

## - Introduction

### Introduction

Le droit disciplinaire s'applique à toute relation contractuelle régie par le droit privé. Il concerne toutes les entreprises, quel que soit leur effectif, peu important qu'elles soient ou non tenues d'élaborer un règlement intérieur. Tout salarié, quels que soient son statut et son ancienneté, même s'il est en période d'essai, y est soumis.

## - 1 DÉFINITION DU DROIT DISCIPLINAIRE

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

Le droit disciplinaire s'applique dans tous les cas où s'établit une relation contractuelle régie par le droit privé, entre un employeur et un salarié.

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

## - 2 ENTREPRISES VISÉES

Les dispositions consacrées au droit disciplinaire sont applicables dans les établissements des employeurs de droit privé (*C. trav., art. L. 1311-1*).

Selon une circulaire ancienne mais toujours d'actualité, les articles L. 1331-1 et suivants du Code du travail sont applicables « dans tous les cas où s'établit une relation contractuelle régie par le droit privé » (*Circ. DRT n° 5-83, 15 mars 1983*).

Sont notamment assujettis au droit disciplinaire :

- les entreprises ou établissements industriels et commerciaux, y compris les établissements publics à caractère industriel et commercial (*C. trav., art. L. 1311-1*) ;
- les entreprises ou établissements agricoles ;
- les offices publics et ministériels ;
- les professions libérales ;
- les sociétés civiles ;
- les syndicats professionnels ;
- les sociétés mutualistes ;
- les organismes de droit privé quels que soient leur objet et leur forme ;
- les services publics pour le personnel employé dans les conditions de droit privé (*C. trav., art. L. 1411-2*).

S'agissant des entreprises nationales sous statut, les dispositions d'ordre public des articles L. 1331-1 et L. 1332-1 et suivants du Code du travail relatives au droit disciplinaire s'appliquent aux salariés de ces entreprises dès lors qu'elles leur sont plus favorables que les dispositions statutaires (*Cass. soc., 17 déc. 1997, n° 95-40.816 P*).

Il s'agit des entreprises dont le personnel est soumis, non à une convention collective de droit privé, mais à un statut possédant la nature d'un acte administratif réglementaire (par exemple, la SNCF).

## - 3 ABSENCE DE SEUIL D'EFFECTIF

Le droit disciplinaire prévu aux articles L. 1331-1 et suivants du Code du travail s'applique à toutes les entreprises sans considération d'effectif, qu'elles soient ou non tenues d'élaborer un règlement intérieur, y compris dans l'hypothèse où un seul salarié est employé.

## - 4 SALARIÉS CONCERNÉS

### Tout salarié sous CDD ou CDI

Les dispositions légales ne prévoyant aucune exclusion, les articles L. 1331-1 et suivants du Code du travail sont applicables à tout salarié, quels que soient son ancienneté et son statut.

Aucune distinction n'est opérée selon la nature du contrat de travail, qu'il soit à durée indéterminée ou déterminée.

**ATTENTION** La rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée pour faute grave s'analyse comme une sanction et relève donc de la procédure disciplinaire des articles L. 1332-1 et suivants du Code du travail (Cass. soc., 11 avr. 1996, n° 93-42.632 P ; Cass. soc., 4 juin 2008, n° 07-40.126 P) et non à celle prévue aux articles L. 1232-2 et suivants relative au licenciement (Cass. soc., 25 oct. 2000, n° 98-43.760).

Un salarié en période d'essai peut également être sanctionné pour des fautes qu'il a commises.

Ainsi, l'employeur peut, pour fonder un licenciement disciplinaire, invoquer, même après l'expiration de la période d'essai, des fautes que le salarié aurait commises au cours de cette période, tant que les faits ne sont pas prescrits (Cass. soc., 3 déc. 2014, n° 13-19.815). Si la période d'essai est en cours et que sa rupture est justifiée par la faute du salarié, l'employeur a l'obligation de se placer sur le terrain disciplinaire et d'appliquer la procédure disciplinaire (Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750 P).

### Représentants du personnel

Les représentants du personnel sont soumis au pouvoir disciplinaire de l'employeur (CE, 10 mars 1997, n° 170.114).

L'employeur ne peut, en principe, sanctionner que les faits constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles. L'employeur ne peut donc pas sanctionner des faits qui concernent l'exercice du mandat représentatif (Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66.792 P ; Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 18-16.713).

Cependant, en cas d'abus de droit commis par le représentant du personnel dans l'exercice de ses prérogatives, l'employeur peut le sanctionner, voire le licencier lorsque son comportement, à l'occasion de l'exercice de son mandat, s'est situé en dehors des règles normales d'exercice de ses fonctions (Cass. crim., 25 mai 1982, n° 81-93.443 P ; Cass. crim. 28 mai 2013, n° 11-88.009 P).

Il en est ainsi d'un délégué syndical qui utilise des bons de délégation falsifiés pour justifier des retards répétés, ou encore d'un conseiller prud'homme qui opère, de manière répétée, des déclarations d'heures fictives de vacation au conseil de prud'hommes. Ces faits constituent un détournement de leur mandat dans le but de se soustraire aux obligations de présence résultant de leur contrat de travail, ainsi qu'un manquement à leur obligation de loyauté vis-à-vis de leur employeur de nature à justifier leur licenciement pour faute (CE, 17 avr. 1992, n° 89.834 ; CE, 29 janv. 2014, n° 357.287). L'abus est également constitué lorsqu'une représentante du personnel s'introduit de force dans le bureau d'un cadre dirigeant en provoquant une bousculade (Cass. soc., 23 oct. 2019, n° 17-28.429).

