de baisser la benne, ce qui avait, lors d'un passage sous un pont, causé d'importants dégâts. Le licenciement a été déclaré sans cause et sérieuse : la faute d'inattention avait été commise en fin de Journée par un salarié ayant quatre ans d'ancienneté et qui n'avait auparavant Jamais fait l'objet d'aucun avertissement,
(Cass. soc., 5 juin 2001, n° 99-41.194)
- dans une autre affaire c'est la faute grave qui a été écartée (le licenciement restant justifié) pour un salarié ayant commis un vol minime (pizza dans un rayon du magasin). Il avait sept ans d'ancienneté et n'avait, Jusqu'ici, fait l'objet d'aucune observation.
(Cass. soc., 29 janvier 2008. N° 06-43.501)

2.2.2. Niveau hiérarchique.

Plus le salarié se situe dans un poste élevé dans la hiérarchie, plus l'employeur est en droit d'attendre de lui un comportement exemplaire.

Exemple :

- un cadre de direction de haut niveau se doit d'entretenir une collaboration loyale avec son employeur, qui va au-delà de ce qu'on peut attendre d'un simple salarié. Ainsi, a pu être licencié pour faute grave le directeur qui avait pris l'initiative d'évoquer, devant les représentants du personnel, les difficultés prévisibles de l'entreprise et ses motifs de désaccords, puis avait adopté, pendant plusieurs semaines un comportement de méfiance envers l'employeur.
(Cass. soc , 28 février 2001 n° 98-44.454)

2.2.3. Caractère public du comportement.

Le caractère public des circonstances dans lesquelles la faute est commise par le salarié est de nature à pouvoir en aggraver la qualification.

Exemple :

- la faute grave a été reconnue à l'encontre d'un chef de rayon qui avait proféré des injures à l'encontre de son directeur de magasin en présence des autres salariés et de la clientèle.
(Cass soc., 10 mars 1999, n° 97-40.079)

Dans cette affaire, deux éléments constituaient des circonstances aggravantes : le fait que l'insulte soit proférée à l'encontre d'un supérieur hiérarchique et de surcroît, devant des tiers.

2.2.4. Conditions de travail du salarié (délais, pénibilité, etc.)

Elles peuvent parfois expliquer et excuser le comportement du salarié.

Exemple :

- des propos grossiers adressés à une cliente par une caissière n'ont pas été reconnus comme une cause réelle et sérieuse de licenciement, l'incident isolé s'étant produit en fin de Journée, un jour de forte affluence.
(Cass. soc., 3 juillet 2001, n° 99-43.541)

2.2.5. Conséquences pour l'entreprise.

Les conséquences pour l'entreprise peuvent également constituer un facteur aggravant de la faute.

Exemple :

- la faute grave a été retenue à l'encontre d'une salariée de la confection qui, par négligence, avait laissé passer une série de 180 pièces qui furent ensuite retournées pour malfaçon. Les juges ont tenu compte, dans cette affaire, des conséquences commerciales de ces actes pour une petite entreprise déjà en difficultés.
(Cass. soc., 7 février 2001, n° 99-40.299)

Remarque :

L'employeur qui licencie pour faute grave n'est nullement tenu de prouver l'existence d'un préjudice particulier.

(Cass soc., 8 novembre 1990, n° 88-44.107)

2.2.6. Etat de santé du salarié.

Lorsque le comportement d'un salarié résulte de troubles psychiatriques et non d'une volonté délibérée de provocation, il n'y a pas faute de sa part. Un licenciement peut être envisagé, mais il ne peut se faire que dans le cadre d'une inaptitude au travail constatée par le médecin de travail.

(Code du Travail, art. L. 1133-2)

Exemple :

- ainsi, le comportement agressif d'un Délégué Syndical à l'égard de son supérieur hiérarchique ne peut constituer une faute dès lors que ce comportement résultait d'un état pathologique vraisemblablement dû à une prise d'anxiolytiques.
(CE, 3 juillet 2013, n° 34 9496)

2.3. Effet de la tolérance passée de l'employeur.

Les usages ou tolérances en vigueur dans l'entreprise ont effectivement une incidence sur la qualification des faits. Un employeur ne peut pas, par exemple, du jour au lendemain, reprocher à un salarié un comportement qu'il tolérait jusqu'alors.

(Cass. soc., 10 février 2009, n° 07-45.226)

Exemples :

- un salarié produisait des notes de frais fictives avalisées par son supérieur hiérarchique, ce que l'employeur tolérait. Le licenciement fondé sur ces faits a donc été déclaré sans cause réelle et sérieuse, (Cass. soc., 14 févr. 2001, n° 98-44.419)

- même solution s'agissant de faits d'intempérance, en général considérés comme constitutifs d'une faute grave : ceux-ci peuvent être requalifiés par le Juge en cause réelle et sérieuse en raison de la tolérance de l'employeur sur ce point pendant longtemps.

(Cass. soc., 22 février 1995, n° 93-43.331 ; Cass. soc., 30 octobre 2000, n° 98-43.756)

Pour échapper à un tel risque, l'employeur doit, au préalable, dans le cadre d'un rappel à l'ordre, remettre en cause les pratiques ou tolérances jusqu'ici admises. Il pourra alors sanctionner le salarié qui, par la suite, ne respecte pas ces nouvelles consignes. De même, l'employeur qui tarde à sanctionner un salarié, pratique qui n'est jamais qu'une autre forme de tolérance, ne peut plus invoquer une faute grave.

Exemple :

- un dessinateur reçoit, pendant les deux années que dure son contrat de travail un total de six avertissements en raison des erreurs et négligences qu'il commet. Les juges ont admis le licenciement mais ont écarté la faute grave car l'employeur avait toléré les faits pendant plusieurs mois.

(Cass. soc., 19 décembre 2001, n° 99-45.713)

Toutefois, la Cour de Cassation exclut toute tolérance en matière de harcèlement sexuel. Peu importe le comportement antérieur de l'employeur, le harcèlement sexuel justifie un licenciement pour faute grave de son auteur.

(Cass. soc., 18 février 2014, n° 12-17.557 ; Cass. soc., 14 sept. 2016, n° 15-14.630)

2.4. Action sur " ordre " d'un supérieur hiérarchique.

Dans une telle situation, la faute n'est pas imputable au salarié et il n'a pas à être sanctionné. Le licenciement prononcé sur la base d'une faute commise par un salarié qui n'a fait qu'exécuter les ordres de ses supérieurs hiérarchiques est sans cause réelle et sérieuse. Il s'agit là de l'application traditionnelle du principe selon lequel la faute doit être personnellement imputable au salarié. S'il s'agit d'une sanction moindre, celle-ci peut être contestée devant le Conseil de Prud'hommes (voir infra).

Exemple :

- un ouvrier est licencié pour abandon de poste après avoir quitté le chantier pour effectuer des travaux au domicile personnel d'un tiers. Mais il s'était rendu chez ce tiers sur ordre des supérieurs présents sur le chantier. L'employeur rappelle que le salarié avait reçu une lettre d'affectation précise lui indiquant qu'il devait travailler sur un chantier déterminé. En acceptant de se rendre chez un tiers, il avait donc manqué à ses obligations contractuelles. La Cour de Cassation confirmera néanmoins le défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement, les circonstances faisant en effet apparaître que le salarié avait été " *contraint d'exécuter les ordres de ses supérieurs*

hiérarchiques ". Autrement dit, poussé à la faute, il ne pouvait en être tenu pour responsable.

(Cass. soc., 27 novembre 2007, n° 06-42.760)

Ce principe souffre toutefois une exception, lorsque l'ordre donné par le supérieur est de nature à conduire le salarié à commettre une faute pénale volontaire. Par ailleurs, que le salarié ait agi ou non dans les limites de sa mission, il reste pénalement responsable des infractions commises. Il peut donc être condamné à une peine d'emprisonnement et / ou une amende par la juridiction répressive.

Exemple :

- un salarié qui établit de fausses attestations afin de faire obtenir à l'employeur des subventions destinées à financer de faux contrats de qualification, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers victimes.

(Cass. ass. plén., 14 décembre 2001, n° 00-82.066)

Le salarié est alors en droit de refuser d'exécuter l'ordre et ne pourra être sanctionné au motif d'un refus d'obéissance.

A savoir :

est sans cause réelle et sérieuse le licenciement disciplinaire d'une salariée en raison des violences verbales proférées sur le lieu de travail par un membre de sa famille. Le comportement fautif ne lui était pas imputable.

(Cass. soc., 21 mars 2000, n° 98-40.130)

Remarque :

Lorsque, dans le cadre de l'exercice de sa profession, un salarié est poursuivi devant la juridiction pénale, c'est à l'employeur qu'il revient de prendre en charge les frais exposés pour assurer sa défense et ce, quelle que soit l'issue de la procédure et même si le contrat de travail ne l'a pas expressément prévu.

(Cass. soc., 5 juillet 2017, n° 15-13.702)

Pour la Cour de Cassation en effet, une telle obligation est "*inhérente au contrat de travail*", au même titre que l'obligation de sécurité. L'employeur est tenu à cette garantie parce qu'il est investi par les dispositions légales du pouvoir de direction et de contrôle des salariés placés sous sa subordination.

(Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.612)

En l'espèce, un salarié rédacteur dans une compagnie d'assurance avait été poursuivi au pénal par un client pour faux en écriture. Mis en examen, l'intéressé avait été relaxé, après une décision de non-lieu. Restaient en suspens les frais exposés pour sa défense que l'employeur avait refusé de prendre en charge, ce qui avait débouché sur un nouveau contentieux, devant les prud'hommes cette fois. Le salarié a obtenu gain de cause. A l'employeur, en toute hypothèse, d'assumer.

2.5. Agissements du salarié hors de l'entreprise.

Le salarié n'est pas tout le temps dans l'entreprise, et ce qu'il fait hors de l'entreprise relève de sa vie personnelle. La question se pose cependant de savoir si un salarié peut être sanctionné pour des agissements commis lorsqu'il se trouve hors de l'entreprise.

La solution juridique se trouve dans le Code Civil :

“ Chacun a droit au respect de sa vie privée.

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ”.

(Code Civil, art. 9)⁴

En conséquence, le salarié ne peut commettre une faute susceptible d'une sanction disciplinaire que s'il est en situation de travail, c'est-à-dire sous lien de subordination. Autrement dit, un salarié ne peut pas être sanctionné en raison d'un comportement, même répréhensible, commis au cours de sa vie privée.

Un tel positionnement, confirmé par la jurisprudence, trouve d'ailleurs, très clairement, à s'inscrire dans la continuité de ce que la circulaire du ministère du Travail avait, dès 1983, posé, en précisant que l'entreprise devait être vue comme une “ communauté à vocation limitée ” dans le sens où “ elle ne rassemble des personnes que pendant une durée limitée, le temps de travail, et pour atteindre une finalité limitée, la production de biens ou de services ”.

Ce principe comporte néanmoins des exceptions, notamment lorsque le fait de vie personnelle caractérise un manquement à l'obligation de loyauté et de probité du salarié.

⁴ C'est une disposition très ancienne, créée par Loi 1803-03-08 promulguée le 18 mars 1803. Elle a été régulièrement confirmée, Loi 1927-08-10 art. 13, Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 - art. 22 JORF 19 juillet 1970, Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 - art. 1, JORF 30 juillet 1994.

2.5.1. Principe : pas de sanction disciplinaire.

- **Prohibition de la voie disciplinaire.**

Fondée sur le principe posé par le Code Civil, “ *chacun a droit au respect de la vie privée*”, la jurisprudence considère que des faits qui relèvent uniquement de la vie personnelle du salarié (mœurs, relations familiales, comportements extérieurs à l’entreprise, opinions politiques, etc.) ne peuvent Justifier une sanction disciplinaire.

(Cass. soc., 23 Juin 2009, n° 07-45.256)

Seuls les faits fautifs commis par le salarié dans le cadre de son activité professionnelle peuvent faire l’objet d’une sanction de la part de l’employeur. Relèvent, par principe, de la sphère professionnelle, les agissements intervenus aux temps et lieux du travail.

Exemples :

- un salarié avait dérobé les enjoliveurs du véhicule personnel d’un collègue garé à l’extérieur de l’entreprise, altérant le climat avec les salariés. Ces faits relèvent de sa vie personnelle et ne peuvent pas faire l’objet d’une mesure disciplinaire,
(Cass. soc., 19 septembre 2007, n° 05-45.291)
- de même, a été jugé sans cause réelle et sérieuse le licenciement pour faute grave d’une secrétaire médicale se livrant à l’activité de voyante tarologue à titre purement personnel. Selon les juges, ces faits relevaient de sa vie personnelle et ne pouvaient donc être sanctionnés
(Cass. soc., 21 octobre 2003, n° 00-45.291)

Remarque :

Le seul fait, pour l’employeur, d’engager une procédure disciplinaire en raison de faits relevant de la vie privée du salarié n’est pas fautif dès lors que l’employeur n’a eu aucune intention malveillante ni commis de légèreté blâmable.

(Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-11.832)

- **Cas du trouble objectif pour l’entreprise.**

Mais de ces premiers développements, il ne faudrait pourtant pas déduire trop vite qu’un fait relevant de la vie privée du salarié ne pourrait jamais être de nature à justifier une rupture de son contrat de travail, car s’il est, aujourd’hui, admis qu’un élément tiré de la vie privée du salarié ne peut, en principe, être constitutif d’une faute, il n’en demeure pas moins qu’il peut malgré tout constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement en raison des répercussions sur l’entreprise.

Ce type de licenciement a commencé à émerger, il y a fort longtemps, sur le terrain des entreprises dites “ de tendance ”. La première affaire ayant appliqué le concept de “ trouble objectif ” est celle du sacristain de la paroisse de Saint-Nicolas-du-Chardonay, licencié suite à la découverte de son homosexualité par son employeur, lequel a estimé que de telles mœurs étaient contraires aux préceptes de l’Eglise catholique. La Cour de cassation avait cassé l’arrêt d’appel ayant validé ce licenciement, au motif qu’aucun “ trouble caractérisé ” n’était venu affecter le fonctionnement de l’association chargée de la gestion de la paroisse.

(Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42.636, publié au bulletin)

Le concept de “ trouble objectif ” était né ! Et son application a permis de déboucher sur le prononcé d’un licenciement pour motif personnel, mais licenciement non fautif. Ici en effet, le motif de la rupture est le “ trouble objectif ” dans le fonctionnement de l’entreprise et non le comportement du salarié en lui-même. Dit autrement, c’est la conséquence (sur l’entreprise) et non la cause (venant du salarié) qui doit être prise en compte. Et force est de constater que cette notion de “ trouble objectif ” va, par la suite, faire florès puisque, bien vite, elle va quitter le champ restreint des entreprises dites “ de tendance ” pour conquérir celui des entreprises plus traditionnelles.

C’est ainsi que, quelques années plus tard, le concept va refaire son apparition à l’occasion d’un contentieux opposant une salariée d’une concession Renault à son ex-employeur qui l’avait licenciée pour avoir acheté une Peugeot (véhicule avec lequel elle se rendait quotidiennement sur son lieu travail). Le licenciement de la salariée sera considéré comme dépourvu de cause réelle et sérieuse du fait que, pour la juridiction suprême, “ cet acte tiré de la vie privée de la salariée n’avait pas causé de trouble objectif caractérisé au sein de l’entreprise ”. Après une période de flottement laissant penser que la Cour de Cassation envisageait de faire glisser le concept de “ trouble objectif ” de la sphère du non-fautif vers celle disciplinaire, celle-ci semble avoir définitivement tranché la question en précisant que, “ un acte de la vie personnelle, occasionnant un trouble dans l’entreprise, ne peut justifier un licenciement disciplinaire ”. Cependant, le principe ici posé est-il complètement intangible ? Pas vraiment...

Cette notion de “ trouble objectif pour l’entreprise ” trouve donc application, même lorsque le salarié se trouve en dehors de l’entreprise. Un fait tiré de la vie personnelle peut en effet, compte tenu des fonctions du salarié et de la finalité propre de l’entreprise, causer un trouble objectif au sein de celle-ci. Ce trouble (et non pas le fait de vie personnelle) peut éventuellement justifier la rupture du contrat de travail (licenciement de droit commun avec droit à préavis et indemnité de licenciement), mais en aucun cas une sanction disciplinaire. Impossible.

Exemples :

- prononcer une rétrogradation disciplinaire ou licencier pour faute un salarié qui se fait adresser des revues obscènes sur son lieu de travail est prohibé. La Cour de Cassation l’a en effet clairement rappelé : le constat d’un trouble objectif au fonctionnement de

l'entreprise ne peut, à lui seul, motiver une sanction disciplinaire à l'encontre du salarié qui en est à l'origine,

(Cass. ch. Mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803 ; Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150)

- autre cas, occasionne un trouble objectif justifiant un licenciement de droit commun l'agent de surveillance d'une entreprise de gardiennage qui, en dehors du travail, a commis un vol à l'étalage au préjudice d'une société cliente. Ce vol avait entraîné un discrédit sur la réputation de l'entreprise, qui se doit d'avoir un personnel dont la probité ne peut être mise en doute.

(Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 89-44.605)

- idem pour un agent de vente ayant dérobé, en dehors de ses heures de service, un article dans un hypermarché relevant de son secteur de prospection. Ce comportement, bien qu'étranger à l'exercice par le salarié de ses activités professionnelles, avait nécessairement nui à la réputation de l'entreprise avec laquelle le client menaçait d'ailleurs de ne plus travailler,

(Cass. soc., 3 décembre 2002, n° 00-44.321)

- trouble objectif également dans le cas d'un directeur de centre d'hébergement de personnes protégées qui avait été mis en examen pour attentat à la pudeur,

(Cass. soc., 21 mai 2002, n° 00-41.128)

- pas de trouble objectif en revanche pour la secrétaire d'un concessionnaire, achetant son véhicule personnel chez un concurrent.

(Cass. soc., 22 janvier 1992, n° 90-42.517)

2.5.2. Les limitations du principe.

La question se pose de savoir, au-delà du trouble objectif, s'il est tout de même possible d'aller plus loin et de considérer que certains comportements extérieurs au travail soient tout de même susceptibles de justifier une sanction disciplinaire.

- **Manquement à une obligation découlant du contrat de travail.**

La réponse est positive. Une sanction disciplinaire peut être prononcée lorsque le fait tiré de la vie personnelle s'accompagne d'un manquement du salarié à une obligation découlant du contrat de travail, telles que l'obligation de loyauté ou de sécurité.

Exemples :

- le salarié qui s'adonne à une **activité professionnelle pour le compte d'une entreprise concurrente au cours d'une période d'arrêt de travail** :
 - o pour maladie,
(Cass. soc., 28 janvier 2015, n° 13-18.354)
 - o ou de congés payés,
(Cass. soc., 5 juillet 2017, n° 16-15.623)

- manque à son obligation de loyauté (voir supra), ce qui justifie un licenciement pour faute grave.
- de même, justifie un licenciement disciplinaire le fait pour une salariée d'une caisse d'allocations familiales de **minorer ses déclarations de ressources personnelles afin de bénéficier de prestations sociales indues**. Ce fait tiré de la vie personnelle caractérise un manquement à l'obligation de loyauté et de probité (voir supra).
(Cass. soc., 25 février 2003. N° 00-42.031)
 - manque à son obligation de sécurité, le salarié steward qui **consomme des drogues dures** pendant une escale entre deux vols, se trouvant sous leur influence durant l'exercice de ses fonctions et faisant ainsi courir un risque aux passagers. Un tel manquement constitue une faute grave,
(Cass. soc., 27 mars 2012, n° 10-19 915)
 - manque également à ses obligations contractuelles le salarié, rédacteur en chef adjoint, qui **profère des menaces** sur la messagerie téléphonique personnelle d'une collaboratrice, conduisant le médecin du travail à demander à l'employeur de prendre des mesures de protection à l'égard de la salariée.
(Cass. soc., 10 novembre 2016, n° 15-19.736)

En revanche, ne constitue pas un manquement à son obligation de loyauté envers l'employeur le fait, pour un salarié, d'envoyer un courriel mettant en scène son supérieur hiérarchique, depuis sa messagerie personnelle et en dehors du temps et du lieu de travail, à l'adresse électronique d'un collègue de travail, ce qui conférerait à ce message un caractère privé.
(Cass. soc., 26 janvier 2012, n° 11-10.189)

Le licenciement disciplinaire d'un salarié pour des agissements commis hors de l'entreprise n'est donc possible que si un " lien étroit " existe entre la faute commise et la vie professionnelle du salarié. Certains actes commis à l'occasion de la vie personnelle du salarié peuvent en effet avoir un lien étroit avec sa vie professionnelle. Dans ce cas, ils peuvent être considérés comme constituant une " faute " au sens disciplinaire du terme.

Dans le cas où les agissements fautifs sont accomplis en dehors du travail, et donnent lieu à sanction, il appartient à l'employeur de justifier en quoi lesdits agissements sont rattachés aux obligations nées de l'existence du contrat de travail. Par exemple, par une unité de lieux, une unité de personnes ou de matériel.

En cas de contestation de son licenciement par le salarié, il reviendra au juge d'apprécier le bien fondé des arguments avancés par l'employeur.

- **Rattachement à la vie professionnelle.**

Des faits ou comportements relevant de la vie personnelle peuvent donc exceptionnellement être sanctionnés par l'employeur lorsqu'ils se rattachent, par un élément direct, à la vie professionnelle du salarié ou à la vie de l'entreprise, Il en est ainsi en cas de manquement du salarié à une obligation découlant de son contrat de travail.

Cette solution a été rappelée par la Cour de Cassation à plusieurs reprises.

Exemples :

- un moniteur en arrêt maladie qui, sur une foire, avait tenu des propos injurieux à propos de sa supérieure devant trois adultes handicapés qu'il était chargé d'encadrer le reste du temps,
(Cass. soc., 10 décembre 2008, n° 07-41.820)
- un salarié qui, pour réaliser une escroquerie, avait utilisé les services de la banque qui l'employait,
(Cass soc., 24 juin 1998, n° 96-40.150)
- un salarié qui s'absente de l'entreprise sans autorisation, participe à une réunion organisée dans le cadre d'un appel d'offres entre une société appartenant au même groupe que son employeur et un sous-traitant de ce dernier et qui, sous couvert d'une fausse identité, se présente comme le directeur commercial de ce sous-traitant afin de l'aider à répondre à l'appel d'offres,
(Cass. soc., 17 sept. 2014, n° 13-18.850)
- un salarié qui, au cours d'un voyage organisé par l'employeur pour récompenser les lauréats d'un concours interne, a eu de manière répétée un comportement agressif et violent envers ses collègues de travail et supérieurs hiérarchiques,
(Cass soc., 8 octobre 2014, n° 13-16.793)
- un salarié qui insulte et menace un collègue sur la voie publique, devant plusieurs membres du personnel.
(Cass. soc., 16 sept. 2016, n° 14-16.376)

Remarque :

Le fait, pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions, de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction entraînant la suspension ou le retrait de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance des obligations découlant de son contrat de travail.

(CE. 15 déc. 2010, n° 316856 ; Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67. 464 ; Cass. soc., 10 juillet 2013, n° 12-16.878)

Dans une telle hypothèse, la voie disciplinaire est donc fermée pour l'employeur. Il lui reste toutefois la possibilité de licencier le salarié pour un motif non disciplinaire, motivé par le trouble objectif causé à l'entreprise par ce fait issu de sa vie personnelle.

2.6. Faits relevant de la vie personnelle mais commis dans l'entreprise.

Bien entendu, la vie personnelle s'entend de la vie du salarié en dehors du temps et du lieu de travail. Mais, au-delà, la question se pose du maintien d'une certaine forme de vie personnelle dans l'exercice de l'activité professionnelle.

Certains faits peuvent en effet relever de la vie personnelle mais être commis dans des locaux de l'entreprise, pendant ou en dehors du temps de travail. Ils peuvent alors être considérés comme relevant de la vie professionnelle et, à ce titre, justifier un licenciement disciplinaire.

C'est en ce sens que l'usage à des fins privées, par le salarié, d'un matériel mis à disposition par l'employeur et normalement destiné à un usage professionnel, est toléré. Ainsi, le salarié peut-il passer des communications privées avec le téléphone de l'entreprise, **à la condition toutefois d'en rester à un usage raisonnable, non susceptible de porter préjudice à l'employeur**. En cas d'abus constaté, l'employeur sera en droit de considérer que le salarié a commis une " faute " .

Exemples :

- des chauffeurs routiers, une fois leur travail terminé, avaient été hébergés dans un local de l'entreprise. Ils y avaient consommé de l'alcool, et avaient laissé les lieux en désordre après y avoir apposé des graffitis obscènes, ce qui avait gêné les autres utilisateurs du local. L'employeur les a licenciés pour faute. Licenciement justifié selon la Cour de Cassation : ces agissements pouvaient être rattachés à la vie de l'entreprise et donc faire l'objet d'un licenciement disciplinaire.
(Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-45.121)

La même solution a été retenue pour :

- un cadre qui avait porté un coup violent au visage d'un autre salarié lors d'une réunion organisée par le Comité d'Entreprise après le temps de travail dans les locaux de l'entreprise,
(Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96 -43.705)
- un salarié qui s'était rendu sur son lieu de travail alors qu'il n'était pas en service, pour insulter ses collègues et des clients de l'entreprise,
(Cass. soc., 17 juill. 1996, n° 93-46393)
- idem pour un salarié en état d'ébriété qui, en dehors de son temps de travail, s'était livré à des violences inexcusables sur son lieu de travail,
(Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-43.823)
- le gardien d'un ensemble immobilier qui, en dehors de ses heures de travail, portait un fusil de chasse dans l'immeuble,
(Cass. soc., 4 juillet 2000, n° 98-41.223)
- un salarié qui avait dérobé le téléphone portable d'une cliente à la fin de sa journée de travail,
(Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-16.564)
- une salariée qui avait, à la fin de son service, ostensiblement fumé dans une zone non-fumeur et qui avait insulté et tenu des propos racistes à l'égard de l'agent de sécurité qui l'avait invitée à se déplacer dans une zone fumeur,
(Cass. soc., 16 octobre 2013, n° 12-19.670)

A savoir :

Si l'usage fait par le salarié de son domicile relève de sa vie privée, le Règlement Intérieur peut y apporter des restrictions, justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Une sanction disciplinaire a ainsi été prononcée à l'encontre d'un éducateur de mineurs en difficultés qui avait reçu une mineure à son domicile afin de préparer un spectacle alors que le règlement l'interdisait absolument.

(Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 07-43.282)

Enfin, Le salarié a également droit au respect du secret des correspondances. C'est ainsi que, parmi les courriers nominativement adressés au salarié sur son lieu de travail, seuls peuvent être ouverts par l'employeur ceux qui ne portent pas la mention " personnel " ou " confidentiel ". Il en va exactement de même des e-mails reçus par le salarié sur sa boîte professionnelle. Seuls les envois, courriers papiers ou e-mail, ne portant pas l'une ou l'autre de ces mentions, sont présumés avoir un caractère professionnel.

C'est ainsi qu'un employeur ouvrant des courriers ou des e-mails frappés du sceau de la confidentialité s'exposerait à des poursuites au titre de la violation du secret des correspondances.

Mais, au-delà, l'employeur ne peut pas se servir de correspondances privées pour établir l'existence d'une " faute ". Et ce, même à supposer qu'il les ait légalement recueillies. C'est en ce sens qu'a été jugé sans cause réelle et sérieuse, le licenciement d'un salarié au motif que, " il détenait dans sa messagerie professionnelle des messages à caractère érotique et entretenait une correspondance avec une salariée de l'entreprise ".

Le principe semble bien posé.

3. les différents niveaux de faute du salarié.

En matière de faute, il est possible de distinguer trois degrés qui n'entraînent pas les mêmes conséquences, tant pour le salarié que pour l'employeur :

- la faute simple,
- la faute grave,
- la faute lourde.

Rappelons que, afin de justifier la justesse et la proportionnalité de la sanction retenue, il est de la responsabilité de l'employeur de qualifier les faits fautifs commis par le salarié. Les conséquences d'un éventuel licenciement, selon le degré de la faute, ne sont pas les mêmes. C'est pour cela qu'il revient à l'employeur, lorsque le salarié a manqué à ses obligations professionnelles, d'apprécier l'importance de la faute afin d'en qualifier le degré.

3.1. Faute simple.

La faute simple, ou faute sérieuse, est le premier degré de faute. Elle se caractérise par un comportement fautif du salarié dans l'exercice de son contrat de travail, donc un manquement à ses obligations contractuelles.

Les cas de licenciement pour faute simple sont innombrables. Il peut s'agir de manquements à la discipline, de manquements professionnels, d'abandon de poste, d'absences injustifiées, de comportement inapproprié, de critiques et abus de la liberté d'expression etc...

Voici quelques exemples de faits pouvant constituer une faute simple :

- le salarié s'est absenté une journée, sans justificatifs mais en mesure de représailles,
- le fait pour l'un de un collaborateur de refuser de venir travailler exceptionnellement un samedi alors que cela relève de sa fonction et qu'il a été averti plusieurs mois à l'avance,
- le refus de suivre une formation que l'employeur a souhaité mettre en œuvre dans l'intérêt de son entreprise,
- le refus répété de se rendre à la visite médicale obligatoire,
- ...

La faute simple autorise éventuellement l'employeur à licencier le salarié, rupture du contrat de travail du fait de l'employeur. Le caractère de gravité de la faute n'étant pas retenu, la rupture se fait avec indemnités (voir infra).

Exemple :

- une téléprospectrice qui refuse sans motif légitime de participer aux séances de formation organisées par l'employeur commet une faute sérieuse justifiant son licenciement.

(Cass. soc., 20 juin 2001, n° 99-44.378)

Abandon de poste.

L'abandon de poste se caractérise par une sortie non autorisée par l'employeur ou par des absences injustifiées et répétées pendant les heures de travail. Les conséquences de ce comportement dépendent des circonstances.

Lorsque le salarié ne se présente plus à son poste de travail, sans justification et de manière répétée, l'employeur peut adresser au salarié une mise en demeure de reprendre le travail.

A défaut de retour du salarié au travail (ou de justification de l'absence), l'employeur peut déclencher une procédure disciplinaire.

Ces absences peuvent entraîner :

- soit un licenciement pour faute réelle et sérieuse, qui ouvre droit aux indemnités de licenciement,
- soit un licenciement pour faute grave, qui prive le salarié de ses droits à indemnités de licenciement.

Les absences prolongées et injustifiées du salarié ne peuvent en aucun cas être considérées comme une démission.

La sortie non autorisée pendant les heures de travail peut justifier un licenciement pour faute grave dans certains cas, par exemple :

- si l'employeur établit que l'absence du salarié entraîne une désorganisation de l'entreprise,
- ou si le salarié quitte son poste délibérément alors que l'employeur l'avait mis en garde contre un départ prématuré.

Dans certains cas, en fonction des circonstances, l'abandon de poste peut ne pas justifier un licenciement. C'est le cas, par exemple, si le salarié quitte son poste de travail sans autorisation de l'employeur pour l'un des motifs suivants :

- consultation du médecin justifiée par l'état de santé,
- décès d'un proche,
- exercice du droit de retrait.

Peuvent également être qualifiées de fautes simples les fautes dont la gravité est atténuée par des circonstances particulières (provocation, tolérance, ancienneté, etc.).

En cas de licenciement, le salarié licencié a droit, sous réserve d'avoir l'ancienneté requise, aux indemnités légales ou conventionnelles de licenciement, ainsi qu'à un préavis ou une indemnité compensatrice de préavis si l'employeur le dispense de l'exécuter. Il percevra par ailleurs une indemnité compensatrice pour les congés payés qu'il n'a pas pu prendre du fait de la rupture.

3.2. Faute grave.

Peut être qualifié de **faute grave, un fait ou un ensemble de faits, imputable au salarié et constituant une violation de ses obligations dont l'importance et la gravité sont telles, qu'elles rendent impossible le maintien de ce salarié, même temporaire, au sein de l'entreprise.**

(Cass. soc., 27 septembre 2007, n° 06-43.867)

C'est à l'employeur de qualifier la faute et, en cas de contestation, le juge prud'homal tranchera. Dans son appréciation, il prendra en compte l'ancienneté du salarié, sa position hiérarchique, les circonstances, les conséquences pour l'entreprise etc. Des fautes identiques commises antérieurement et non sanctionnées pourront être retenues "à charge". Il en est de même des sanctions déjà prononcées pour des faits analogues, sous réserve qu'elles ne datent pas de plus de trois ans (voir infra).

Si l'employeur décide de retenir la faute grave à l'encontre de son collaborateur, le salarié licencié pour un tel motif :

- perçoit l'indemnité compensatrice de congés payés s'il n'a pas bénéficié de son droit total à congés,
- n'exécute pas de préavis et ne perçoit donc pas l'indemnité correspondante,
- ne perçoit pas l'indemnité de licenciement.

Attention

L'employeur doit impérativement consulter sa convention collective, se replonger dans le contrat de travail de son salarié, et consulter les usages de l'entreprise ou de la profession car ces documents peuvent contenir des dispositions plus favorables pour le salarié qu'il conviendra d'appliquer.

Les juges ont eu l'occasion d'estimer que les faits suivants constituaient bel et bien une faute grave du collaborateur :

- les absences injustifiées,
- un abandon de poste,
- l'indiscipline ou l'insubordination : refus du salarié d'exécuter une tâche ou une mission relevant de ses fonctions, refus répété de se soumettre aux instructions du supérieur, etc.,
- des violences, agressions, injures, insultes,
- le vol,
- des faits constitutifs de harcèlement moral ou sexuel,
- le non-respect des règles relatives à l'hygiène et la sécurité, non-respect de l'interdiction de fumer,
- l'état d'ébriété, etc.

3.3. Faute lourde.

3.3.1. Définition de la faute lourde.

La **faute lourde** est la plus importante des fautes. Elle n'est reconnue seulement que dans certains cas exceptionnels car elle doit avoir été **commise par le salarié dans l'intention de nuire**.

L'employeur peut considérer comme étant une faute lourde, des faits fautifs exceptionnellement graves commis par le salarié dans l'intention de nuire à l'entreprise, de lui porter préjudice. Il revient bien sûr à l'employeur, de prouver que son salarié a eu l'intention formelle de nuire aux intérêts de l'entreprise.

Le Code du Travail y fait en outre référence dans ses dispositions relatives à l'exercice du droit de grève, en prévoyant que cet exercice ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié.