Comme pour les autres salariés, un agissement du salarié protégé intervenu en dehors de l'exécution de son contrat de travail, ne peut motiver un licenciement pour faute, sauf s'il traduit la méconnaissance par l'intéressé d'une obligation découlant de ce contrat (CE, 15 déc. 2010, n° 316.856 ; CE, 27 mars 2015, n° 368.855 ; CE, 27 mars 2015, n° 371.174). Tel est le cas s'agissant d'un représentant du personnel qui s'introduit, en dehors de ses heures de travail, dans la messagerie professionnelle d'une salariée, pour y détourner de la correspondance ayant explicitement un caractère personnel (CE, 10 juill. 2019, n° 408.644).

L'autorité administrative a l'obligation de s'assurer du respect de la procédure et de refuser l'autorisation de licenciement lorsque, notamment, la procédure a été engagée au-delà du délai prescrit (CE, 1<sup>er</sup> févr. 1995, n° 138.922).

**ATTENTION** Pour la chambre sociale, dès lors que le motif invoqué est tiré des activités syndicales du salarié et se rapporte à des faits commis pendant la période de protection dont bénéficie l'intéressé, le licenciement est nul (Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628 P).

→ **Pour en savoir plus**, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « La protection des représentants du personnel ».

### Travailleurs temporaires

S'agissant des travailleurs temporaires, l'entreprise utilisatrice ne peut pas prendre de sanction à leur encontre. Cette possibilité est en effet réservée à l'entreprise de travail temporaire avec laquelle ils sont liés par un contrat de travail et qui est seule détentrice du pouvoir disciplinaire (CE, 12 nov. 1990, n° 95.823). L'entreprise utilisatrice n'est, pour sa part, responsable que des conditions d'exécution du travail (C. trav., art. L. 1251-21).

## - Introduction

### Introduction

La sanction disciplinaire est la réponse de l'employeur à un agissement considéré par lui comme fautif. La faute peut trouver son fondement dans la violation d'une règle établie par un texte légal ou conventionnel. La qualification de la faute dépend de l'employeur, dont le pouvoir est toutefois encadré. Aucun fait fautif ne peut, à lui seul, donner lieu 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, sauf exception.

## - 5 UNE SANCTION SUBORDONNÉE À UNE FAUTE

La sanction disciplinaire prise par l'employeur suppose l'existence d'une faute du salarié (C. trav., art. L. 1331-1).

Cette faute préalable est déterminante puisqu'elle donne à la mesure prise par l'employeur sa qualification de sanction. Ainsi, le fait de changer un salarié de poste pour assurer le remplacement d'un absent n'est pas en soi une sanction au sens de la loi, mais elle peut l'être si elle fait suite à une réprimande sur la façon dont le poste précédent était tenu (Circ. DRT n° 5-83, 15 mars 1983).

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

## - 6 AUCUNE DÉFINITION ISSUE DU CODE DU TRAVAIL OU DE LA JURISPRUDENCE

Tant dans les articles du Code du travail consacrés au règlement intérieur que dans ceux traitant du droit disciplinaire, l'agissement fautif n'est pas défini. Le droit du travail se différencie sur ce point du droit pénal qui donne une définition de l'infraction et précise la peine la réprimant. L'article L. 1331-1 du Code du travail dispose simplement que la sanction est la conséquence « d'un agissement du salarié, considéré par l'employeur comme fautif ». Ce vide législatif s'explique par la nécessité d'appréhender la diversité des entreprises et leurs spécificités, la loi ne pouvant énumérer l'ensemble des fautes susceptibles de donner lieu à sanction.

La jurisprudence ne permet pas non plus de dégager une définition unique. En effet, les décisions rendues, les analyses jurisprudentielles sont fonction de chaque cas d'espèce.

L'Administration a tenté de cerner la notion d'« agissement fautif », définissant celui-ci comme un comportement « ne correspondant pas à l'exécution normale de la relation contractuelle », comportement qui doit en principe « se manifester par un acte positif ou une abstention de nature volontaire » (*Circ. DRT n° 5-83, 15 mars 1983*).

## - 7 EXÉCUTION ANORMALE DE LA RELATION CONTRACTUELLE

En se référant à « l'exécution normale de la relation contractuelle », la circulaire de 1983 semble cantonner la faute à la vie professionnelle. L'agissement fautif reproché au salarié doit être commis alors qu'il est sous le contrôle et l'autorité de l'employeur (obéissance aux ordres hiérarchiques, respect des horaires, obligation de pointer, etc.). En principe, seules les fautes professionnelles peuvent justifier le prononcé d'une sanction disciplinaire (*Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256 P ; Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-16.878*).

Cela ne veut toutefois pas dire que la faute disciplinaire ne peut pas intervenir en dehors du temps et du lieu strictement réservés au travail. Ainsi, un acte répréhensible peut être sanctionné alors qu'il est commis dans une annexe ou assimilée (cantine, parking, vestiaire, car de ramassage, etc.) et, d'une manière générale, dans tous les lieux où l'employeur exerce son autorité.

Si certains comportements de la vie personnelle peuvent rejaillir de manière fâcheuse sur l'entreprise, ils ne peuvent, en principe, donner lieu à sanction ni justifier un licenciement disciplinaire (*Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256 P ; Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150 P*). Ce principe connaît pourtant des tempéraments : la faute peut être retenue lorsque le comportement incriminé implique la violation d'une obligation née du contrat de travail (l'obligation de loyauté en particulier) ou peut se rattacher à la vie professionnelle (*voir n° 13*).

## - Introduction

### Introduction

L'agissement fautif du salarié peut trouver son fondement dans la violation d'une règle établie par un texte d'origine légale ou conventionnelle.

## - 8 NON-RESPECT D'UNE DISPOSITION LÉGALE

### Agissement fautif dans le Code du travail

S'il ne définit pas la faute en tant que telle, le Code du travail impose parfois un certain nombre d'interdictions dont le non-respect constitue une faute. Il en est ainsi, par exemple, de l'interdiction :

– de procéder à des agissements de harcèlement sexuel ou moral, le salarié qui en est l'auteur étant passible de sanctions disciplinaires (*C. trav., art. L. 1153-6 et art. L. 1152-5*). Les agissements de harcèlement sexuel constituent nécessairement une faute grave, quelle qu'elle soit l'attitude antérieure de l'employeur (*Cass. soc., 5 mars 2002, n° 00-40.717 P ; Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-46.517 P ; Cass. soc., 18 févr. 2014, n° 12-17.557 P*). En revanche, en cas de harcèlement moral, la faute grave n'est pas automatiquement caractérisée (*Cass. soc., 22 oct. 2014, n° 13-18.862 P*) ;

**ATTENTION** L'employeur qui sanctionne un salarié pour des faits de harcèlement ne peut se prévaloir du régime probatoire aménagé par l'article L. 1154-1 du Code du travail en faveur des victimes de harcèlements (*Cass. soc., 7 févr. 2012, n° 10-17.393 P ; CE, 10 déc. 2014, n° 362.663*).

– de consommer des boissons alcoolisées autres que le vin, la bière, le cidre et le poiré sur le lieu de travail (*C. trav., art. R. 4228-20*). L'état d'ébriété d'un salarié sur le lieu de travail, qui n'a pas eu de précédent et qui n'a eu aucune répercussion sur la qualité du travail ni sur le fonctionnement normal de l'entreprise, peut cependant ne pas caractériser une faute grave, compte tenu de l'ancienneté du salarié (*Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-30.162 P*) ;

**ATTENTION** Pour vérifier l'état d'ébriété d'un salarié, l'employeur peut recourir à un alcootest, à condition que le règlement intérieur le prévoit. Il doit alors impérativement respecter les modalités et conditions fixées par ce règlement, faute de quoi la sanction prise sera infondée (*Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-13.757*).

– de fumer sur le lieu de travail (*C. sant. publ., art. L. 3512-8*) ou de vapoter dans les lieux de travail fermés et couverts à usage collectif (*C. sant. publ., art. L. 3513-6*). Suivant les circonstances, la violation de l'interdiction de fumer pourra être sanctionnée par un licenciement pour faute grave (*Cass. soc., 16 oct. 2013, n° 12-19.670*). Mais selon certaines décisions, elle ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement (*Cass. soc., 31 mars 2010, n° 08-45.544*).

### Infractions pénales

#### Faute et infraction

Dans certains cas, les faits reprochés au salarié peuvent non seulement constituer un comportement fautif aux yeux de l'employeur mais également une infraction réprimée par le Code pénal. Il en est ainsi notamment de l'escroquerie, du vol, de la conduite en état d'ébriété, de l'abus de confiance, etc. À la différence du Code du travail, le Code pénal définit les infractions qu'il réprime. Il précise ainsi les éléments (légal, matériel et moral) dont la réunion est indispensable pour que l'infraction puisse légalement être constituée.

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

**À NOTER** L'employeur qui a connaissance de faits répréhensibles au plan pénal et susceptibles de faire l'objet d'une sanction disciplinaire, peut procéder à une enquête interne et recueillir les explications du salarié (*Cass. soc., 28 févr. 2018, n° 17-81.929 P* : concernant un vol en entreprise).

#### Faits commis à l'occasion de l'exécution du contrat de travail

##### → Condamnation pénale

Si les faits répréhensibles ont été commis dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, ils peuvent donner lieu à sanctions.

En effet, dès lors que les faits invoqués sont considérés comme établis par le juge pénal, le juge civil, tenu par cette décision, peut considérer le licenciement fondé sur ces mêmes faits comme reposant sur une cause réelle et sérieuse ou une faute grave (*Cass. soc., 6 juill. 1999, n° 96-40.882 P*). L'existence d'une condamnation pénale ne caractérise cependant pas automatiquement une faute grave (*Cass. soc., 3 mars 2004, n° 02-41.583*). Il peut même arriver que l'employeur ne puisse s'en prévaloir s'il est lui-même à l'instigation des agissements ayant donné lieu à condamnation (*Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09-65.369*).

Quand le tribunal correctionnel reconnaît l'intention dolosive d'une salariée ayant volé son employeur, même si ce délit de vol comporte un élément intentionnel, il n'implique pas, en lui-même, l'intention de nuire à l'employeur, intention qui est nécessaire pour caractériser une faute lourde (*Cass. soc., 26 oct. 2004, n° 02-42.843*).

##### → Relaxe pénale

En application du principe de l'autorité au civil de la chose jugée au pénal, si les faits donnant lieu à poursuite pénale sont écartés par la juridiction pénale au motif qu'ils ne sont pas établis, ils ne pourront, à eux seuls, donner lieu à sanction.

A ainsi été déclaré sans cause réelle et sérieuse, le licenciement :

d'un gérant de société auquel il était reproché d'avoir commis, dans le cadre de son activité, des faits de blanchiment d'argent, de faux et usage de faux et d'abus de biens sociaux pour lesquels il a été relaxé (*Cass. soc., 19 oct. 2010, n° 09-41.687*) ;  
d'un salarié pour infraction de faux en écriture alors qu'il a été relaxé par décision de la juridiction pénale (*Cass. soc., 12 janv. 2012, n° 10-19.611*).

Dans ces affaires, les faits allégués par l'employeur à l'appui du licenciement étaient identiques à ceux portés à la connaissance du juge pénal : la relaxe a, dans ce cas, un effet automatique et rend le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse (*Cass. soc., 12 oct. 2016, n° 15-19.620*).

Toutefois, une relaxe pénale n'emporte pas forcément une absence de motif réel et sérieux de licencier ou de sanctionner. En effet, la décision du juge pénal ne s'impose aux juridictions civiles qu'en ce qui concerne la réalité de l'infraction pénale et son imputabilité au salarié. Les faits ayant donné lieu à relaxe peuvent justifier une sanction s'ils caractérisent, indépendamment de toute autre qualification éventuelle, un manquement professionnel distinct de la faute pénale. Ainsi, la relaxe pour chef de complicité de vol ne prive pas de cause réelle et sérieuse un licenciement fondé sur le non-respect du règlement intérieur relatif à l'interdiction de sortie de matériels de l'entreprise (*Cass. soc., 9 avr. 2008, n° 07-40.880, voir aussi : Cass. soc., 28 mai 2013, n° 12-12.681*).