(Code du Travail, art. L. 2511-1)

Les Hauts juges ont retenu la faute lourde dans les cas suivants :

- le salarié détourne la clientèle de son entreprise au profit d'un concurrent,
- la dégradation volontaire d'un outil de l'entreprise,
- la séquestration d'un ou plusieurs membres du personnel, etc.

3.3.2. Effets de la faute lourde.

La faute lourde produit les mêmes effets que la faute grave d'un point de vue indemnitaire.

En effet, les salariés licenciés pour faute lourde ne sont plus exclus du bénéfice de l'indemnité compensatrice de congés payés au titre de la période de référence en cours lors de la rupture du contrat de travail.

(Cons. Const. QPC. 2 mars 2016, n° 2015-523, JO 4 mars ; Code du Travail, art L. 3141-28)

Remarque :

La déclaration d'inconstitutionnalité du deuxième alinéa de l'article L. 3141-26 du Code du Travail (dans sa rédaction antérieure à la Loi Travail) peut être invoquée par les salariés licenciés pour faute lourde :

- depuis la date de publication au Journal Officiel de la décision du Conseil Constitutionnel,
- avant cette date, lorsqu'ils ont engagé une action prud'homale non encore définitive.

En revanche, ne peuvent se prévaloir de cette déclaration d'inconstitutionnalité les salariés licenciés pour faute lourde qui ont engagé une procédure prud'homale close définitivement avant la publication de la décision du Conseil Constitutionnel et ceux pour lesquels le délai de prescription est opposable.

3.3.3. Intérêt de la faute lourde.

L'intérêt de la faute lourde est de permettre à l'employeur d'engager la responsabilité civile du salarié afin d'obtenir des dommages et intérêts.

(Cass. soc., 7 mai 2014, n° 13-16.421 ; Cass. soc., 25 janvier 2017, n° 14-26.071)

Ainsi, un salarié qui dégrade volontairement le matériel de la société peut être condamné à indemniser le préjudice subi par l'employeur.

(Cass. soc., 3 mai 1994, n° 92-43379)

La responsabilité pénale du salarié peut également être engagée lorsque les faits reprochés correspondent à une infraction pénale.

Enfin, il faut préciser que la faute grave, comme la faute lourde, ne peut priver le salarié de ses droits à la participation aux résultats de l'entreprise.

(Cass. soc., 9 mars 1989, n° 86-43.980)

Les différents exemples concrets donnés illustrent les 3 degrés de la faute. Ces listes ne sont bien entendu pas exhaustives. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue qu'un même fait peut, selon les circonstances de sa survenance, être qualifié de manière différente. **Il est donc important pour l'employeur de se rappeler impérativement la nécessité de procéder à l'analyse de la situation dans sa globalité.**

4. Les conséquences de la faute du salarié, la sanction.

L'employeur dispose normalement d'une totale liberté dans le choix de la sanction, sous réserve de respecter un principe de proportionnalité.

Autrement dit, et si tel n'est pas le cas, le juge peut annuler la sanction qu'il estime injustifiée ou disproportionnée à la faute commise, ce qui oblige l'employeur soit à renoncer à la sanction, soit à en prononcer une moins sévère.

En revanche, **le juge ne dispose pas du pouvoir d'annuler un licenciement disciplinaire**. Toutefois, lorsque celui-ci est sans cause réelle et sérieuse, il peut condamner l'employeur à verser des dommages et intérêts au salarié.

4.1. Délais de prise de sanction.

Attention !

Ce que l'on entend par délai d'engagement de la procédure de sanction dépend de la sanction envisagée.

4.1.1. Cas général.

- **Un délai de deux mois.**

A partir du moment où il a connaissance d'une faute, l'employeur dispose d'un **délai de deux mois maximum** pour engager la procédure disciplinaire, sauf si le fait fautif a donné lieu à des poursuites pénales dans ce délai.

“ 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 ”.
(Code du Travail, art. L. 1332-4)

Passé ces deux mois, il y a prescription. Cela signifie que ces fautes ne peuvent plus, à elles seules, donner lieu à une sanction.

Dans le cas de la faute grave, le délai se trouve réduit (voir infra).

- **Calcul du délai de deux mois.**

Le point de départ du délai de deux mois est le jour où l'employeur (ou encore le supérieur hiérarchique direct du salarié) a eu connaissance des faits fautifs. Cette notion doit s'entendre d'une information précise et complète des événements. Ainsi, lorsque des vérifications et investigations sont nécessaires pour établir avec certitude les faits, le point de départ du délai de deux mois peut se trouver reporté jusqu'au jour où l'employeur disposera de l'ensemble des informations.

(Cass. soc., 7 décembre 2016, n° 15-24.420)

Exemples :

- des réclamations émanant de clients sont émises le 21 septembre. L'employeur ouvre une enquête dont les résultats sont connus le 30 novembre. Dès lors, la procédure engagée le 9 janvier est valable car moins de deux mois se sont écoulés depuis le 30 novembre,
(Cass. soc., 10 juillet 2001, n° 98-46.180)
- solution réaffirmée s'agissant d'une affaire dans laquelle les informations étaient parvenues successivement à l'employeur et nécessitaient une vérification par le biais d'un audit.
(Cass. soc., 16 mars 2010, n° 08-44.523)

Le délai de deux mois se calcule de quantième en quantième et expire le dernier jour à minuit.

Exemple :

- un comportement fautif est connu de l'employeur le 20 mars, la procédure disciplinaire peut être engagée jusqu'au 20 mai à 24 heures.

Si le dernier jour du délai est un samedi, un dimanche, un jour férié ou chômé, le terme du délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Remarque :

L'employeur dispose du délai de deux mois non pas pour prononcer une sanction, mais pour engager la procédure disciplinaire, par la convocation du salarié à l'entretien préalable. Seule la convocation à l'entretien préalable ou la notification d'une mise à pied conservatoire interrompent le délai de prescription, et non d'autres actes de procédure informels tel un entretien ou une enquête interne. La signature par les parties d'une rupture conventionnelle ne constitue pas non plus un acte interruptif de la prescription.

(Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-23.348)

En outre :

- le délai de prescription de deux mois n'est ni suspendu ni interrompu par la maladie du salarié,
(Cass. soc., 9 décembre 2003, n° 01-44.501 ; Cass. soc., 25 octobre 2007, n° 06-42.493)
- et une nouvelle convocation du salarié à un second entretien préalable n'a pas pour effet de suspendre ce délai.
(Cass. soc., 25 octobre 2007, n° 06-42493 ; Cass. soc., 26 octobre 2016, n° 14-26.918)

- **Incidence des poursuites pénales sur le délai.**

S'il y a poursuites pénales durant le délai de prescription de deux mois (par exemple, lorsque le salarié fait l'objet d'une plainte pour vol concomitante à une procédure disciplinaire dans l'entreprise), le délai est interrompu.

(Cass. soc., 6 décembre 2000, n° 98-45.772)

Le délai de deux mois court alors à compter de la décision pénale définitive, si l'employeur est partie au procès pénal. Dans le cas contraire, le délai de prescription de deux mois court à compter de la date de connaissance par l'employeur de l'issue définitive de la procédure pénale.

(Cass. soc., 15 juin 2010, n° 08-45.243)

Il appartient à l'employeur d'établir la date à laquelle il a eu connaissance de cette issue définitive. Rappelons que la décision n'est définitive que lorsque le délai de deux mois pour faire appel du jugement est expiré ou que les voies de recours sont expirées.

(Cass. soc., 6 décembre 2000, n° 98-45.772)

Remarque :

Par " poursuites pénales " permettant d'interrompre le délai de prescription de deux mois, il faut comprendre un acte ayant pour effet de mettre en mouvement l'action publique.

(Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 98-40.020)

L'ouverture d'une enquête préliminaire diligentée par le Procureur de la République, qui n'a pas cet effet, n'est donc pas un acte interruptif de la prescription.

(CE, 5 déc. 2011, n° 328380 ; Cass. soc., 13 octobre 2016, n° 15-14.006)

A savoir :

L'employeur peut licencier le salarié sans attendre le résultat des poursuites pénales, mais il doit alors veiller à ce que le motif énoncé dans la lettre de licenciement ne se résume pas aux faits qui donnent lieu à ces poursuites. Il doit également veiller à ne pas qualifier pénalement les faits reprochés au salarié.

- **Incidence de l'arrêt maladie ou de l'accident du travail.**

Seules les poursuites pénales permettent d'interrompre la prescription de deux mois. Ce délai continue de courir même lorsque le salarié est en arrêt de travail pour maladie.

Exemple :

- une salariée est convoquée à un entretien préalable le 13 décembre, celui-ci est reporté au 20 mars de l'année suivante en raison d'un arrêt maladie. Son licenciement notifié le 25 mars a été déclaré sans cause réelle et sérieuse. En effet, si la première convocation du 13 décembre a bien interrompu le délai de prescription, un nouveau délai a commencé à courir à compter de cette date et la maladie n'a pas eu pour effet d'en suspendre le cours. En conséquence, le 20 mars, jour de l'entretien préalable, la prescription était acquise.
(Cass. soc., 9 octobre 2001, n° 99-41.217)
- la règle est la même pour un accident du travail.
(Cass. soc., 17 janvier 1996, n° 92-42.031)

- **Incidence de la rupture conventionnelle.**

La signature par les parties d'une rupture conventionnelle ne constitue pas un acte interruptif du délai de prescription de deux mois.

(Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-23.348)

Ainsi, si l'employeur et le salarié concluent une rupture conventionnelle avant que la procédure disciplinaire n'ait été engagée à l'encontre d'un salarié qui a commis des faits fautifs, le délai de deux mois, qui court à compter de la connaissance par l'employeur de ces faits, n'est pas interrompu. Dès lors, si le salarié exerce son droit de rétractation et que le délai de deux mois est écoulé, l'employeur ne peut plus engager de procédure disciplinaire à l'encontre du salarié.

Remarque :

La signature d'une rupture conventionnelle après l'engagement d'une procédure disciplinaire de licenciement n'emporte pas renonciation par l'employeur à l'exercice de son pouvoir disciplinaire. Dans cette hypothèse, si le salarié exerce son droit de rétractation de la rupture conventionnelle, l'employeur est fondé à reprendre la procédure disciplinaire précédemment initiée, par la convocation du salarié à un nouvel entretien préalable, si le délai de prescription de deux mois n'est pas expiré.

(Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-15.551)

4.1.2. Cas particulier de la faute grave.

Lorsque la sanction disciplinaire envisagée par l'employeur est un licenciement pour faute grave, il ne peut se contenter de respecter le seul délai légal de prescription des faits fautifs de deux mois. **La Cour de Cassation exige en effet que la procédure soit mise en œuvre dans un délai restreint**, à partir du moment où l'employeur a connaissance des faits, dès lors qu'aucune vérification n'est nécessaire.

A défaut, la faute perd son caractère de gravité. En effet, la faute grave est, par définition, celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise.

(Cass. soc., 6 octobre 2010, n° 09-41.294)

4.1.3. Cas du transfert de contrat de travail.

En cas de transfert d'entreprise, c'est-à-dire lorsque l'article L. 1224-1 du Code du Travail est applicable, le même contrat de travail se poursuit, à compter de la date du transfert, sous une direction différente. Le nouvel employeur peut sanctionner le salarié pour des faits commis sous l'autorité de l'ancien employeur puisqu'il s'agit du même contrat de travail qui se poursuit sous une direction différente.

(Cass. soc., 29 mai 1990, n° 87-40.151)

Toutefois, le nouvel employeur (le cessionnaire) ne peut invoquer à l'appui des manquements commis par le salarié alors qu'il se trouvait sous l'autorité de l'ancien employeur que si le délai de deux mois depuis la connaissance des faits par le cédant (et non par le cessionnaire) n'est pas écoulé.

(Cass. soc., 27 mai 2009, n° 06-46.293 ; Cass. soc., 4 février 2014, n° 12-27.900)

4.2. Interdictions relatives aux sanctions.

4.2.1. Sanctions interdites.

Rappelons que les dispositions légales prévoient expressément certains cas d'interdiction de sanctions envers le salarié (voir supra, les droits protégés).

“ Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français ”.

(Code du Travail, art. L. 1132-1)

Est également discriminatoire toute sanction prononcée :

- en raison de l'exercice normal du droit de grève,
(Code du Travail, art. L. 1132-2)
- pour avoir témoigné d'agissements de harcèlement moral ou sexuel.
(Code du Travail, art. L. 1152-2 et L. 1152-3)

Une sanction ou un licenciement prononcé dans ces conditions est nul de plein droit.

(Code du Travail, art. L. 1132-4)

Il expose l'employeur à un emprisonnement de trois ans et une amende de 45 000 euros.

(Code Pénal, art. 225-2)

En revanche, il n'y a pas de discrimination en fonction de l'état de santé, lorsque le licenciement est prononcé sur la base d'un avis d'inaptitude physique rendu par le médecin du travail.

(Code du Travail, art L. 1133-2)

Avant de prendre une sanction, l'employeur doit donc s'assurer que la sanction envisagée est licite. Différentes sanctions, ou type de sanction, sont interdites.

Exemples :

- les amendes et autres sanctions pécuniaires,
- les sanctions en raison de l'un des motifs énoncés à l'article L. 1132-1 du Code du Travail : l'origine, le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, le patronyme, le lieu de résidence, la domiciliation bancaire (ce critère de discrimination a été ajouté par la loi du 1^{er} mars 2017 citée en référence, en vigueur depuis le 2 mars 2017), l'état de santé, la perte d'autonomie, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée,
- les sanctions prises à l'encontre d'un salarié victime ou témoin de harcèlement sexuel ou moral ;
- les sanctions qui font suite à l'exercice par le salarié de son droit de retrait pour danger grave et imminent.
- les sanctions liées à l'exercice normal du droit de grève,
- les sanctions prises à l'encontre d'un salarié pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L. 1132-1 et L. 1132-2 du Code du Travail ou pour les avoir relatés,
- les sanctions pour avoir refusé en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité,
- les sanctions pour avoir subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel,
- les sanctions pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions,
- les sanctions pour avoir signalé une alerte (« lanceurs d'alerte ») dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 « relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique » citée en référence (article L. 1132-3-3 du Code du Travail),
- les sanctions pour avoir signalé de bonne foi à l'Autorité des marchés financiers ou à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution des faits susceptibles de caractériser l'un ou plusieurs des manquements mentionnés à l'article L. 634-1 du code monétaire et financier.

4.2.2. Interdiction de la double sanction.

- Principe.

Une faute qui a déjà été sanctionnée une fois ne peut pas l'être une deuxième fois.

(Cass. soc., 3 février 2004, n° 01-45.989 ; Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-21.495)

Ce principe du “ *non bis idem* ” est d'application stricte. Son non-respect entraîne l'annulation de la sanction et, s'il s'agissait d'un licenciement, il serait jugé sans cause réelle et sérieuse.

Exemples :

- un gardien avait reçu trois avertissements dans la même année, puis, au bout du troisième, alors qu'aucun fait nouveau ne s'était produit, l'employeur l'avait licencié en raison de son comportement global sanctionné par les trois avertissements. Ce licenciement a été jugé sans cause réelle et sérieuse,
(Cass. soc., 30 mai 1991, n° 89-14.233)
- à la suite de plusieurs accidents de chantier, un conducteur d'engin avait été sanctionné par une mise à pied disciplinaire et par une modification de son contrat de travail notifiée pour les mêmes raisons que la mise à pied. Il a été jugé que le licenciement prononcé en raison de son refus d'accepter sa déqualification était dépourvu de cause réelle et sérieuse.
(Cass. soc., 8 juin 2005, n° 03-42.059)

Par application de ce principe, l'employeur ne peut annuler une première sanction notifiée au salarié pour en prononcer une autre plus lourde à la place.

(Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-21.495)

L'employeur épuise son pouvoir disciplinaire du fait de la notification de la première sanction. Toutefois, la persistance du salarié dans un comportement fautif légitime une nouvelle sanction.

(Cass. soc., 30 septembre 2004, n° 02-44.030)

Exemples :

- un salarié reçoit un avertissement pour avoir refusé d'effectuer un travail et mis en cause l'intégrité professionnelle de ses supérieurs hiérarchiques. Un mois après, il adresse une lettre à l'employeur dans laquelle il s'explique sur les faits mais persiste dans son refus d'exécuter le travail demandé et continue de mettre en cause ses supérieurs. Le licenciement a ici été considéré comme justifié,
(Cass. soc., 3 mai 2001, n° 99-40.123)
- une salariée reçoit un avertissement pour avoir refusé une mutation géographique malgré une clause de mobilité inscrite à son contrat de travail. Quelques temps plus tard, et à une autre occasion, elle refuse à nouveau de se déplacer : l'employeur était

fondé à la licencier, “ en raison du renouvellement de son refus, la salariée n’avait pas été sanctionnée deux fois pour les mêmes faits ”.

(Cass. soc., 14 décembre 2005, n° 03-46.054)

- il en est de même lorsque, après la notification d’une mise à pied disciplinaire, l’employeur licencie le salarié en invoquant des faits tout juste postérieurs à cette notification, quand bien même la mise à pied disciplinaire n’était pas encore réceptionnée par lui.

(Cass. soc., 12 février 2013, n° 12-15.330)

- **Antériorité des fautes.**

En cas de multiplicité de fautes, la législation impose un délai de prescription.

“ Aucune sanction antérieure de plus de trois ans à l’engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l’appui d’une nouvelle sanction ”.