De même, le droit à la présomption d'innocence, propre au droit pénal, n'exclut pas la possibilité de rompre le contrat de travail pour motif disciplinaire, dès lors que les faits fautifs sont établis au sein de l'entreprise et que l'employeur peut en justifier (*Cass. soc., 13 déc. 2017, n° 16-17.193 P*).

Pour que la décision rendue par le juge pénal s'impose au juge civil, il faut qu'elle ait autorité de la chose jugée. Tel n'est pas le cas d'un classement sans suite, qui émane du procureur de la République (*Cass. soc., 20 nov. 2001, n° 99-45.756*). Ainsi, un conseil de prud'hommes peut juger qu'un licenciement suite à des faits de vol est justifié, en dépit d'un classement sans suite, si l'employeur apporte des éléments permettant d'établir la réalité des faits (*Cass. soc., 19 févr. 2014, n° 13-14.247*). Il en est de même d'une ordonnance de non-lieu (*Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2011, n° 09-41.468*).

#### Faits commis hors du travail

Un fait imputé au salarié ne peut constituer une faute dès lors qu'il relève de sa vie personnelle, y compris s'il s'agit d'une infraction pénale (*Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256 P* ; *Cass. soc., 29 sept. 2014, n° 13-18.344*).

Cependant, si l'infraction pénale commise dans le cadre de la vie personnelle du salarié constitue un manquement à une obligation découlant de son contrat de travail, alors elle peut donner lieu à sanction (*Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464 P* ; *Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-16.878* ; *Cass. soc., 6 oct. 2015, n° 14-16.627*).

**ATTENTION** 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 de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant du contrat de travail et ne peut justifier un licenciement disciplinaire (*Cass. soc., 3 mai 2011, précité*). Le salarié peut en revanche être licencié au motif qu'il se trouve dans l'impossibilité de remplir les missions inhérentes à sa fonction (*Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-22.117*).

En revanche, le fait tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement s'il crée un trouble caractérisé et certain dans l'entreprise : tel est le cas lorsque la publicité donnée à la condamnation du salarié a désorganisé le service au sein duquel il travaillait, a

contraint l'employeur à intervenir pour prévenir la propagation de rumeurs sur le sujet et qu'une cellule psychologique a dû être mise en place au sein de l'entreprise compte tenu de l'émotion suscitée par les faits (*Cass. soc.*, 26 sept. 2012, n° 11-11.247). Le trouble n'est en revanche pas caractérisé s'agissant d'un salarié placé en garde à vue, à la suite de laquelle il a fait l'objet d'un arrêt de travail d'une semaine (*Cass. soc.*, 16 sept. 2009, n° 08-41.837). Le trouble objectif, dès lors qu'il est caractérisé, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, mais non une faute (*voir* n° 13).

## - 9 NON-RESPECT DE DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES

La discipline ne relève pas de l'objet des accords ou des conventions collectives prévues par le Code du travail. Cependant, certaines conventions collectives étendues comportent un chapitre ou un article consacrés à la discipline : sanctions, procédure disciplinaire, manquements aux règles professionnelles et disciplinaires, cas constitutifs de faute grave, voire lourde, justifiant le licenciement immédiat.

La convention ou l'accord collectifs peuvent notamment imposer des obligations aux salariés, dont le non-respect constitue alors une faute. Toutefois, une telle qualification ne saurait lier les tribunaux en cas de contentieux individuel (*Cass. soc.*, 6 mai 1998, n° 96-40.951 P).

Une convention collective ne peut pas non plus instituer un cas de responsabilité pécuniaire du salarié, susceptible de faire échec à l'application de l'article L. 1331-2 du Code du travail.

## - 10 VIOLATION DU RÈGLEMENT INTÉRIEUR

### Principe

Si les articles L. 1331-1 et suivants du Code du travail sur le droit disciplinaire s'appliquent à toutes les entreprises, dans les entreprises qui sont tenues d'avoir un règlement intérieur, celui-ci constitue le principal support du droit disciplinaire.

L'établissement du règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises ou établissements où sont employés au moins 50 salariés (*C. trav.*, art. L. 1311-2).

Ce seuil de 50 salariés s'applique depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020 : auparavant, l'obligation de mettre en place un règlement intérieur s'appliquait aux entreprises ou établissements employant au moins 20 salariés (*L. n° 2019-486, 22 mai 2019, JO 23 mai*).

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

Pour que le règlement intérieur puisse produire effet, l'employeur doit avoir accompli les diligences prévues à l'article L. 1321-4 du Code du travail. L'employeur ne peut donc pas reprocher à un salarié un manquement aux obligations édictées par le règlement intérieur s'il ne justifie pas avoir préalablement consulté le comité social et économique, communiqué le règlement à l'inspecteur du travail et procédé aux formalités de dépôt et de publicité (*Cass. soc.*, 9 mai 2012, n° 11-13.687 P ; *Cass. soc.*, 4 nov. 2015, n° 14-18.574 ; *Cass. soc.*, 6 mars 2017, n° 15-26.356).

→ **Pour en savoir plus**, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Le règlement intérieur ».

### Règles générales et permanentes de discipline

La notion de permanence ne semble pas poser, en pratique, de difficultés d'interprétation : les règles contenues dans le règlement intérieur doivent être des règles applicables de manière constante.

Quant au caractère général, il n'exclut pas des dispositions spécifiques à certaines catégories de salariés. En effet, « des dispositions spéciales peuvent être établies pour une catégorie de personnel ou une division de l'entreprise ou de l'établissement » (*C. trav.*, art. L. 1311-2).

La notion de discipline renvoie à des règles « nécessaires à assurer la coexistence entre les membres de la communauté de travail et à atteindre l'objectif économique pour lequel cette communauté a été créée » (*Circ. DRT n° 5-83, 15 mars 1983*).

N'a pas un caractère disciplinaire et ne peut donc pas figurer dans le règlement intérieur :

- une clause exonérant la direction de toute responsabilité en cas de vol dans les vestiaires (*CE, 26 nov. 1990, n° 96.565*) ;
- une clause relative à l'obligation d'effectuer des heures supplémentaires (*CE, 9 oct. 1987, n° 72.220*).

Seules les clauses édictant une obligation ou une interdiction précises en ce qui concerne l'exécution de la prestation de travail, et dont le non-respect expose à l'application de sanctions, entrent dans le cadre légal.

### Énumération des fautes

Le règlement intérieur doit contenir la nature et l'échelle des sanctions applicables (*C. trav.*, art. L. 1321-1). Pour être prononcées, les sanctions disciplinaires doivent en effet être prévues par le règlement intérieur (*Cass. soc.*, 23 mars 2017, n° 15-23.090 P).

En revanche, il n'existe pas d'obligation pour l'employeur de faire figurer une échelle des fautes dans le règlement intérieur. S'il le fait, il doit décider si la liste des incriminations est ou non limitative. Le juge pourra écarter l'application d'une disposition du règlement qui porte des restrictions injustifiées aux libertés individuelles des salariés (*Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> juin 1994, n° 91-40.695 ; *CE, 12 nov. 2012, n° 349.365*).

Le règlement intérieur ne peut pas non plus énoncer de clauses contraires aux lois et règlements (*Cass. soc.*, 9 juin 1993, n° 89-41.476 P : pour une sanction pécuniaire, par exemple).

Comme nous le verrons dans la partie consacrée au contrôle judiciaire (*voir n° 101 et s.*), les juges ne sont pas liés par la qualification des faits fautifs donnée par le règlement intérieur. Il leur incombe d'apprécier si le manquement à une règle de discipline prévue par ce document constitue ou non une faute (*Cass. soc., 2 mai 2000, n° 97-44.091 P.*)

## - 11 FAUTES DISCIPLINAIRE ET CONTRACTUELLE

La procédure disciplinaire visée aux articles L. 1331-1 et L. 1332-1 à L. 1332-3 du Code du travail doit-elle s'appliquer dans la seule hypothèse où la faute implique un élément intentionnel ou, plus largement, lorsque l'employeur entend prendre une mesure à la suite d'un agissement fautif du salarié ? Ces articles évoquent, sans autre précision, un « agissement du salarié, considéré par l'employeur comme fautif ». Ils ne s'opposent donc pas à une définition étendue de la faute.

L'Administration a d'ailleurs donné à la notion de « faute » une conception particulièrement large, recouvrant les fautes consistant en l'inexécution ou à la mauvaise exécution du contrat de travail (*Circ. DRT n° 5-83, 15 mars 1983*).

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

## - 12 FAUTES COMMISES À L'OCCASION DU TRAVAIL

### Exemples

L'étude de la jurisprudence permet notamment de citer comme agissements fautifs :

- l'abandon de poste,
- les absences,
- l'alcoolisme et l'ivresse,
- les critiques et les dénigrements,
- les dégradations de matériel,
- les infractions à la sécurité,
- l'insubordination,
- les violences, menaces et injures,
- les vols.

Cette liste n'est pas limitative (*voir tableaux jurisprudentiels des fautes ayant donné lieu à sanction ou licenciement, p. 31 et s.*).

### Cas particulier de l'insuffisance professionnelle

Le vocable « insuffisance professionnelle » recouvre des termes aussi variés qu'inaptitude, incompetence, incapacité, etc., et consiste, de manière générale, en l'inaptitude du salarié à exécuter son travail de façon satisfaisante. Le licenciement prononcé pour incompetence ou insuffisance professionnelle échappe au droit disciplinaire (*Cass. soc., 19 juin 2002, n° 00-43.602 ; Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 11-22.449*). L'insuffisance professionnelle n'a pas, en effet, un caractère fautif, mais elle peut justifier un licenciement pour motif personnel (*Cass. soc., 11 mars 2008, n° 07-40.184*).

En revanche, des erreurs professionnelles dues à la mauvaise volonté délibérée du salarié et non à son insuffisance professionnelle constituent une faute, éventuellement grave (*Cass. soc., 23 juin 2010, n° 09-40.073*). Autrement dit, l'insuffisance professionnelle n'est pas en soi constitutive d'une faute, mais peut justifier une sanction si elle découle d'un comportement fautif de l'intéressé.

→ **Pour en savoir plus**, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Le licenciement pour motif personnel ».

## - 13 FAUTES COMMISES HORS TEMPS ET LIEU DE TRAVAIL

### Interdiction de sanctionner un fait de la vie personnelle

Aux termes de l'article 9 du Code civil, « chacun a droit au respect de sa vie privée ». La Cour de cassation applique strictement le principe du respect de la vie privée du salarié. Elle exclut en effet du champ d'application du droit disciplinaire les faits relevant de la vie personnelle du salarié. Autrement dit, elle considère qu'un fait imputé au salarié ne peut constituer une faute dès lors qu'il relève de sa vie personnelle, l'employeur étant présumé ne pas intervenir dans la vie extraprofessionnelle du salarié (*Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256 P.*). Ainsi une personne qui tient des propos injurieux et offensants à l'égard de son employeur, dans le cadre d'un groupe Facebook fermé accessible uniquement à 14 personnes, ne peut être sanctionnée car ces propos relèvent d'une conversation de nature privée (*Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-11.690 P.*).

Par ailleurs, la vie personnelle peut subsister, au moins en partie, dans l'entreprise, sur le lieu et sur le temps de travail, notamment par le biais du secret des correspondances. L'employeur ne peut prendre connaissance hors de la présence du salarié, des messages identifiés comme personnels sur l'ordinateur mis à sa disposition pour son travail. Il ne peut pas plus accéder à une messagerie personnelle installée sur l'ordinateur professionnel du salarié, laquelle est protégée par le secret des correspondances (*voir n° 19*).