(Code du Travail, art. L. 1332-5)

Lorsque de nouvelles fautes sont relevées, l’employeur peut donc invoquer “ à charge ” des faits de même nature déjà sanctionnés, sous réserve que ces sanctions ne datent pas de plus de trois ans. Cela signifie que, passé ce délai, l’employeur ne peut plus les utiliser lors d’une nouvelle procédure disciplinaire.

(Cass. soc., 30 septembre 2004, n° 02-44.030)

Remarque :

Des dispositions conventionnelles peuvent écourter le délai de prescription des sanctions prévu par l’article L. 1332-5 du Code du Travail. La méconnaissance par l’employeur de ce délai de prescription conventionnel constitue un manquement de l’employeur ouvrant droit à des dommages et intérêts pour le salarié, à condition de démontrer l’existence de son préjudice.

L’existence et l’évaluation du préjudice relèvent de l’appréciation souveraine des juges du fond.

A savoir.

Aucune sanction ne saurait être infligée à titre préventif.

(Cass. soc., 18 février 2004, n° 02-41.622)

- **Multiplicité des sanctions.**

Lorsque l'employeur est informé d'un ensemble de fautes, peut-il infliger plusieurs sanctions ?

La réponse est non. Lorsque l'employeur est informé de plusieurs faits fautifs, il ne peut prononcer qu'une seule sanction pour l'ensemble de ces faits. Même s'il prononce une sanction pour seulement certains des faits dont il a eu connaissance, il épuise son pouvoir disciplinaire à l'égard de l'ensemble de ces faits, Il ne peut donc plus prononcer de sanction pour les faits antérieurs à cette sanction, dès lors qu'il en avait connaissance à la date du prononcé de la sanction.

Exemples :

- une directrice de maison de retraite reçoit un avertissement en raison d'un comportement inadapté lors d'un entretien de recrutement. Moins d'un mois après, elle est licenciée pour faute grave pour divers autres manquements. Ces manquements étaient connus de l'employeur au moment où celui-ci a prononcé l'avertissement. Informé d'un ensemble de manquements, il avait ainsi procédé en deux temps, en prononçant successivement un avertissement pour les faits les moins graves, puis un licenciement pour les autres. Ce procédé est invalidé par la Cour de Cassation qui juge le licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'employeur avait épuisé son pouvoir disciplinaire lors du prononcé du licenciement, faute de démontrer un fait fautif nouveau, survenu ou porté à sa connaissance après la notification de l'avertissement,
(Cass. soc., 16 mars 2010, n° 08-43.057 ; Cass. soc., 22 mars 2011, n° 10-12.041)
- solution confirmée dans un arrêt où l'employeur, qui avait eu connaissance de plusieurs faits fautifs, met à pied à titre disciplinaire un salarié en raison de certains d'entre eux, Par la suite, il décide de le licencier pour les autres faits, dont il avait pourtant connaissance au moment de la notification de la mise à pied disciplinaire.
(Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-12.976)

4.3. Sanction disciplinaire.

4.3.1. Définition de la sanction disciplinaire.

Une sanction disciplinaire est une mesure prise par l'employeur à la suite d'agissements du salarié qu'il considère comme fautifs. Selon le Code du Travail, il s'agit de toute mesure, autre que l'observation verbale, prise suite à un agissement du salarié considéré comme fautif.

Par ailleurs, pour être qualifiée de sanction, la mesure doit être susceptible d'avoir des conséquences, immédiates ou à terme, sur la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.

Avant d'appliquer la sanction, l'employeur est tenu de respecter une procédure destinée à informer le salarié concerné et à lui permettre d'assurer sa défense. Si la sanction envisagée est le licenciement, la procédure de licenciement pour motif personnel doit être respectée.

“ 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 ”.

(Code du Travail, art. L. 1333-1)

A savoir :

Une convention collective peut prévoir des dispositions spécifiques en matière de sanctions disciplinaires.

4.3.2. Agissements fautifs du salarié : de quoi s'agit-il ?

L'employeur peut juger que le comportement du salarié ne correspond pas à l'exécution normale du contrat et constitue une faute.

Peuvent notamment être considérés comme fautifs :

- le non-respect des règles de discipline fixées par le règlement intérieur ou par note de service,
- le refus de se conformer à un ordre de l'employeur,
- le non-respect de l'obligation de discrétion et de loyauté,
- les critiques, les injures, les menaces, les violences,
- les erreurs ou les négligences commises dans le travail.

Dans les entreprises d'au moins 20 salariés, le règlement intérieur est obligatoire. Il fixe les règles générales et permanentes relatives à la discipline et notamment la nature et l'échelle des sanctions. Il énonce également les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés et rappelle les dispositions protectrices en faveur des victimes et des témoins de harcèlement sexuel ou moral ...). Une sanction ne peut alors être prononcée à l'encontre d'un salarié que si elle est prévue par le règlement intérieur ; s'il s'agit d'une mise à pied disciplinaire, celle-ci ne sera licite que si le règlement fixe sa durée maximale.

(Cass. soc., 26 oct. 2010)

4.3.3. Caractéristiques de la sanction disciplinaire.

- **Ne constitue pas une sanction.**

Les simples observations verbales, auxquelles on peut assimiler les réprimandes, mises en garde, rappels à l'ordre, lettres de mise au point, ne sont pas considérées comme sanction disciplinaire.

(Code du Travail, art. L. 1331-1)

(Circ. DRT n° 5-83 du 15 mars 1983)

Exemples :

- un employeur qui demanderait à un salarié d'éviter de recevoir des appels téléphoniques personnels pendant son activité professionnelle n'inflige pas une sanction mais procède à un simple rappel à l'ordre.
- il en va de même du simple compte-rendu d'un entretien au cours duquel l'employeur adresse divers reproches au salarié. Il ne constitue pas une sanction disciplinaire, dès lors que le document rédigé par l'employeur ne traduit pas une volonté de sanctionner le salarié.

(Cass. soc., 12 novembre 2015, n° 14-17.615)

Les éventuels reproches pouvant être formulés lors d'un entretien d'évaluation du salarié ne constituent pas non plus une sanction.

De même, l'employeur qui refuse d'accorder une promotion ne prend pas une sanction, **dès lors que la mesure est prise suite à une appréciation des capacités professionnelles du salarié** et non d'un comportement fautif.

Remarque :

Lorsque des observations sont invoquées à l'appui d'une mesure disciplinaire, le salarié peut parfois avoir intérêt à obtenir la requalification de ces observations en sanction disciplinaire. En effet, une fois sanctionnés par un avertissement, les faits reprochés au salarié ne peuvent plus faire l'objet d'une seconde sanction.

- **Echelle des sanctions.**

La sanction disciplinaire doit être proportionnée à la faute commise. Il existe donc une échelle dans les sanctions disciplinaires.

A l'exception de l'avertissement, pour être qualifiée de sanction, la mesure doit être de nature à affecter - immédiatement ou à terme - la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.

(Code du Travail, art. L. 1331-1)

La sanction disciplinaire peut être :

- un avertissement,
- un blâme,
- une mise à pied disciplinaire (sans salaire),
- une rétrogradation,
- une mutation,
- un licenciement pour faute, cause réelle et sérieuse,
- un licenciement pour faute grave ou pour faute lourde, avec perte du droit aux indemnités de préavis et de licenciement.

Mais cette liste n'est pas limitative.

Dans les entreprises d'au moins 20 salariés, le Règlement Intérieur est obligatoire et fixe la nature et l'échelle des sanctions. Dans les entreprises de 20 salariés ou moins, le choix de la sanction est à la main de l'employeur, qui doit toutefois motiver sa décision.

Exemples :

- un employeur, en raison du comportement du salarié qu'il considère fautif, revient sur une autorisation de congé sans solde. Il s'agit d'une sanction.
(Cass. soc., 10 avril 1991, n° 87-42.633)
- lorsque l'employeur demande à un salarié de s'expliquer par écrit, selon une procédure en vigueur dans la société, et que les échanges entre les parties sont conservés dans le dossier individuel du salarié, il s'agit là aussi d'une sanction disciplinaire.
(Cass. soc., 30 janvier 2013, n° 11-23.891 ; Cass. soc., 19 mai 2015, n° 13-26.916)

Attention !

L'employeur ne peut sanctionner deux fois la même faute. Ces faits ne pourront donc plus être sanctionnés une nouvelle fois.

A savoir.

L'employeur ne peut annuler unilatéralement une sanction pour en notifier une autre. En effet, la notification d'une sanction épuise le pouvoir disciplinaire de l'employeur vis-à-vis des faits sanctionnés.

(Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-21.495)

Remarque :

- le caractère contraignant de la procédure interne à l'entreprise permet de distinguer ce type de mesure disciplinaire de la simple invitation du salarié à s'expliquer,
(Cass. soc., 7 juin 2011, n° 10-14.444)
- la consignation des éléments de réponse du salarié dans son dossier individuel joue également un rôle décisif dans la qualification de sanction disciplinaire, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter l'évolution de carrière du salarié,
(Cass. soc., 22 avril 1997, n° 94-42.430)
- idem pour un courriel d'un employeur reprochant à une salariée des manquements aux règles et procédures internes à l'entreprise, et l'invitant de manière impérative à se conformer à ces règles.
(Cass. soc., 9 avril 2014, n° 13-10.939)

La procédure disciplinaire doit également être mise en œuvre par l'employeur qui souhaite mettre fin, par anticipation, au CDD du salarié en raison d'une faute grave (ou d'une faute lourde) de ce dernier, étant précisé, toutefois, que, dans une telle situation, la rupture du CDD est soumise aux seules prescriptions des articles L. 1332-1 à L. 1332-3 du Code du Travail qui ne prévoient aucune formalité pour la convocation à l'entretien préalable à la sanction disciplinaire.

(voir en ce sens, l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 novembre 2013)

- **Sanction non prévue au Règlement Intérieur.**

Dans les **entreprises de plus de 20 salariés**, donc pourvues d'un Règlement Intérieur, une sanction disciplinaire autre que le licenciement ne peut être prononcée contre un salarié que si elle est prévue par le Règlement Intérieur.

(Cass. soc., 11 décembre 2015, n° 14-19.954 ; Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-23.090)

Dans les **entreprises de 20 salariés ou moins**, donc dépourvues de Règlement Intérieur, il est également possible pour l'employeur de prononcer une sanction disciplinaire. La sanction doit toutefois être proportionnelle à la gravité de la faute commise (voir supra).

Plus encore, l'employeur ne peut prononcer une mise à pied disciplinaire si le Règlement Intérieur ne mentionne pas la durée maximale de cette sanction.

(Cass. soc., 26 octobre 2010, n° 09-42.740)

Si l'employeur prononce une sanction non prévue par le Règlement Intérieur ou dont le quantum n'est pas défini par ce document, cette sanction sera annulée.

Le licenciement pour motif disciplinaire reste cependant possible, même en l'absence de mention dans le Règlement Intérieur, le droit pour l'employeur de licencier étant inscrit dans la Loi.

(Code du Travail, art. L. 1231-1)

En revanche, le fait qu'une sanction ne soit pas prévue par la Convention Collective n'empêche pas l'employeur de la prononcer, sauf disposition conventionnelle contraire.

(Cass. soc., 25 juin 1987, n° 84-42.314)

L'employeur se doit toutefois de respecter les limites qui seraient éventuellement posées à sa liberté de choix par la convention ou par l'accord collectif. A défaut de le faire, la sanction peut être annulée.

Exemples :

- un accord collectif ne prévoyait qu'une liste limitative de quatre sanctions possibles : observation orale, avertissement écrit, mise à pied et licenciement. Or dans cette affaire, l'employeur avait refusé de faire bénéficier un salarié d'un avancement à l'ancienneté automatique. Cette sanction, non prévue par l'accord, a été jugée illicite et a, en conséquence, été annulée,
(CA Montpellier, 22 novembre 2000, Blanche c/ la MAIF)
- de même, si une convention collective prévoit qu'hormis le cas de faute grave, un licenciement ne peut être prononcé sans avoir été précédé de deux sanctions de moindre importance (avertissements par exemple), le licenciement prononcé sans ces sanctions préalables est dépourvu de cause réelle et sérieuse.
(Cass. soc., 21 janvier 1992, n° 90-46.104)

- **Sanctions différenciées.**

La question se pose de savoir si l'employeur peut sanctionner différemment des salariés ayant commis une même faute.

La réponse est positive. L'employeur dispose du pouvoir d'individualiser les sanctions pour des faits identiques commis par plusieurs salariés. Ce pouvoir d'individualisation doit toutefois être proportionné au regard des différents éléments à prendre en considération, ancienneté et passé disciplinaire, part prise dans la faute, comportement de chacun. Il peut également tenir compte de l'intérêt de l'entreprise, notamment lorsqu'il rend nécessaire le maintien des compétences de certains salariés et ce, malgré l'importance de leurs fautes.

(Cass. soc., 29 janvier 1992, n° 89-44.501)

Exemple :

- il a été admis, lors d'une bagarre entre deux salariés, que ne soit pas licencié le salarié le plus âgé, cadre et associé de la société, l'autre salarié ayant été en revanche licencié pour faute lourde.
(Cass. soc., 20 janvier 1999, n° 96-45.340)

Ce pouvoir d'individualisation de la sanction peut parfois conduire l'employeur à ne sanctionner que les salariés ayant joué un rôle particulièrement actif.

Exemple :

- il a été admis que ne soit licencié que le leader d'un mouvement illicite d'arrêt de travail.
(Cass. soc., 17 décembre 1996, n° 95-41.858)

Attention !

L'individualisation des sanctions ne doit pas conduire à une discrimination.

Dès lors, la décision de l'employeur peut être contestée suivant les principes applicables en matière de preuve des discriminations : face à une différence de traitement pouvant apparaître discriminatoire (par exemple, sanction plus grave à l'égard d'un salarié syndiqué), l'employeur doit prouver que l'individualisation des sanctions demeure fondée sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

(Code du Travail, art. L. 1132-1)

- **Sanction de faits nouveaux.**

La question se pose de savoir si l'employeur ayant déjà engagé une procédure de licenciement suite à une faute commise par le salarié peut l'abandonner et sanctionner le salarié différemment s'il découvre des faits nouveaux en cours de procédure.

La réponse est positive. Si à la suite d'un premier entretien préalable au licenciement, l'employeur découvre des faits nouveaux à l'encontre du salarié, il peut abandonner la procédure de licenciement en cours afin de sanctionner plutôt ces derniers faits. Dans cette hypothèse, la convocation au nouvel entretien préalable n'a pas à intervenir dans un délai spécifique par rapport à la procédure abandonnée.

(Cass. soc., 12 mars 2014, n° 12-28.610)

4.3.4. Le “ hors champ ” du disciplinaire.

Ne pas donner satisfaction à son employeur ne rentre pas forcément dans le champ du droit disciplinaire.

- **Exécution du contrat de travail.**

De ce fait, ne pas donner satisfaction à son employeur dans la réalisation de son travail n'est pas, en soi, nécessairement fautif. Ainsi en va-t-il du comportement non intentionnel, ou bien encore de faits constitutifs d'insuffisance professionnelle, tels que, par exemple, le manque d'efficacité ou de compétence. C'est en ce sens que la Cour de Cassation considère que “ le licenciement prononcé pour incompétence ou pour insuffisance professionnelle échappe au droit disciplinaire ”. Cela ne signifie pas qu'il n'y pas là un possible motif de licencier, mais que ce dernier ne saurait être qualifié de disciplinaire.

Il convient tout de même de noter que la frontière entre disciplinaire et non disciplinaire est parfois susceptible d'être glissante. Ainsi en ira-t-il, par exemple, “ des erreurs professionnelles dues à la mauvaise volonté délibérée du salarié, et non à son insuffisance professionnelle ”. De tels agissements seront constitutifs d'une faute, voire même d'une faute grave. Ainsi en ira-t-il également “ du refus délibéré du salarié d'exécuter les tâches qui lui incombent, ou la volonté non dissimulée de ne plus exécuter de manière loyale les fonctions qui sont les siennes ”.

- **Motif discriminatoire.**

Principe : **un motif discriminatoire ne peut justifier le prononcé d'une sanction disciplinaire.**

L'article L. 1132-1 du Code du Travail précise qu'aucune personne ne peut être (notamment) sanctionnée, licenciée à l'appui de l'un ou plusieurs des motifs discriminatoires suivants : “ origine, sexe, mœurs, orientation ou identité sexuelle, âge, situation de famille ou grossesse, caractéristiques génétiques, appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, opinions politiques, activités syndicales ou mutualistes, convictions religieuses, apparence physique, nom de famille, lieu de résidence, état de santé, handicap ”.

Ce texte vise donc à protéger les atteintes susceptibles d'être portées à l'activité syndicale. Ce qui n'empêche pourtant pas un autre article (l'article L. 2141-5 alinéa 1^{er}) de traiter plus spécifiquement de la discrimination syndicale. Le spectre de ce dernier est d'ailleurs, plus large que celui de l'article L. 1132-1 puisqu'il précise que, “ il est interdit à l'employeur de prendre en considération ” non seulement “ l'exercice d'une activité syndicale ”, mais aussi “ l'appartenance à un syndicat ” afin de décider, notamment de “ mesures disciplinaires ou de rupture du contrat de travail ”. Dès lors qu'un salarié se verrait infliger une sanction

disciplinaire à l'appui d'un ou de plusieurs des motifs prévus par les articles L. 1132-1 et L. 2141-5 alinéa 1^{er} du Code du Travail, il devrait, de droit, pouvoir en obtenir l'annulation en justice. Ce, même à supposer qu'il s'agisse d'un licenciement. La " sanction " de la sanction disciplinaire discriminatoire, c'est, automatiquement, la nullité.