Néanmoins, sous réserve que la preuve en soit rapportée, peut reposer sur une cause réelle et sérieuse, voire une faute grave, le licenciement d'un salarié qui :

utilise la messagerie électronique que l'employeur met à sa disposition pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, un courriel contenant des propos antisémites (*Cass. soc., 2 juin 2004, n° 03-45.269 P*) ;  
 passe des appels téléphoniques répétés, pendant le temps et sur le lieu de travail, à destination du poste professionnel d'un autre salarié qui se plaint de harcèlement du fait de ces appels (*Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-21.057*) ;  
 se connecte à de très nombreuses reprises à des sites extraprofessionnels, tels que des sites de voyage ou de tourisme, de comparaison de prix, de marques de prêt-à-porter, de sorties, de réseaux sociaux, à raison de plus de 10 000 connexions sur moins de trois semaines (*Cass. soc., 26 févr. 2013, n° 11-27.372*).

À l'inverse, il a été jugé qu'un salarié qui avait utilisé son ordinateur professionnel pour télécharger des fichiers volumineux à titre personnel n'était pas fautif dès lors que l'employeur ne prouvait pas l'illicéité des fichiers téléchargés ni l'existence d'un piratage (*Cass. soc., 25 oct. 2017, n° 16-11.173 P*).

### Manquement à une obligation découlant du contrat de travail

Un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire s'il constitue un manquement à une obligation découlant du contrat de travail (*CE, 5 déc. 2011, n° 337.359* ; *Cass. soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915 P*).

Même en l'absence de dispositions spécifiques dans le contrat de travail, le salarié est en effet tenu, en dehors des lieux et temps de travail, à certaines obligations générales qui découlent du contrat de travail. Le manquement à ces obligations constitue une faute qui peut justifier une sanction (*Cass. soc., 21 oct. 2003, n° 01-44.761 P*).

En revanche, à défaut d'établir un tel manquement aux obligations professionnelles du salarié, une sanction ne peut être fondée sur un fait de la vie personnelle.

Constitue un manquement aux obligations découlant du contrat de travail et caractérise une faute professionnelle pouvant justifier un licenciement pour faute grave :

le fait pour un salarié qui appartient au « personnel critique pour la sécurité » de consommer des drogues dures pendant des escales entre deux vols et d'être sous l'influence de produits stupéfiants pendant l'exercice de ses fonctions, donc de faire courir un risque aux passagers (*Cass. soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915 P*) ;

le fait pour un salarié, dont les fonctions le mettent en contact permanent avec des mineurs, d'avoir imprimé avec le matériel mis à sa disposition par l'employeur, 929 photographies à caractère pédopornographique qui ont été découvertes dans le logement de fonction qu'il occupait dans l'enceinte du centre (*Cass. soc., 8 nov. 2011, n° 10-23.593*).

En revanche, le fait d'avoir détourné des fonds au profit d'une association qui n'est pas son employeur, quand bien même cette association a son siège dans les locaux de la société qui l'emploie, ne constitue pas un manquement à ses obligations professionnelles et ne peut justifier un licenciement (*Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256 P*).

Le salarié est tenu en particulier à :

l'obligation d'exécuter le contrat de travail de bonne foi (*Cass. soc., 21 sept. 2006, n° 05-41.155 P*) ;

l'obligation de sécurité à l'égard des autres salariés (*Cass. soc., 10 nov. 2016, n° 15-19.736*) ;

l'obligation de discrétion et de secret professionnel. Mais en l'absence de manquement à l'obligation contractuelle de confidentialité, l'exercice par une secrétaire médicale d'une activité de voyante tarologue relève de la vie privée de la salariée et ne peut constituer une faute, quand bien même elle avait accès à des dossiers confidentiels (*Cass. soc., 21 oct. 2003, n° 01-44.761 P*) ;

l'obligation de loyauté. Un manquement à l'obligation de loyauté est caractérisé lorsqu'un salarié utilise les outils informatiques pour accéder à la messagerie professionnelle d'un collègue et y consulter des messages à caractère personnel (*CE, 10 juill. 2019, n° 408.644*). Il en est de même lorsque le salarié masque à son employeur une mise en examen en rapport avec ses activités professionnelles (*Cass. soc., 29 sept. 2014, n° 13-13.661 P*). L'atteinte à l'obligation de loyauté a également été caractérisée s'agissant de salariés d'un réseau de professionnels de santé, qui avaient falsifié des factures personnelles pour obtenir des remboursements de frais de santé induits, auprès de l'organisme d'assurance complémentaire santé avec lequel leur employeur avait contracté, au détriment de clients professionnels du réseau (*Cass. soc., 16 janv. 2019, n° 17-15.002*) ;

l'obligation de non-concurrence. L'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté, qui subsiste pendant la durée de cet arrêt. Pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail, doit causer préjudice à l'employeur ou à l'entreprise (*Cass. soc., 12 oct. 2011, n° 10-16.649 P* ; *Cass. soc., 16 oct. 2013, n° 12-15.638*). Tel est le cas de l'exercice, pendant un arrêt maladie ou pendant les congés payés, d'une activité professionnelle pour le compte d'une société concurrente (*Cass. soc., 28 janv. 2015, n° 13-18.354* ; *Cass. soc., 5 juill. 2017, n° 16-15.623 P*).

En revanche, ne constitue pas un préjudice le seul fait que l'employeur verse au salarié en arrêt maladie des indemnités complémentaires aux allocations journalières de la sécurité sociale (*Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-10.017 P*).

### Faits se rattachant à la vie professionnelle

La distinction entre vie personnelle et professionnelle n'est pas toujours évidente.

Ainsi, des faits commis hors temps de travail, mais au sein de l'entreprise, relèvent non de la vie personnelle du salarié, mais concernent sa vie professionnelle et peuvent donc justifier un licenciement disciplinaire (*Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-43.823 P* ; *Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-45.121*).

Le lien avec la vie professionnelle peut également être caractérisé bien que les faits aient lieu en dehors du temps de travail et du lieu de travail : un salarié qui tient des propos à caractère sexuel et a des attitudes déplacées à l'égard de personnes avec lesquelles il est en contact en raison de son travail, ou qui abuse de son pouvoir hiérarchique dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles même si les agissements ont lieu en dehors du temps et du lieu de travail, peut être sanctionné, ces faits ne relevant pas de sa vie personnelle (*Cass. soc., 19 oct. 2011, n° 09-72.672 P* ; *Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-12.930 P*). Même raisonnablement pour un salarié qui, en dehors du temps de travail, profère des menaces sur le téléphone personnel d'une subordonnée, en menaçant de la détruire de façon très professionnelle et de faire circuler des bruits sur elle (*Cass. soc., 10 nov. 2016, n° 15-19.736*).

De même, se rattachent à la vie de l'entreprise :

les menaces, insultes et comportements agressifs à l'égard des collègues ou supérieurs hiérarchiques du salarié à l'occasion d'un séjour organisé par l'employeur (*Cass. soc.*, 8 oct. 2014, n° 13-16.793 P), ou proférés sur la voie publique devant d'autres salariés de l'entreprise (*Cass. soc.*, 16 sept. 2015, n° 14-16.376) ; le fait pour un salarié de dérober le téléphone portable d'une cliente à la fin de la journée de travail (*Cass. soc.*, 26 juin 2013, n° 12-16.564).

### Licenciement non disciplinaire pour trouble objectif

Si un élément tiré de la vie personnelle du salarié ne peut en principe constituer une faute motivant la rupture du contrat de travail, il peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement en raison des répercussions sur l'entreprise. Ainsi, la Cour de cassation a retenu que, s'il est interdit à l'employeur de licencier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs et de ses convictions religieuses, « il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière » (*Cass. soc.*, 17 avr. 1991, n° 90-42.636 P).

L'employeur qui entend congédier un salarié pour un motif issu de sa vie personnelle doit donc se prévaloir d'un trouble caractérisé dans son entreprise, provoqué par le fait du salarié. En revanche, il ne s'agira pas d'un licenciement disciplinaire mais d'un licenciement pour motif personnel (*Cass. ch. mixte*, 18 mai 2007, n° 05-40.803 P ; *Cass. soc.*, 9 mars 2011, n° 09-42.150 P).

Pour déterminer si le licenciement est fondé ou non, les juges s'intéressent, d'une part, au comportement et aux fonctions du salarié et, d'autre part, à la finalité propre de l'entreprise et au trouble s'étant produit en son sein.

Constitue ainsi un trouble objectif justifiant un licenciement non disciplinaire le comportement personnel du salarié qui, occupant les fonctions de directeur de deux foyers de travailleurs migrants, chargé de l'encaissement des redevances locatives pour l'association, a cessé depuis près de 14 mois de régler ses propres loyers, malgré des rappels et des procédures contentieuses (*Cass. soc.*, 11 avr. 2012, n° 10-25.764).

En revanche, ne constitue pas un trouble objectif susceptible de justifier un licenciement le fait pour un salarié :

travaillant dans une banque, d'être constamment endetté, en dépit d'engagements pris envers son employeur (*Cass. soc.*, 16 déc. 1998, n° 96-43.540 P) ;

d'acheter un véhicule d'une marque autre que celle commercialisée par l'employeur (*Cass. soc.*, 22 janv. 1992, n° 90-42.517 P) ; d'une société d'autoroute, d'avoir participé à une manifestation publique piétonne sur l'autoroute (*Cass. soc.*, 23 mai 2007, n° 05-41.374 P) ;

d'avoir organisé une sortie nocturne au cours d'un séminaire, pendant laquelle un incident est survenu, dans la mesure où la qualité du travail réalisé le lendemain n'avait pas été affectée par l'absence ou la fatigue des salariés (*Cass. soc.*, 18 oct. 2017, n° 16-15.030).

## - 14 DÉFINITIONS

La jurisprudence distingue quatre types de faute.

### Faute légère

La faute légère n'est pas de nature à rendre impossible le maintien des relations contractuelles. En raison de sa faible importance, elle ne constitue pas un motif réel et sérieux de licenciement mais autorise l'employeur à prendre une sanction disciplinaire moins grave.

### Faute simple

De son côté, la faute simple (ou sérieuse) rend impossible toute continuation de l'exécution du contrat de travail, sans pour autant nécessiter sa rupture immédiate et priver le salarié de son droit à préavis et à indemnité de rupture.

### Faute grave

Elle résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations découlant du contrat de travail, d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du contrat pendant la durée du préavis (*Cass. soc.*, 5 déc. 2007, n° 06-41.313 P). Si l'employeur accorde au salarié un préavis ou ne notifie pas une rupture immédiate du contrat, il ne peut pas ensuite revendiquer l'existence d'une faute grave (*Cass. soc.*, 5 déc. 2007, n° 06-41.313 P ; *Cass. soc.*, 17 avr. 2013, n° 12-11.527).

Le fait pour l'employeur de verser une indemnité compensatrice de préavis ne conduit pas automatiquement à écarter la faute grave, dès lors que le salarié n'exécute pas le préavis (*Cass. soc.*, 2 févr. 2005, n° 02-45.748 P ; *Cass. soc.*, 27 sept. 2007, n° 06-43.867 P).

L'employeur ne peut pas se prévaloir d'une faute grave à l'encontre d'un salarié auquel il reproche des faits qu'il a auparavant tolérés (*Cass. soc.*, 10 mai 2012, n° 11-11.060 ; *Cass. soc.*, 15 janv. 2014, n° 12-26.951).