En pratique, la difficulté sera de parvenir à faire ressortir le motif réel de la sanction. Il est tout de même assez improbable qu'un employeur livre tout de go, dans la notification de la sanction, le motif discriminatoire sur la base duquel il a entendu agir. Cependant le salarié bénéficiera d'un aménagement de la charge de la preuve qui sera censé lui faciliter les choses (voir infra).

4.4. Règles de notification de la sanction.

Avant de prendre une sanction, autre qu'un avertissement, l'employeur doit respecter une procédure particulière et convoquer le salarié à un entretien préalable en précisant l'objet, la date, l'heure et le lieu de l'entretien. La convocation rappelle au salarié qu'il peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise.

Lors de l'entretien, l'employeur indique les motifs de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié.

La convocation à l'entretien et la notification de la sanction doivent être faites par lettre recommandée ou remise en main propre contre décharge. **La sanction ne peut intervenir moins de deux jours ouvrables, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien.** Le salarié est informé par écrit de la nature et des motifs de la sanction prononcée à son égard.

Sont des jours ouvrables tous les jours de la semaine, à l'exception du jour de repos hebdomadaire (généralement le dimanche) et des jours fériés habituellement non travaillés dans l'entreprise.

Par ailleurs :

- lorsqu'un délai est exprimé en jours, celui de l'acte ou de la notification qui le fait courir ne compte pas,
- le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Lorsque les faits reprochés au salarié sont d'une particulière gravité et rendent impossible son maintien dans l'entreprise, l'employeur peut prendre à son encontre une mesure conservatoire de mise à pied à effet immédiat (« mise à pied conservatoire »). Dans ce cas, le salarié est dispensé d'exécuter son travail et l'employeur doit engager la procédure disciplinaire précisée ci-dessus, aucune sanction définitive relative à ces faits ne pouvant être prise sans que cette procédure ait été respectée. Si la mise à pied conservatoire est suivie d'un

licenciement pour faute grave ou lourde, le salarié ne sera pas rémunéré pour la durée correspondant à cette mise à pied conservatoire.

A noter que :

Si la sanction encourue est le licenciement, c'est la procédure propre au licenciement pour motif personnel qui doit être respectée.

4.4.1. Observations verbales, mises au point.

Les observations verbales ne constituant pas une sanction, l'employeur peut donc les formuler librement sans avoir à respecter une procédure ni des délais particuliers. Autrement dit, l'employeur peut y recourir librement, sous réserve d'abus, sans avoir à respecter un quelconque délai de prescription ou des règles de [orme particulière, telle la notification écrite.

Cependant, ces observations pourront éventuellement être utilisées à l'occasion d'une procédure disciplinaire pour des faits de même nature.

La future sanction sera alors fondée sur la répétition des agissements malgré les remarques déjà faites. Dans l'optique d'un contentieux, l'employeur peut avoir intérêt, pour faciliter la preuve de ces observations, d'adresser celles-ci en présence de témoins, telle responsable hiérarchique direct. Il arrive que des observations faites lors d'un entretien informel ou de l'entretien annuel d'évaluation, fassent l'objet d'une consignation écrite. Ce formalisme peut faire craindre la requalification des observations en sanctions. La prudence impose une rigueur de rédaction en se bornant à effectuer un constat neutre des insuffisances relevées et à une invitation à l'accomplissement des tâches correspondant aux fonctions exercées. Dans ce cadre, une telle correspondance devrait être considérée comme une simple lettre de mise au point.

4.4.2. Avertissement.

- **Distinction entre mise au point et avertissement.**

La distinction est importante, En effet :

- un avertissement est une sanction, Il ne peut donc concerner des faits datant de plus de deux mois,
- une fois notifié au salarié, l'employeur ne peut plus prononcer d'autre sanction, un licenciement par exemple, car il y aurait alors double sanction pour les mêmes faits, ce qui est interdit,
- par ailleurs, l'avertissement peut être annulé par le juge si ce dernier l'estime injustifié ou disproportionné à la faute commise,
- enfin, l'avertissement ne peut plus être invoqué au bout de trois ans car il est prescrit.

Toutes ces conséquences, liées à la sanction, ne s'appliquent pas à une lettre de mise au point qui, elle, précisément ne constitue pas une sanction.

Dès lors, lorsqu'un courrier est adressé au salarié, et que le terme " avertissement " n'y figure pas, la question peut se poser de savoir si l'on est en présence d'un avertissement ou d'une simple lettre de mise au point. En cas de conflit, le juge va rechercher l'intention de l'employeur.

Exemples :

- dans un courriel électronique, un employeur reprochait à une salariée de ne pas rentrer ses commandes dans l'ordinateur et de ne pas tenir son agenda à jour. Il lui enjoit de procéder à cette opération, à l'instar de ses collègues, tous les vendredis soir, Pour les juges, ce courrier sanctionnait un comportement fautif et constituait un avertissement. En conséquence, le licenciement pour faute grave prononcé quelques semaines plus tard et fondé sur les mêmes faits a été déclaré sans cause réelle et sérieuse car constitutif d'une seconde sanction appliquée aux mêmes faits,
(Cass. soc., 8 novembre 2006, n° 05-41.514)
- une lettre d'admonestation reprochant au salarié un acte d'indiscipline et l'invitant à renoncer immédiatement à son attitude de refus systématique d'exécuter les ordres donnés, a été considérée comme un avertissement en raison de son contenu et de son caractère comminatoire. En conséquence, l'employeur ne pouvait licencier le salarié faute de pouvoir invoquer de nouveaux faits survenus après ce courrier,
(Cass. soc., 17 décembre 1997, n° 95-40.863)
- la mise en œuvre d'une procédure de demande d'explications en vigueur au sein de la société, s'agissant de faits qualifiés de refus d'obéissance, ajoutée au fait que les échanges entre les parties étaient conservés dans le dossier individuel du salarié, constitue un avertissement,
(Cass. soc., 30 janvier 2013, n° 11-23.891 ; Cass. soc., 19 mai 2015, n° 13-26.916)

- de même, constitue un avertissement, une lettre de mise en garde contenant une série de reproches et indiquant qu'elle sera portée au dossier de l'intéressé,
(Cass. soc., 22 avril 1997, n° 94-42.430)

En revanche :

- le courrier de l'employeur se limitant à relever une insuffisance de travail et à demander une prise en compte des remarques faites ne caractérise pas un avertissement disciplinaire,
(Cass. soc., 22 janvier 1991, n° 87-42.844)
- idem s'agissant d'une lettre de l'employeur se bornant à demander à un salarié de se ressaisir, assortie de propositions pour y parvenir,
(Cass. soc., 13 décembre 2011, n° 10-20.135)
- il en est de même s'agissant de la lettre d'un employeur répondant point par point aux récriminations qu'un salarié lui avait adressées et lui demandant par ailleurs de s'expliquer sur la disparition d'une partie d'un fichier clients qui était sur son ordinateur. (Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-10.004)

- **Notification de l'avertissement.**

L'avertissement est le plus souvent prononcé pour une faute isolée, sans conséquence grave pour l'entreprise, ou présentant un caractère excusable (exemples : retard, omission, négligence, etc.).

En cas de litige, le juge apprécie la proportionnalité de la sanction à la faute commise.

Exemple :

- un salarié avait reçu un avertissement suite à son refus de remplacer un collègue alors qu'il était nécessaire d'assurer le suivi de la production. La sanction a été jugée proportionnée à la faute commise.
(Cass. soc., 10 mai 2001, n° 99-40.971)

L'avertissement se matérialise par une lettre envoyée au salarié, Cette lettre doit être adressée dans un **délai maximum de deux mois** après que l'employeur ait eu connaissance des faits qu'il estime fautifs, Elle doit indiquer les griefs retenus à l'encontre du salarié.

(Code du Travail, art. L. 1332-1)

Pour prononcer un avertissement, en principe, l'employeur n'a pas à suivre la procédure de l'entretien préalable prévue par l'article L. 1332-2 du Code du Travail pour les sanctions lourdes (mise à pied, rétrogradation, licenciement disciplinaire, etc.).

Néanmoins, s'il décide à titre volontaire de soumettre le salarié à cette formalité, il devra suivre l'intégralité de la procédure prescrite par cette disposition et notamment respecter le

délai maximum d'un mois suivant l'entretien préalable pour notifier la sanction, ceci sous peine d'annulation de la sanction.

(Cass. soc., 16 avril 2008, n° 06-41.999)

Il devra également respecter le délai minimum de deux jours ouvrables entre la tenue de l'entretien préalable et la notification de la sanction.

Attention !

Lorsque l'avertissement peut avoir une influence sur le maintien du salarié dans l'entreprise au regard des dispositions d'un Règlement Intérieur ou d'une convention collective subordonnant le licenciement à l'existence de sanctions antérieures, l'employeur doit respecter la procédure de l'entretien préalable.

(Cass. soc., 3 mai 2011, n° 10-14.104 ; Cass. soc., 13 février 2013, n° 11-27.615)

4.4.3. Mutation.

La mutation disciplinaire consiste, comme conséquence d'une faute commise par le salarié, en un déplacement du salarié vers un autre service, atelier, ou établissement. Cette sanction, contrairement à la rétrogradation, n'entraîne ni déclasserement professionnel, ni diminution de salaire.

Avec ce type de sanction, l'employeur choisit de modifier l'un des éléments essentiels du contrat de travail du salarié. Or, tout salarié peut refuser une modification de son contrat de travail sans que ce refus puisse constituer une faute ou un motif de licenciement. Autrement dit, **le salarié est en droit de refuser une sanction telle une mutation** dans un secteur géographique éloigné car il s'agit d'une modification de son contrat de travail.

Un tel refus oblige l'employeur soit à renoncer à la sanction, soit à en prononcer une autre.

Attention !

Toutes les mutations ne constituent pas des sanctions disciplinaires. Si elle est décidée dans le cadre du pouvoir de direction de l'employeur, il ne s'agit pas d'une sanction.

Exemples :

- n'est pas une sanction disciplinaire, la mutation décidée dans l'intérêt du service en raison d'une mauvaise adaptation du salarié à ses fonctions, l'insuffisance professionnelle n'étant pas une faute, (Cass. soc., 14 mars 2001, n° 98-44.906)

- de même, un changement d'affectation d'un conducteur de tramways à la suite de la violation d'une consigne de sécurité ne constitue pas une sanction disciplinaire lorsqu'elle a été décidée dans le seul but d'assurer la sécurité des usagers,
(Cass. ass. plén., 6 janvier 2012, n° 10-14.688)
- idem pour le changement d'affectation provisoire d'un salarié, décidé dans l'attente de l'engagement d'une procédure disciplinaire, dès lors qu'il a pour seul objet d'assurer la sécurité des usagers, du personnel d'exploitation et des tiers et qu'il n'emporte pas de modification durable du contrat de travail
(Cass, soc., 8 octobre 2011, n° 13-13.673)

Pour constituer une sanction, la mutation doit être décidée suite à des faits fautifs du salarié.

Remarque :

La mutation disciplinaire, comme la rétrogradation, doit faire l'objet de la procédure disciplinaire lourde avec convocation à un entretien préalable et notification écrite indiquant les motifs la justifiant.

Si elle s'opère dans un autre secteur géographique (éloigné du précédent lieu de travail), la mutation constitue une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié, et donc la signature d'un avenant au contrat de travail. En cas de refus par le salarié, et s'il s'agit d'une mutation disciplinaire, l'employeur doit renoncer à la sanction ou en prendre une autre plus légère ou plus lourde.

Comme en matière de rétrogradation disciplinaire, le refus du salarié n'est pas fautif et ne saurait justifier en soi un licenciement disciplinaire.

(Cass. soc., 27 mars 2007, n° 06-42.113)

4.4.4. Rétrogradation.

- **Définition.**

La rétrogradation consiste en un changement de poste, un déclassement professionnel ou une baisse de responsabilités, accompagnés d'une diminution de rémunération. La baisse de salaire est la conséquence directe de la rétrogradation. Le salarié ne peut donc pas prétendre qu'il s'agit d'une sanction pécuniaire ou d'une deuxième sanction pour la même faute.

(Cass. soc., 7 juillet 2004, n° 02-44.476)

A l'inverse, si la rétrogradation consiste uniquement en une diminution de salaire tandis que les fonctions et les responsabilités restent inchangées, il y a bien sanction pécuniaire et celle-ci est illicite.

(Cass. soc., 23 février 1994, n° 90-45.000)

Par ailleurs, une décision de l'employeur de rétrograder un salarié ne peut s'analyser en agissement répétés constitutifs de harcèlement moral.

(Cass. soc., 9 décembre 2009, n° 07-45.521)

- **Droit au refus du salarié.**

a) En pratique...

L'employeur peut décider d'une rétrogradation suite à un comportement du salarié qu'il estime fautif. Toutefois, cette rétrogradation disciplinaire implique nécessairement une modification importante du contrat de travail et notamment une baisse de salaire. Or, tout salarié a le droit de refuser une modification de son contrat de travail, y compris si elle résulte d'une mesure disciplinaire.

(Cass. soc., 25 avril 2001, n° 99-41.681)

b) Procédure à suivre.

L'employeur doit donc informer le salarié de son droit d'accepter ou de refuser cette modification de son contrat de travail.

(Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 09-70.619)

En conséquence, la convocation à un entretien préalable à la modification du contrat de travail est vivement conseillée.

Pour être valable, la rétrogradation doit donc avoir été acceptée par le salarié. Au moment de sa notification, il est conseillé de stipuler un délai de réflexion au profit du salarié. Son acceptation ne peut résulter de son seul silence et de la seule poursuite du contrat de travail aux conditions nouvelles. A défaut de réponse, il appartient à l'employeur d'inviter le salarié à prendre parti dans un délai raisonnable.

(Cass. soc., 1^{er} avril 2003, n° 01-40.389)

c) Choix d'une autre sanction par l'employeur.

En cas de refus du salarié, les principes suivants s'appliquent. L'employeur :

- ne peut en aucun cas considérer le salarié comme démissionnaire,
- doit renoncer à la rétrogradation et rétablir le salarié dans son emploi,
- peut prononcer une sanction dite " de substitution ", c'est-à-dire une nouvelle sanction en lieu et place de la rétrogradation, en se fondant sur les mêmes faits que ceux à l'origine de la sanction refusée,

(Cass. soc., 16 juin 1998, n° 95-45.033 ; Cass. soc., 2 mars 2010, n° 08-44.902)

Il peut s'agir d'une sanction plus légère (mise à pied par exemple), ou plus lourde lorsqu'un licenciement disciplinaire est envisagé. Le même principe s'applique pour les salariés protégés.

(CE, 3 juillet 2013, n° 348099)

Attention !

Une même faute ne peut faire l'objet de deux sanctions. Il en résulte qu'un employeur, qui applique unilatéralement la sanction de rétrogradation (malgré le désaccord du salarié), puis revient sur cette première sanction et décide de licencier l'intéressé pour faute grave, épuise son pouvoir disciplinaire.

(Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-44.570)

Le licenciement est alors dépourvu de cause réelle et sérieuse.

- **Transformation en licenciement.**

Si, à la suite du refus de la rétrogradation exprimé par le salarié, l'employeur opte pour un licenciement, ce sont les fautes ayant motivé la rétrogradation initiale qui devront servir à justifier la rupture du contrat de travail, et surtout pas le refus du salarié. En effet, ce refus ne constitue ni un motif de licenciement, ni une faute. La faute à l'origine de la rétrogradation doit donc présenter un caractère de gravité suffisant pour justifier un licenciement. Celui-ci peut même, selon les circonstances, être prononcé pour faute grave.

En effet, ce n'est pas parce que, à l'origine, l'employeur s'est contenté d'une rétrogradation (et donc du maintien du salarié dans l'entreprise) qu'il doit être considéré comme ayant renoncé à la faute grave, cette dernière, rappelons-le, étant celle qui rend précisément impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis.

(Cass. soc., 7 juillet 2004, n° 02-44.476)

La lettre de licenciement devra donc énoncer précisément les motifs de la rupture. Le renvoi aux motifs contenus dans la lettre notifiant la rétrogradation initiale est bien entendu insuffisant.

(Cass. soc., 1^{er} avril 2003, n° 00-41.428)

Ainsi, si après le refus du salarié d'accepter la modification de son contrat de travail l'employeur décide finalement de le licencier, ce licenciement sera légitime si la sanction initialement prise était elle-même justifiée.

(Cass. soc., 11 février 2009, n° 05-41.921)

A l'inverse, s'il apparaîtrait, par exemple, que les faits à l'origine de la rétrogradation n'étaient pas clairement établis, le doute profite au salarié, et le licenciement faisant suite à la rétrogradation refusée sera jugé sans cause réelle et sérieuse.

(Cass. soc., 29 mai 1997, n° 94-44.119)

La lettre de licenciement peut valablement s'appuyer sur les faits ayant justifié la rétrogradation mais également sur de nouveaux griefs découverts après l'entretien préalable.

(Cass. soc., 14 janvier 2014, n° 12-12.744)

Attention !

Lorsque l'employeur décide de transformer la rétrogradation en licenciement, il doit commencer par convoquer le salarié à un nouvel entretien préalable, en indiquant qu'un licenciement disciplinaire est projeté. Peu importe que la possibilité d'un licenciement ait déjà été envisagée dans la convocation au premier entretien préalable, il convient de reprendre la procédure à ses débuts et respecter les délais de prescription.

Ainsi, la convocation du salarié à un nouvel entretien préalable doit s'effectuer dans les deux mois suivant son refus de modifier son contrat de travail.

(Cass. soc., 28 avril 2011, n° 10-13.979 ; Cass. soc., 15 janvier 2013, n° 11-28.109)

Cependant, si l'employeur ne convoque pas le salarié à un nouvel entretien préalable, il s'agit d'une simple irrégularité de procédure qui ne prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse.

(Cass. soc., 16 septembre 2015, n° 14-10.325)

A partir de ce nouvel entretien préalable, l'employeur dispose d'un délai maximum d'un mois pour notifier le licenciement disciplinaire.

(Cass. soc., 27 mars 2007, n° 05-41.921)

Si ce délai n'est pas respecté, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

(Cass. soc., 16 mars 1995, n° 90-41.213)

- **Un nouveau contrat de travail.**

Lorsqu'il y a rétrogradation, il y a bien modification d'un ou de plusieurs éléments essentiels du contrat de travail. Lorsqu'il décide de procéder à une rétrogradation, l'employeur doit obtenir l'accord du salarié, accord qui se matérialisera par la signature d'un écrit ou d'un

avenant au contrat de travail. A défaut, le salarié pourra toujours revendiquer son ancien statut.

Exemple :

- un technicien de maintenance informatique (cadre) est rétrogradé au statut d'ETAM (technicien, agent de maîtrise), sans qu'il ait donné son accord pour cette modification du contrat de travail. Ultérieurement licencié pour des absences maladie fréquentes, il réclame le bénéfice des avantages liés au statut de cadre. Les juges lui donnent gain de cause car il n'avait jamais donné son accord à la modification de son contrat de travail.

(Cass. soc., 15 juin 2000, n° 98-43.400)

Il est utile que l'avenant précise les circonstances dans lesquelles la modification est intervenue et mentionne l'acceptation par le salarié de la sanction. Il est en effet important qu'il y ait une acceptation non équivoque de la sanction par le salarié, afin qu'il ne puisse plus ultérieurement la contester.

(Cass. soc., 18 juin 1997, n° 95-40.598)

A savoir.

Il n'est pas possible d'imposer au salarié, dans le cadre d'une rétrogradation, une nouvelle période d'essai. En effet, toute solution qui permettrait à l'employeur de rompre le contrat de travail sans avoir à justifier d'un quelconque motif est prohibée.

Le salarié rétrogradé ou muté à titre disciplinaire est donc en droit de refuser la période d'essai sur le nouveau poste. Si une rupture du contrat de travail s'ensuit, cette rupture s'analyse en un licenciement qui ouvre droit au profit du salarié à des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

(Cass. soc., 17 février 1993, n° 88-45.539)

4.5. Mise à pied.

4.5.1. Définition de la mise à pied.

La mise à pied est une mesure à la disposition de l'employeur qui lui permet d'écarter temporairement un salarié de son poste de travail.

Juridiquement, cette procédure a pour effet de suspendre le contrat de travail. L'employeur n'a pas à rémunérer le salarié pendant cette période. Néanmoins, la législation prévoit que le salarié puisse obtenir le paiement de ses jours non travaillés si :

- la sanction n'était pas motivée par une faute lourde ou grave,
- l'employeur a opté pour une sanction disciplinaire moindre,
- ou si la procédure a abouti à un licenciement nul ou sans cause réelle et sérieuse.

4.5.2. Mise à pied disciplinaire.

La mise à pied disciplinaire constitue une sanction. Elle a pour effet d'empêcher le salarié d'avoir accès à son poste de travail pendant un temps déterminé par l'employeur. Celui-ci n'est donc pas rémunéré.⁵

La mise à pied disciplinaire doit être limitée dans le temps. La mise à pied, qui entraîne une perte de salaire, doit être justifiée et proportionnée à la faute du salarié. L'employeur doit, en outre, disposer d'assez d'éléments pour démontrer la réalité de la faute commise par le salarié. Celui-ci ne peut pas être sanctionné pour des faits imaginaires ou des actes dont il n'est pas l'auteur.

Pour prononcer une mise à pied disciplinaire, l'employeur doit respecter la législation relative à la procédure disciplinaire :

- le salarié doit être convoqué à un entretien préalable par le moyen d'une lettre recommandée ou remise en mains propres, indiquant la date, l'heure et le lieu de l'entretien,
- l'employeur doit y exposer les raisons de la sanction envisagée et indiquer au salarié qu'il peut se faire assister lors de l'entretien.

(Code du Travail, art. L. 1332-1 et L. 1332-2)

Entre l'entretien et la mise en œuvre de la sanction, un délai minimum de deux jours ouvrables doit être respecté. La mise à pied ne peut pas intervenir plus d'un mois après le déroulement de l'entretien.

Lorsque, à l'issue de l'entretien, l'employeur souhaite toujours sanctionner le salarié, il doit par la suite lui notifier la mise à pied prononcée à son encontre. Cette notification prend la forme d'une lettre envoyée en recommandé. Le courrier mentionne notamment la durée de la mise à pied.

Enfin, le salarié dispose de la possibilité de saisir le Conseil des Prud'hommes afin de contester la validité de la sanction et obtenir son annulation si elle est jugée discriminatoire ou disproportionnée.

⁵ Le principe est simple, pas de travail donc pas de salaire.

Attention !

La mise à pied disciplinaire est une sanction. Elle épuise donc le pouvoir disciplinaire de l'employeur qui ne pourra pas prononcer de nouvelle sanction fondée sur les mêmes faits.

4.5.3. Mise à pied conservatoire.

- **Définition.**

La mise à pied conservatoire est une mesure temporaire et facultative. Elle est préventive et a pour effet de dispenser le salarié de venir travailler pendant tout le temps que va durer la procédure disciplinaire. Autrement dit, le salarié est écarté de l'entreprise jusqu'à la notification de la sanction qui sera en définitive retenue. Le respect de la procédure de prise de sanction ultérieure s'impose à l'employeur.

“ 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 “article L. 1332-2 ait été respectée”.

(Code du Travail, art. L. 1332-3)

Puisqu'il s'agit d'une mesure temporaire, **la mise à pied conservatoire n'a pas la nature d'une sanction et n'épuise donc pas le pouvoir disciplinaire de l'employeur.**

La mise à pied conservatoire ne nécessite pas en elle-même d'entretien préalable pour être notifiée. Elle peut être signifiée verbalement, mais indiquer par lettre recommandée la nature conservatoire de la mise à pied est néanmoins conseillé. La durée ne doit pas être prononcée, mais elle se calque sur la procédure disciplinaire et prend fin lorsque la sanction est prononcée.

Enfin, l'employeur peut suspendre la rémunération durant cette période (voir infra).⁶

- **Circonstances requises pour la mise à pied conservatoire.**

La mise à pied conservatoire ayant pour effet d'écartier le salarié de l'entreprise, **seule une faute grave ou lourde permet de justifier le recours à une mesure de mise à pied conservatoire.**

(Cass. soc., 27 novembre 2007, n° 06-42.789)

⁶ Toujours en vertu du même principe pas de travail, pas de salaire, sauf si...

Dit autrement, la faute reprochée au salarié doit avoir été d'une gravité qu'elle ne permette pas son maintien dans l'entreprise, Mais la mise à pied conservatoire ne présente pas un caractère obligatoire. En effet, le maintien du salarié dans l'entreprise pendant le temps nécessaire à la procédure n'interdit pas à l'employeur d'invoquer ensuite une faute grave.

(Cass. soc., 28 mars 2001, n° 98-43.610 ; Cass. soc., 19 novembre 2005, n° 03-46.797)

La sanction finalement retenue peut être un licenciement ou une sanction moindre, telle une mise à pied disciplinaire. L'employeur peut en effet renoncer au licenciement après l'entretien préalable Dans ce cas, la durée de la mise à pied conservatoire effectuée s'impute sur la durée de la mise à pied disciplinaire. (Cass. soc., 5 juillet 2006, n° 03-46.361)

En outre, le licenciement prononcé après une mise à pied conservatoire ne revêt pas nécessairement un caractère disciplinaire.

(Cass. soc., 3 février 2010, n° 07-44.491)

A l'issue de la mise à pied conservatoire, l'employeur a donc le choix entre :

- **prononcer une sanction**, telle qu'une mutation disciplinaire, une rétrogradation, un licenciement pour motif disciplinaire ou une mise à pied disciplinaire, la durée de la mise à pied conservatoire s'imputant alors sur celle-ci,
- ou bien **renoncer à toute sanction**.

S'il décide finalement de ne pas prononcer de sanction proprement dite, l'employeur dispose cependant de la possibilité de licencier l'intéressé pour un motif autre que disciplinaire. En pratique, il semble que l'insuffisance professionnelle soit le seul motif qui puisse être invoqué dans cette hypothèse, dans la mesure où elle se situe parfois à la frontière de la sphère disciplinaire. Ainsi, un salarié a été licencié pour insuffisances, négligences et désintérêt manifeste dans l'accomplissement de son travail. L'employeur s'était d'abord placé sur le terrain disciplinaire en notifiant au salarié une mise à pied conservatoire puis, s'était ravisé et avait finalement licencié le salarié pour insuffisance professionnelle.

(Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-44.278)

En conclusion, l'employeur qui engage une procédure disciplinaire et met à pied un salarié peut, en cours de procédure, changer d'avis, renoncer à toute sanction et licencier finalement le salarié pour un motif non disciplinaire.

Attention !

Il est interdit à l'employeur de prononcer une mise à pied conservatoire en dehors de toute procédure disciplinaire.

- **Procédure à respecter.**

La mise à pied conservatoire n'est soumise à aucun formalisme. L'employeur peut donc la prononcer oralement avec effet immédiat. Pour des raisons de preuve, il a cependant intérêt à la confirmer immédiatement par écrit. Cette lettre doit être précise afin qu'il n'y ait aucune ambiguïté sur le fait qu'il s'agit bien d'une mise à pied conservatoire et non disciplinaire. Concrètement, ce courrier doit soit faire référence à la future sanction envisagée (éventuel licenciement ou décision à intervenir par exemple), soit, et c'est la solution la plus simple, préciser le caractère conservatoire de la mise à pied prononcée.

Remarque :

- la notification par écrit de la mise à pied conservatoire est édictée dans le seul intérêt du salarié. L'employeur ne peut donc se prévaloir de la notification tardive de cette mesure.

(Cass. soc., 6 février 2002, n° 99-46.030)

- de même, ne commet pas de faute une salariée qui se rend sur son lieu de travail malgré une mise à pied et demande à son employeur, en lui faisant délivrer une sommation par huissier, de lui confirmer cette mise à pied, dès lors que celle-ci ne lui avait pas été notifiée par écrit. Elle pouvait craindre que l'employeur ne lui reproche un abandon de poste et était donc en droit de l'interroger sur la mesure prise à son encontre.

(Cass. soc., 17 Juin 2009, n° 08-41.181)

L'employeur qui notifie une mise à pied conservatoire doit immédiatement engager la procédure disciplinaire qui aboutira à la sanction, en convoquant le salarié à un entretien préalable à un éventuel licenciement.

(Cass. soc., 19 septembre 2007, n° 06-40.155)

Exemples :

- un délai de quatre jours entre la notification de la mise à pied conservatoire et l'envoi de la convocation à un entretien préalable a été jugé excessif,

(Cass. soc., 19 avril 2000, n° 98-41.924)

- même solution pour une convocation à un entretien préalable adressée sept jours après le prononcé d'une mise à pied conservatoire,

(Cass. soc., 1^{er} décembre 2011, n° 09-72.958)

- idem lorsque l'employeur notifie une mise à pied conservatoire et n'engage la procédure de licenciement que six jours plus tard, sans faire état d'aucun motif légitime pouvant justifier un tel délai,

(Cass. soc., 30 octobre 2013, n° 12-22.962)

- en revanche, est régulière la mise à pied conservatoire suivie de l'envoi, dès le lendemain, de la convocation du salarié à un entretien préalable,

(Cass. soc., 20 mars 2013, n° 12-15.707)

- un délai de trois jours a également été Jugé admissible.

(Cass. soc., 26 mai 2010, n° 08 45.286)

Si l'employeur n'engage pas immédiatement la procédure de licenciement, la mise à pied sera qualifiée de disciplinaire. Le fait que le salarié ait travaillé pendant deux jours, à la demande de l'entreprise, après la notification de sa mise à pied conservatoire, a ainsi pour effet de lui conférer un caractère disciplinaire.

(Cass. soc., 31 octobre 2006, n° 04-48.682)

Par exception, **lorsque les faits fautifs commis par le salarié font l'objet de poursuites pénales**, l'employeur peut prononcer la mise à pied conservatoire du salarié et différer la convocation à l'entretien préalable jusqu'à l'issue de la procédure pénale.

(Cass. soc., 4 décembre 2012, n° 11-27.508)

Un tel différé est admis s'il est indispensable à l'employeur pour mener à bien des investigations sur les faits reprochés et déterminer la nécessité d'engager une procédure disciplinaire à l'encontre du salarié.

(Cass. soc., 13 septembre 2012, n° 11-16.434)

Exemple :

- la Cour de Cassation a ainsi estimé qu'une mise à pied conservatoire de sept semaines n'était pas excessive au regard de la complexité des investigations diligentées dans le cadre de l'enquête pénale. Dans cette affaire, une entreprise avait mis à pied à titre conservatoire un salarié après la découverte de manipulations de contrats et de factures de clients et avait déposé plainte. Pour la chambre sociale, cette mise à pied conservatoire était nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

(Cass. soc., 6 octobre 2016, n° 15-15.465)

En pratique, deux lettres peuvent être adressées au salarié, l'une lui notifiant sa mise à pied conservatoire et l'autre le convoquant à l'entretien préalable si la sanction consiste en un licenciement. L'employeur peut également se contenter d'envoyer une seule lettre dans laquelle il signifiera la mise à pied et il convoquera le salarié audit entretien. Si la mise à pied est prononcée dans la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement, laquelle fixerait un délai maximum pour le prononcé de la sanction définitive, elle s'analyse en une mise à pied conservatoire à condition que la lettre de licenciement soit finalement envoyée avant l'expiration de ce délai.

(Cass. soc., 30 septembre 2004, n° 02-44.065)

A défaut, cette mise à pied s'analysera en une mise à pied disciplinaire, d'où l'intérêt d'en préciser par écrit la nature.

Attention !

Si, pour les motifs invoqués ci-dessus, les tribunaux viennent à requalifier la mise à pied conservatoire en mise à pied disciplinaire, il en résulte que la sanction définitivement prononcée (la plupart du temps un licenciement) apparaît comme une double sanction, or ce procédé est prohibé.

(Cass. soc., 12 février 2003, n° 01-46.433, déjà cité)

La sanction définitivement prononcée sera par conséquent annulée. S'il s'agit d'un licenciement, il sera jugé sans cause réelle et sérieuse,

Enfin, la mise à pied conservatoire interrompt le délai de deux mois au-delà duquel les faits fautifs sont prescrits.

- **Rémunération de la mise à pied conservatoire.**

La mise à pied conservatoire est obligatoirement rémunérée sauf si la sanction définitive est un licenciement pour faute grave.

(Cass. soc., 3 décembre 2002, n° 00-44.080 ; Cass. soc., 18 décembre 2012, n° 11-22.607)

Il en est de même, a fortiori, en cas de faute lourde.

(Cass. soc., 3 février 2004, n° 01-45.989)

Autrement dit, si l'employeur fonde le licenciement sur une faute simple ou un motif non disciplinaire, il doit impérativement verser le salaire correspondant à cette période de mise à pied. S'il ne le fait pas, la mise à pied conservatoire non rémunérée et non suivie par un licenciement pour faute grave ou lourde s'analyse nécessairement en une sanction disciplinaire et ne peut donc être qualifiée de mise à pied conservatoire.

(Cass. soc., 3 février 2004, n° 01-45.989 ; Cass. soc., 18 décembre 2013, n° 12-18.548)

L'employeur qui déciderait volontairement de rémunérer la mise à pied ne perd cependant pas le droit de se prévaloir de la faute grave à l'encontre du salarié.

(Cass. soc., 16 mars 1994, n° 92-43.151 ; Cass. soc., 17 janvier 2001, n° 97-40.288)

Si la sanction finalement retenue est une mise à pied disciplinaire (suspension du contrat de travail non rémunérée), sa durée s'impute sur celle de la mise à pied conservatoire, ce qui permet de ne pas rémunérer la mise à pied conservatoire en tout ou partie.

(Cass. soc., 5 juillet 2006, n° 03-46.361)

Si la mise à pied conservatoire a été prononcée à tort, l'employeur doit rembourser au salarié les salaires couvrant cette période, peu important qu'il ait été placé en arrêt maladie durant cette période.

(Cass. soc., 18 février 2016, n° 14-22.708)

Remarques :

- lorsque le salarié refuse d'exécuter une mise à pied conservatoire (hypothèse où le salarié se rend sur son lieu de travail malgré la mise à pied conservatoire), il n'est fautif, et ne peut donc être privé du paiement du salaire correspondant à la durée de celle-ci, que si son comportement antérieur caractérise une faute grave constitutive d'une cause de licenciement disciplinaire.
(Cass. soc., 3 décembre 2002, n° 00-44.080 ; Cass. soc., 24 Juin 2003, n° 01-45.574)
- en revanche, le refus du salarié de se soumettre à une mesure de mise à pied conservatoire prononcée à tort ne saurait légitimer son licenciement pour faute grave.
(Cass. soc., 12 octobre 2005, n° 03-43.935)

- **Durée de la mise à pied conservatoire.**

La mise à pied conservatoire peut être prononcée pour une durée déterminée. Tant qu'elle est notifiée dans l'attente de la décision de l'employeur dans la procédure de licenciement engagée, la mise à pied reste conservatoire. Peu importe qu'elle soit à durée déterminée ou non.

(Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.185)

Exemple :

- un salarié a été convoqué le 9 décembre à un entretien préalable au licenciement fixé au 12 décembre avec mise à pied conservatoire de trois jours. Il est finalement licencié pour faute grave le 9 janvier suivant. Invoquant la jurisprudence antérieure à cette décision selon laquelle une mise à pied conservatoire est nécessairement à durée indéterminée quelle que soit la qualification que lui donne l'employeur,
(Cass. soc., 16 janvier 2008, n° 06-41/69)
le salarié saisit les tribunaux afin que la mise à pied soit qualifiée de disciplinaire et obtenir ainsi des dommages et intérêts pour avoir été sanctionné deux fois pour les mêmes faits. Mais l'employeur obtient gain de cause devant la Cour de Cassation qui, revenant sur sa jurisprudence antérieure, n'exige plus que la mise à pied conservatoire soit prononcée pour une durée indéterminée.

Ce qui importe c'est que la mesure soit prononcée par l'employeur dans l'attente de sa décision dans la procédure de licenciement, et que cette procédure de licenciement soit précisément engagée dans le même temps.

- **Mise à pied conservatoire d'un salarié protégé.**

a) Principe.

En cas de faute grave et a fortiori de faute lourde commise par un représentant du personnel ou un représentant syndical, l'employeur peut prononcer une mise à pied conservatoire immédiate jusqu'à la décision de l'inspecteur du travail qui doit autoriser le licenciement. Durant cette période, le salarié n'a pas à être rémunéré.

“ En cas de faute grave, l'employeur peut prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé dans l'attente de la décision définitive ”.

(Code du Travail, art. L. 2421-3)

La mise à pied, qu'elle soit conservatoire ou disciplinaire, ne suspend pas le mandat de représentant du personnel. En conséquence, l'employeur doit laisser le salarié entrer et circuler librement dans l'entreprise pour y exercer son mandat, lui accorder son crédit d'heures de délégation, le convoquer aux réunions de son institution, etc.

(Cass. soc., 2 mars 2004, n° 02-16.554)

S'il s'oppose à l'exercice du mandat pendant la période de mise à pied, y compris s'il s'agit d'une mise à pied conservatoire, il commet un délit d'entrave et peut donc être poursuivi pénalement pour ce délit.

(Cass. crim., 11 septembre 2007, n° 06-82.410)

b) Formalités à accomplir.

L'employeur doit effectuer les formalités suivantes :

- s'il s'agit d'un Délégué Syndical, d'un salarié mandaté, d'un salarié inscrit sur la liste des conseillers du salarié, d'un conseiller prud'homme, d'un défenseur syndical, etc., l'employeur doit notifier à l'inspecteur du travail la mise à pied conservatoire dans les 48 heures de sa prise d'effet et lui demander l'autorisation de le licencier,
(Code du Travail, art. L. 2421-1 et L. 2421-2)
- en cas de litige, l'employeur devra être en mesure de prouver qu'il a bien effectué cette notification dans le délai,
(Cass. soc., 30 janvier 2008, n° 06-42.564)
- cette preuve doit être rapportée à peine de nullité de la mise à pied conservatoire,
(CE. 15 nov. 1996, n° 160601 : Cass. soc., 18 janvier 2017, n° 15-24.599)
- pour les autres représentants du personnel, l'employeur doit convoquer le Comité Social et Economique (anciennement Comité d'Entreprise) afin qu'il rende son avis, dans un délai de dix jours à compter de la date de la mise à pied, sur le licenciement envisagé, puis adresser la demande d'autorisation de licenciement à l'inspecteur du

travail dans les 48 heures suivant la délibération du CSE. En l'absence de CSE, la demande d'autorisation doit être présentée dans les huit jours de la mise à pied.

(Code du Travail, art. R. 2421-14)

c) Conséquences.

Si l'inspecteur du travail refuse l'autorisation de licenciement, la mise à pied conservatoire est annulée. Le salarié doit reprendre ses fonctions antérieures et a droit au versement de la rémunération correspondant à la période de suspension du contrat de travail.

(Cass. soc., 18 juillet 2000, n° 99-41.413)

L'employeur ne peut échapper au remboursement des salaires en prononçant une mise à pied disciplinaire pour la période couvrant celle de la mesure conservatoire. En effet, lorsque l'inspecteur du travail a refusé une autorisation de licenciement disciplinaire, l'employeur n'est pas autorisé à prendre une sanction autre.

(Cass. soc., 7 novembre 1990, n° 87-45.696)

Il a même été jugé que si le salarié était en grève pendant toute la durée de la mise à pied conservatoire, il a droit malgré tout au paiement des salaires correspondant à cette période. Pourtant, le principe veut que le salarié gréviste ne perçoive pas sa rémunération durant sa participation à un mouvement de grève. La Cour de Cassation considère néanmoins qu'en cas d'annulation de la mise à pied, les salaires doivent être remboursés, même s'il préexistait une autre cause justifiant leur non-paiement.

(Cass. soc., 17 décembre 2002, n° 00-40.633)

En tout état de cause, le fait de ne pas rétablir dans ses fonctions le salarié protégé mis à pied à titre conservatoire constitue une violation, par l'employeur, du statut protecteur et de ses obligations contractuelles, qui s'analyse en un licenciement nul.

(Cass. soc., 4 février 2004, n° 01-44.962)

Remarque :

Malgré le prononcé d'une mise à pied conservatoire, l'employeur peut renoncer au licenciement (avant même d'avoir saisi l'inspecteur du travail ou malgré l'autorisation de licenciement donnée par ce dernier). Dans ce cas :

- soit il renonce également à toute sanction et rembourse au salarié protégé le salaire correspondant à la partie de la mise à pied conservatoire déjà effectuée,
- soit il décide de prendre une sanction moindre telle qu'une mise à pied disciplinaire dont la durée et la période d'exécution pourront alors coïncider avec celle de la mise à pied conservatoire prononcée initialement. Cette pratique, admise par la Cour de cassation, permet d'échapper au remboursement des salaires.

(Cass. soc., 5 juillet 2006, n° 03-46.361)

A savoir :

L'employeur peut prendre d'autres mesures provisoires adaptées, destinées à garantir les intérêts de l'entreprise, dès lors qu'il n'en résulte pas une modification durable du contrat de travail sans l'accord du salarié.

(Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 10-24.227)

Tel est le cas par exemple d'une mise en disponibilité provisoire d'un salarié, avec maintien de la rémunération, dans l'attente de l'engagement d'une procédure disciplinaire, pour les besoins d'une enquête interne liée à la dénonciation de faits de harcèlement moral.

(Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-23.503)

4.6. Licenciement disciplinaire.

En choisissant de prendre pour sanction de la faute commise par le salarié une mesure de licenciement, c'est-à-dire de rupture unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, celui-ci se place sur l'échelle la plus grave des sanctions.

C'est d'abord l'employeur, détenteur du pouvoir disciplinaire, qui juge qu'un fait est fautif et décide de licencier le salarié pour faute. Il prend ainsi le risque d'une action prud'homale. C'est alors le Conseil de Prud'hommes qui, au final juge, s'il s'agissait ou non d'une faute.

C'est dire si l'appréciation de faits comme étant fautifs ou non est subjective; elle appartient au premier chef à l'employeur, qui prend la décision de licencier, et ensuite au Conseil de Prud'hommes et à la Cour d'Appel. Ainsi, pour des faits similaires, le salarié peut obtenir gain de cause en justice, dans un cas et pas dans un autre, devant le Conseil de Prud'hommes ou devant la Cour d'Appel, qui peuvent se contredire.

Remarque :

Pour une analyse plus détaillée de la rupture du contrat de travail, nous renvoyons le lecteur au document de cours sur le contrat de travail et sa rupture, édition 1.5., septembre 2018.

4.6.1. Définition du licenciement disciplinaire.

Le licenciement est disciplinaire lorsqu'il est prononcé par l'employeur en raison d'un comportement du salarié que l'employeur estime fautif.

Un licenciement disciplinaire n'est donc possible qu'en présence d'une ou de plusieurs fautes ou de comportements fautifs imputables au salarié.

Attention ! En se situant sur le terrain de la faute, l'employeur fait un choix définitif.

Autrement dit, si par erreur, il qualifie de faute ce qui ne l'est pas, une incompétence professionnelle par exemple, le licenciement sera automatiquement requalifié par le juge en licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec les conséquences attachées à cette requalification.

Ce jugement peut faire l'objet d'un appel. La Cour d'appel rejugera alors l'affaire et pourra soit confirmer soit réformer le jugement prud'homal.

4.6.2. Conditions requises.

Avant de procéder à un licenciement disciplinaire l'employeur devra vérifier que ce type de sanction lui est accessible. Plusieurs types de restrictions existent en fonction :

- de la qualification de la faute,
- de type de contrat,
- de la situation du salarié.

- **Qualification de la faute.**

Seules les fautes graves et lourdes autorisent la rupture du contrat de travail quelles que soient les circonstances et le type de contrat du salarié.

Pour la faute simple, avant d'entrer dans la voie de la rupture du contrat, l'employeur devra se demander si la nature du contrat et la situation du salarié permettent cette rupture :

Exemples :

- le contrat d'un salarié en CDD ne peut être rompu qu'en cas de faute grave ou lourde. Toute rupture pour un autre motif est automatiquement requalifiée par le juge en rupture abusive,
- le contrat d'une salariée en congé maternité est également soumis à des conditions de rupture spécifiques,
- le contrat d'un salarié protégé est lui aussi soumis à une procédure de rupture spécifique.

- **Type de contrat.**

Seul le CDI, Contrat à Durée Indéterminée, permet de rentrer dans la voie du licenciement disciplinaire sans aucunes conditions.

Pour tout autre type de contrat, l'employeur devra s'interroger sur les conditions d'applicabilité du licenciement disciplinaire lorsque l'on n'est pas en présence d'une faute grave ou d'une faute lourde.

- **Situation du salarié.**

De la même manière, avant de rentrer dans la voie du licenciement disciplinaire, l'employeur devra examiner si, bien que le salarié soit fautif, la situation dans laquelle il se trouve autorise le licenciement.

Si tel n'était pas le cas, l'employeur devrait revoir sa sanction pour en retenir une qui soit accessible, ou bien, procéder par étapes dans la mise en place de la sanction.

Attention !

L'employeur peut parfois être tenté par une qualification erronée de la faute pour pouvoir quand même procéder au licenciement du salarié.

Exemple : invoquer une faute grave pour rompre un CDD par anticipation.

Avant de choisir cette voie, l'employeur doit garder présent à l'esprit que **le contrôle du juge est strict**, et que les conséquences d'un tel choix sont loin d'être négligeables...

4.6.3. Respect d'une procédure stricte.

Si la sanction que l'employeur envisage de prononcer est le licenciement, l'employeur doit respecter la procédure propre au licenciement pour motif personnel.

Quel que soit le type de licenciement disciplinaire, le motif doit être réel, c'est-à-dire objectif et vérifiable. Il doit aussi être sérieux pour rendre le renvoi indispensable. Si ces conditions sont respectées, la procédure peut être engagée.

Dans ce cas, l'employeur doit :

- envoyer une convocation à un entretien préalable par lettre recommandée ou remise en main propre au salarié,
- l'entretien doit avoir lieu au-delà des cinq jours ouvrables qui suivent la présentation de la lettre,
- la décision de licenciement est envoyée au salarié :
- deux jours au moins après l'entretien par lettre recommandée avec accusé de réception,
- dans un délai maximal d'un mois.

Remarque :

Si le licenciement est effectif dès l'envoi de la notification, la durée du préavis, elle, débute dès la réception du courrier.

L'intérêt principal de l'entretien préalable au licenciement est de permettre au salarié de se défendre, de s'expliquer devant les faits qui lui sont reprochés et qui sont d'ailleurs indiqués par l'employeur. C'est la raison pour laquelle il peut se faire assister par un autre salarié ou un conseiller. Ce droit doit d'ailleurs être mentionné dans la lettre de convocation.

L'entretien a généralement lieu durant les heures et sur le lieu de travail. S'il a lieu en dehors du lieu de travail, l'employeur est tenu de payer les frais de déplacement du salarié. Dans le cas où le licencié ne peut s'y rendre, l'employeur peut continuer la procédure.

A savoir :

Jusqu'au 22 septembre 2017, le non-respect de cette procédure entraînait obligatoirement la requalification du licenciement disciplinaire en licenciement sans cause réelle et sérieuse, et le juge n'était même pas tenu d'examiner le dossier au fond.

Depuis le 22 septembre 2017, le non-respect de la procédure entraîne le versement d'une indemnité maximale d'un mois de salaire et le juge peut examiner le dossier au fond.

(Code du Travail, art. L. 1235-2)

5. Contentieux liés à la faute et à la sanction.

5.1. Les modes de défense du salarié.

Lorsque l'employeur engage une procédure de licenciement pour faute, le salarié ne peut s'y opposer. Il dispose cependant de la possibilité de se défendre. Elle s'exerce dès la tenue de l'entretien préalable à licenciement au cours duquel le salarié peut présenter à l'employeur des arguments de nature à l'amener à ne pas prendre la décision de le licencier.

Cependant, un tel revirement est en pratique assez rare. Le seul moyen de se défendre est d'engager une procédure prud'homale pour faire juger que le licenciement est dénué de cause réelle (ou nul dans certaines situations) et obtenir des dommages et intérêts liés au préjudice particulier qui lui est causé, notamment dans les cas d'une longue ancienneté, d'un âge avancé, de difficultés de réinsertion, de conditions vexatoires du licenciement, etc.

A noter le cas particulier de la salariée enceinte, qui, à compter du moment où elle a annoncé sa grossesse, ne peut être licenciée que pour faute grave. Dès lors, si elle reçoit une convocation à entretien préalable, elle peut déclarer sa grossesse et l'employeur qui entendait la licencier pour faute simple devra stopper la procédure.

Il faut également souligner que l'employeur ne peut licencier pendant la période de congé maternité ou pendant l'arrêt maladie pour accident du travail d'un salarié. Un tel licenciement est nul et le salarié peut demander sa réintégration. Dès lors, si un salarié dans cette situation reçoit une convocation à entretien préalable, il peut tenter d'obtenir de l'employeur qu'il stoppe la procédure. Si le licenciement est néanmoins prononcé, le salarié peut demander au Conseil de prud'hommes sa réintégration ou bien des dommages et intérêts pour licenciement nul.

Conclusion

Il est vivement recommandé au salarié de se faire assister lors de l'entretien préalable; en effet le conseiller pourra lui établir un compte rendu du rendez-vous, qui peut se révéler utile dans le cadre de la procédure prud'homale. Lors de l'entretien préalable, le salarié ne doit en aucun cas reconnaître des faits et n'est pas obligé de répondre et de s'expliquer. S'il est surpris par les reproches formulés, qu'il ne sait pas comment y répondre, il est préférable qu'il dise qu'il conteste et qu'il a besoin de temps pour réfléchir.

Enfin, lorsque le salarié se rend compte que l'employeur va engager une procédure de licenciement à son encontre, il doit réunir toutes les preuves de la situation, et des attestations de témoins afin d'être en mesure de présenter un dossier solide devant le Conseil de Prud'hommes.

5.2. Quelle juridiction saisir ?

Point important de la contestation d'une sanction, saisir la bonne juridiction. Toute erreur expose en effet le demandeur au risque de voir la personne atraite devant la juridiction saisie à en soulever l'incompétence.

Dans l'hypothèse où le juge ferait droit à cette requête, le demandeur à l'action devra donc ressaisir la bonne juridiction, avec le risque de devoir affronter une forclusion ou une prescription.

5.2.1. Juridictions civiles.

Si la sanction contestée concerne une faute civile, c'est tout naturellement le juge prud'homal que devra saisir le salarié. C'est en effet lui qui a compétence exclusive en matière d'exécution et de rupture du contrat de travail.

Mais attention, le Conseil de Prud'hommes n'est pas la seule juridiction compétente en matière civile. En particulier, lorsque la sanction concerne :

- la **modification et / ou la rupture du contrat de travail des représentants du personnel**. Le Tribunal Administratif est compétent si la sanction est un licenciement autorisé par l'Inspecteur du Travail,
- un **accident du travail**. Le Tribunal des Affaires de la Sécurité Sociale, TASS, est compétent en matière de reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur. En principe, au 1^{er} janvier 2019, les TASS seront supprimés, et le contentieux sera alors de la compétence des Tribunaux de Grande Instance, TGI,
- **grévist**es. Si la sanction est l'expulsion, la juridiction compétente est le TGI, si la sanction est le licenciement, la compétence reste aux Conseils de Prud'hommes,
- **épargne salariale**. Si la sanction concerne le bénéfice ou le calcul, la juridiction compétente est le TGI, si la sanction est le refus de paiement par l'employeur, la compétence reste aux Conseils de Prud'hommes,

Le justiciable doit donc, avant toute saisine, se demander si la juridiction devant laquelle il envisage de faire trancher le litige est bien la bonne. En cas de doute, il a tout intérêt à solliciter les conseils, et éventuellement l'aide, de personnes compétentes.

5.2.2. Juridictions pénales.

En matière de faute pénale, la juridiction compétente est le Tribunal Correctionnel, délits, ou bien la Cour d'Assises, crimes.

S'il s'agit de la faute du salarié, ce n'est bien évidemment pas lui qui saisira la juridiction pénale, mais plutôt l'employeur, soit par le biais d'un dépôt de plainte, simple ou avec constitution de partie civile. Tout au plus le salarié pourra-t-il exercer les voies de recours ouvertes si la décision rendue n'apparaît pas conforme à ses attentes.

S'il s'agit de la faute de l'employeur, la situation se trouve inversée, et c'est le salarié qui saisira la juridiction pénale, soit par le biais d'un dépôt de plainte, simple ou avec constitution de partie civile. Bien entendu, cette fois, c'est l'employeur qui pourra exercer les voies de recours qui lui sont ouvertes si la décision rendue n'apparaît pas conforme à ses attentes.

Enfin, si l'importance de la faute le justifie, par exemple un accident du travail avec dommages corporels importants, voir décès, la saisine de la juridiction pénale peut venir du Procureur de la République.

5.2.3. Double saisine.

Il est tout à fait possible pour un justiciable d'effectuer une double saisine, civile et pénale.

Il faut simplement garder présent à l'esprit que, lorsque la décision de la juridiction pénale est susceptible d'avoir un impact sur la décision à rendre par la juridiction civile, elle tient cette dernière " en l'état ", c'est-à-dire que la juridiction civile prendra une mesure de sursis à statuer tant que la décision pénale ne sera pas devenue définitive, c'est-à-dire, décision rendue et voies de recours épuisées.

5.3. Contestation d'une sanction disciplinaire.

Deux cas de figure vont se présenter en matière de sanction disciplinaire. Le salarié conteste :

- la faute et la sanction associée,
- uniquement la sanction.

Exemple :

- le salarié fait l'objet d'une sanction disciplinaire pour avoir stationné son véhicule sur un emplacement réservé. Il peut :
 - o soit contester la faute, et donc la sanction associée,
 - o soit admettre la faute mais contester la sanction prise.

5.3.1. Comment contester une sanction ?

- **Contestation “ amiable ”.**

Dans tous les cas, même à la suite d'un avertissement, le salarié a tout intérêt à présenter ses explications à l'employeur, par écrit ou par l'intermédiaire des représentants du personnel, et, lorsqu'il s'estime injustement sanctionné à demander l'annulation ou la modification de la sanction.

Dans certains cas, la saisie d'un médiateur sera possible.

- **Contestation judiciaire.**

Si le salarié estime avoir été injustement ou trop lourdement sanctionné, et lorsque toute tentative de solution amiable du litige a échoué, il peut saisir le juge, le plus souvent le Conseil de Prud'hommes (voir supra).

Celui-ci est, en effet, seul compétent pour apprécier la régularité de la procédure disciplinaire et pour décider si les faits reprochés au salarié justifient la sanction infligée.

Le Conseil peut annuler la sanction, sauf s'il s'agit d'un licenciement pour lequel d'autres règles sont applicables.

Si un doute subsiste, il profite au salarié.

5.3.2. Délai de prescription.

Au-delà des délais de prescription qui s'imposent à l'employeur pour sanctionner un fait qu'il estime fautif, il existe également des délais de prescription qui s'imposent au salarié pour contester la sanction qui lui a été infligée. En effet, une action en justice, qu'elle soit civile ou pénale, n'est plus recevable passé un certain délai que l'on appelle prescription.

Deux délais de prescription vont devoir être pris en compte en matière de contentieux lié à la faute en droit du travail et à la sanction associée, la prescription de droit commun et la prescription spécifique au droit du travail, lorsqu'elle existe. Enfin, il y aura lieu d'examiner si l'action judiciaire suspend ou non le délai de prescription.

Par ailleurs, il importe de ne pas confondre deux notions :

- la **forclusion**, qui est la durée limitée d'un droit d'action en particulier. L'absence d'action dans ce délai imparti emporte déchéance du droit d'agir.

- la **prescription**, qui, elle se réfère à un droit d'action en général.

A retenir

Délai de forclusion	Délai de prescription
Définition : durée limitée d'un droit d'action en particulier	Définition : se rapporte à un droit d'action en général
Sanctionné par une fin de non recevoir (CPC, art. 122)	Sanctionné par une fin de non recevoir (CPC, art. 122)
Conséquence : éteint un droit d'agir	Conséquence : éteint un droit d'agir
Insusceptible d'interruption et de suspension sauf exceptions (Code Civil, art. 2220, 2241 et 2244)	Susceptible d'interruption et de suspension (Code Civil, art. 2233 et suivants)
Ne peut pas être prolongé ni aménagé. Dans certains cas un relevé de forclusion est possible Exemple, L. 622-26 du C Com	Peut être prolongé en raison de la distance et éventuellement aménagé par le juge. Exemple CPC, art. 643
Le juge peut soulever la forclusion d'office (CPC, art. 125)	C'est au bénéficiaire d'invoquer la prescription, le juge ne peut pas la soulever d'office (Code Civil, art. 2247)

Il faut se souvenir que la forclusion et la prescription sont sanctionnées par le juge de la même manière, une fin de non-recevoir.

(CPC, art. 122)

Mais que :

- les **délais de prescription sont susceptibles d'interruption et de suspension, (Code Civil, art. 2233 et suivants)**
- les **délais de forclusion, non, (Code Civil, art. 2220)**
- sauf quelques exceptions.
(Code Civil, art. 2241 et 2244)

A savoir :

Le juge peut soulever la forclusion d'office.

(CPC, art. 125)

C'est au bénéficiaire d'invoquer la prescription, le juge ne peut pas la soulever d'office

(Code Civil, art. 2247)

- **Prescription de droit commun en droit civil.**

Originellement la prescription fixée par le Code Civil était trentenaire. Mais cette prescription de droit commun prévue par le Code Civil a fait l'objet d'une réforme dans le cadre de la Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

Suite à cette réforme, le délai de prescription de droit commun est passé de 30 à 5 ans. **Ce délai s'applique lorsque aucun texte ne spécifie une durée différente.** Le délai de prescription peut donc varier selon les cas.

Cas généraux de prescription :

Délai de prescription	Cas des actions en justice
5 ans (prescription de droit commun)	Actions personnelles. Actions mobilières.
10 ans	Dommmages corporels. Exécution d'une décision de justice
30 ans	Actions réelles immobilières. Réparation des dommages à l'environnement

- **Prescription spécifique au droit du travail.**

Passé un certain moment, de même qu'il n'est plus possible de sanctionner un salarié, il n'est plus possible ou de solliciter le Conseil de Prud'hommes pour trancher un litige. Il n'est pas inutile de faire le point sur les différents délais, pour être sûr d'être dans les temps.

a) Les longs délais.

- **exécution du contrat de travail : 2 ans.**
(Code du Travail, art. L. 1471-1)

Exemples : Requalification d'un CDD en CDI, contestation des conditions de travail, etc.

Point de départ : jour où le demandeur (celui qui saisit le Conseil de Prud'hommes) a connu ou aurait dû connaître les faits qu'il souhaite faire condamner.

- **rupture du contrat de travail : 12 mois.**
(Code du Travail, art. L. 1235-7 et L. 1471-1)

Point de départ : jour de la notification de la rupture.

Attention !

Ce délai a été réduit par les ordonnances du 22 septembre 2017 de 2 ans à 1 an

- **salaire : 3 ans.**
(Code du Travail, art. L. 3245-1)

Exemples : salaire non versé, salaire versé par erreur,

Point de départ : jour où le demandeur (celui qui saisit le Conseil de Prud'hommes) a connu ou aurait dû connaître les faits qu'il souhaite faire condamner.

- **remise des documents de fin de contrat : 2 ans.**
(Code du Travail, art. L. 1471-1)

Exemples : A l'issue de la rupture du contrat de travail, l'employeur est tenu de remettre le Certificat de travail, l'attestation ASSEDIC et le reçu de solde de tout compte au salarié 2 ans

Point de départ : à compter de la rupture du contrat de travail.

- **reconnaissance d'un accident de travail : 2 ans.**
(Code de la Sécurité Sociale, art. L. 431-2)

Exemples : L'employeur est tenu de déclarer l'accident de travail de ses salariés. En cas de carence de l'employeur, le salarié peut déclarer son accident de travail auprès de la CPAM compétente

Point de départ : jour de l'accident.

- **reconnaissance de la faute inexcusable : 2 ans.**
(Code de la Sécurité Sociale, art. L. 431-2)

Exemples : l'employeur qui ne respecte pas son obligation de sécurité et de résultat. L'employeur commet une faute inexcusable " *lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* ".

Point de départ : Jour de l'accident du travail ou connaissance de la maladie professionnelle.

- **discrimination : 5 ans.**
(Code du Travail, art. L. 1134-5)

Exemples : Refus d'embauche, de promotion ou licenciement en raison de la couleur de peau, des croyances, etc.

Point de départ : jour de la révélation de la discrimination.

- **harcèlements moral et sexuel : 5 ans.**
(Code de Procédure Pénale, art. 8)

Exemples : brimades, mises à l'écart, blagues à connotation sexuelle répétées, etc.

Point de départ : jour où le dernier fait constitutif de harcèlement a été commis.

- **dommages corporels subis lors du travail : 10 ans ou 20 ans**
(Code Civil, art. 2226) ⁷

Exemples : chutes, brûlures, etc.

Point de départ : jour de la consolidation du dommage initial ou aggravé

b) Les courts délais.

- **solde de tout compte 6 mois.**
(inventaire des sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail) :
(Code du Travail, art. L. 1234-20)

⁷ " *L'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, engagée par la victime directe ou indirecte des préjudices qui en résultent, se prescrit par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé.*

Toutefois, en cas de préjudice causé par des tortures ou des actes de barbarie, ou par des violences ou des agressions sexuelles commises contre un mineur, l'action en responsabilité civile est prescrite par vingt ans ". **(Code Civil, art. 2266)**

Explications : délai pendant lequel le solde de tout compte peut être dénoncé par le salarié.

Point de départ : réception du solde de tout compte

- **licenciement pour motif économique : 12 mois.**
(Code du Travail, art. L. 1235-7)

Explications : délai pendant lequel le salarié peut contester la régularité du licenciement pour motif économique.

A savoir !

Le délai doit être précisé dans la lettre de licenciement, à défaut la prescription est de 2 ans.

Point de départ : jour de la notification du licenciement.

- **convention de rupture conventionnelle et son homologation : 12 mois.**
(Code du Travail, art. L. 1237-14)

Explications : délai pendant lequel contester la convention ou son homologation

Point de départ : jour de l'homologation de la convention

- **contrat de sécurisation professionnelle : 12 mois.**
(Code du Travail, art. L. 1233-67)

Explications : délai pendant lequel contester la rupture d'un contrat résultant de l'adhésion à un contrat de sécurisation professionnelle

Point de départ : jour de l'adhésion au contrat de sécurisation professionnelle

- **Prescription en droit pénal.**

Bien que très peu utilisée en matière de contentieux prud'homal, il importe d'en avoir connaissance, ne serait-ce que parce que la faute pénale, qu'elle soit commise par l'employeur ou le salarié, est susceptible, suivant la formule consacrée, de " tenir le civil en l'état " dans la mesure où la faute pénale peut avoir des conséquences sur l'issue du procès prud'homal.

En droit pénal, la prescription varie en fonction de la qualification de l'incrimination. Il convient aussi de distinguer la prescription qui s'applique en matière de poursuites et celle qui s'applique pour l'exécution des peines.

A savoir.

Les délais de prescription pénale ont été modifiés par la Loi n° 2017-242 du 27 février 2017.

5.4. Charge de la preuve.

5.4.1. Rappel du principe.

Prouver c'est " établir, de manière irréfutable et au moyen de faits, de témoignages, de raisonnements, la vérité ou la réalité d'un fait ". La preuve en matière judiciaire sous-tend deux questions :

- la charge de la preuve,
- et le mode de preuve autorisé en justice.

La charge de la preuve en droit français repose par principe sur le demandeur qui doit amener les éléments au succès de sa prétention. Il n'est pas inutile de rappeler ici le principe posé par le Code Civil :

*" Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.
Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation "*.

(Code Civil, art. 1353)

Ce principe est repris par le Code de Procédure Civile :

" A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder ".

(CPC, art. 6)

5.4.2. Spécificité du droit du travail.

La preuve prud'homale présente, elle, la caractéristique d'être libre, " en matière prud'homale, la preuve est libre ".

(Cass. soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666, Bull. 2001, V, n° 108)

La jurisprudence a pris acte sur ce point de la fragilité du salarié face à l'employeur elle admet une certaine différence de traitement entre le salarié et l'employeur, afin de permettre à la partie faible de prouver ses prétentions.

Cependant tout n'est pas permis au royaume de la preuve, car face au principe de liberté de la preuve s'élève un autre principe celui de loyauté, reconnu, notamment, par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, et utilisé pour écarter les preuves illicites du procès, c'est-à-dire obtenues de façon contraires aux libertés individuelles (respect de la vie privée, dignité de la personne humaine...).

En matière de faute simple, le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, et au besoin par toute mesure d'instruction qu'il estime utile. **Si un doute subsiste il profite au salarié.** Cela signifie en théorie que la charge de preuve repose de façon équilibrée sur l'employeur et le salarié. En pratique, on remarque que le poids de la charge de la preuve est plus lourd sur l'employeur et qu'à preuves égales, le doute subsistant bénéficie au salarié.

La charge de la preuve incombe exclusivement au salarié demandeur dans deux situations bien spécifiques :

- **contestation par celui-ci de la mutation** dont il fait l'objet en application d'une clause de mobilité,
(Cass. soc., 23 février 2005, n° 04-45.463 et n° 03-42.018)
et par analogie à toute modification des conditions de travail,
(Cass. soc., 15 décembre 2006, n° 05-42.133)
- **requalification de sa prise d'acte** en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.
(Cass. soc. 19 décembre 2007, n°06-44.754)

Dans l'immense majorité des autres situations, dont la faute, **la charge de la preuve est partagée entre employeur et salarié.** De manière plus précise, la législation dispose que, en matière disciplinaire,

“ 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 sont 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 ”.

(Code du Travail, art. L. 1333-1)

En matière de **faute grave, c'est même à l'employeur, et à lui seul, de démontrer la réalité de la faute grave.**

(Cass. soc., 9 octobre 2001, n° 99-42.204)

5.5. Pouvoirs du juge en matière de sanction.

5.5.1. Annulation de la sanction par le juge.

Lorsque la sanction est jugée injustifiée ou disproportionnée par rapport à la faute, le juge dispose du pouvoir de l'annuler.

“ Le conseil de prud’hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise ”.

(Code du Travail, art. L. 1333-2)

Ce pouvoir s'exerce, **sauf s'il s'agit d'un licenciement.**

Cette annulation fait alors rétroactivement disparaître la sanction dans tous ses effets.

Exemple :

- un chef de service ayant 20 ans d'ancienneté est rétrogradé. La sanction est annulée, Il doit retrouver ses précédentes fonctions avec sa qualification antérieure et faire l'objet, si nécessaire, d'un rappel de salaire
(Cass. soc., 18 janvier 1995, n° 90-44.955)

La sanction annulée doit par ailleurs être retirée du dossier concernant le salarié. Elle ne peut, en aucun cas, être invoquée ultérieurement à l'appui d'une nouvelle sanction.

5.5.2. Réduction de la sanction par le juge.

Si le juge détient le pouvoir d'annuler une sanction disproportionnée à la faute commise, **il ne peut pas la modifier.**

La seule exception concerne les limites posées par le Règlement Intérieur ou la convention collective. En effet, si l'employeur n'a pas respecté les clauses qui s'imposent à lui (durée maximale d'une mise à pied par exemple), le juge peut ramener la sanction à celle fixée par le Règlement Intérieur ou la convention collective.

(Cass. soc., 27 février 1985, n° 83-44.955)

Dans tous les autres cas, c'est à l'employeur de voir s'il y a lieu de modifier la sanction.

5.5.3. Nouvelle sanction après une annulation.

La question se pose donc de savoir si, à la suite de l'annulation d'une sanction, il est possible de prendre une nouvelle sanction.

La réponse dépend des motifs retenus par le juge pour prononcer l'annulation :

- **si la sanction a été annulée pour “ disproportion ” à la faute commise**, l'employeur pourra en prononcer une autre moins sévère. L'annulation de la sanction laisse subsister la procédure antérieure. Autrement dit, l'employeur n'a pas à convoquer de nouveau le salarié à un entretien préalable. Il doit simplement notifier la sanction “ plus douce ” dans le délai d'un mois suivant la notification de la décision annulant la précédente sanction.
(Cass. soc., 4 février 1993, n° 88-42.599)
- **s'il s'agit d'une annulation pour sanction injustifiée**, aucune nouvelle mesure disciplinaire ne peut intervenir pour les mêmes faits, ceux-ci ayant été considérés comme inexistantes ou non fautifs.