La faute grave est nécessaire pour justifier :

le licenciement d'un salarié victime d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle (*C. trav.*, art. L. 1226-9 et art. L. 1226-18) ;

le licenciement d'une salariée en état de grossesse médicalement constaté, à condition que cette faute grave ne soit pas liée à l'état de grossesse (*C. trav.*, art. L. 1225-4) ;

la rupture de manière anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée (*C. trav.*, art. L. 1243-1).

La faute grave dispense l'employeur du paiement du préavis (*C. trav.*, art. L. 1234-1 et art. L. 1234-5) et de l'indemnité de licenciement (*C. trav.*, art. L. 1234-9).

### Faute lourde

Elle suppose non seulement un comportement d'une exceptionnelle gravité du salarié mais aussi l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise (*Cass. soc.*, 22 févr. 2000, n° 98-40.184).



Le seul fait que le comportement ait été gravement préjudiciable à l'entreprise ne permet pas de caractériser la faute lourde, si l'intention de nuire n'est pas caractérisée (*Cass. soc.*, 22 oct. 2015, n° 14-11.291 P ; *Cass. soc.*, 8 févr. 2017, n° 15-21.064 P).

La faute lourde :

- rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ;
- le prive des indemnités de licenciement et de préavis ;

**À NOTER** La faute lourde a longtemps été privative de l'indemnité compensatrice de congés payés. Jugée inconstitutionnelle, cette règle a été supprimée de l'article L. 3141-26 du Code du travail (*transféré par la loi Travail du 8 août 2016 à l'article L. 3141-28 ; Cons. const.*, 2 mars 2016, n° 2015-523 DC).

- permet d'engager la responsabilité civile du salarié à l'égard de son employeur (*Cass. soc.*, 13 févr. 2013, n° 11-23.920 P).

Si l'employeur n'impute au salarié qu'une faute grave, il ne peut pas obtenir condamnation du salarié à lui verser les dommages-intérêts en réparation du préjudice moral causé par les insultes et le dénigrement ayant entraîné son licenciement (*Cass. soc.*, 26 sept. 2012, n° 10-21.289).

La faute lourde est nécessaire pour justifier le licenciement d'un salarié ayant participé à un mouvement de grève (*C. trav.*, art. L. 2511-1).

→ **Pour des exemples**, voir tableaux de jurisprudence des fautes ayant entraîné une sanction ou un licenciement, p. 31 et s.

## - 15 POUVOIR DE L'EMPLOYEUR

La détermination de la faute relève du pouvoir disciplinaire de l'employeur : la faute disciplinaire est celle qu'il définit comme telle (*C. trav.*, art. L. 1331-1). C'est à lui qu'incombe le soin de qualifier l'agissement fautif du salarié. Suivant la qualification donnée, la mesure qu'il prend à l'égard de ce dernier est ou non une sanction.

Néanmoins, le pouvoir de qualification de l'employeur est limité puisque le conseil de prud'hommes saisi vérifie que « les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction » (*C. trav.*, art. L. 1333-1 et s.).

**ATTENTION** Aucune clause du contrat de travail ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera en elle-même une cause de licenciement (*Cass. soc.*, 12 févr. 2014, n° 12-11.554 P).

## - 16 AGISSEMENTS NON FAUTIFS

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

### Exercice d'un droit ou d'une liberté

Le Code du travail interdit parfois d'infliger une sanction ou de procéder à un licenciement pour certains motifs. Il est notamment **interdit de sanctionner un salarié** :

- à **temps plein refusant de travailler à temps partiel** (*C. trav.*, art. L. 3123-4) ;
- à **temps partiel refusant d'effectuer des heures complémentaires** proposées par l'employeur au-delà des limites légales ou conventionnelles, ou à l'intérieur de ses limites lorsque le délai d'information de trois jours n'est pas respecté (*C. trav.*, art. L. 3123-10), ou de changer la répartition de sa durée de travail alors que le contrat de travail n'a pas prévu les cas et la nature de telles modifications (*C. trav.*, art. L. 3123-12) ;
- qui refuse de **travailler de nuit**, lorsque le travail de nuit est incompatible avec des obligations familiales impérieuses (*C. trav.*, art. L. 3122-12) ;
- qui refuse de **travailler le dimanche** (*C. trav.*, art. L. 3132-25-4) ;
- **qui exerce son droit de retrait** lorsqu'il a un motif raisonnable de penser que la situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa santé ou pour sa vie (*C. trav.*, art. L. 4131-3) ;

Le licenciement est sans cause réelle et sérieuse lorsque le salarié :

dont l'amplitude de travail a été, la veille, de 21,5 heures, refuse d'effectuer un nouveau transport de marchandises et exerce, de fait, son droit de retrait (*Cass. soc.*, 2 mars 2010, n° 08-45.086) ;  
exerçant une mission à l'étranger, obtient son rapatriement en raison d'un risque d'agression (*Cass. soc.*, 25 nov. 2015, n° 14-21.272 P).

- **en raison de ses opinions** émises dans le cadre de sa **liberté d'expression**, quelle que soit sa place dans la hiérarchie professionnelle (*C. trav.*, art. L. 2281-3 ; *Cass. soc.*, 14 déc. 1999, n° 97-41.995 P ; *Cass. soc.*, 27 mars 2013, n° 11-19.734 P). En revanche, des propos excèdent les limites de la liberté d'expression et peuvent être sanctionnés quand ils sont injurieux, diffamatoires ou malveillants (*Cass. soc.*, 29 févr. 2012, n° 10-15.043 ; *Cass. soc.*, 18 déc. 2013, n° 12-22.140 ; *Cass. soc.*, 29 juin 2016, n° 14-28.838) ;

Relève même de la faute grave le fait pour un salarié de publier sur un site accessible à tout public un message excessif, dont les termes sont déloyaux et malveillants à l'égard de l'employeur (*Cass. soc.*, 11 avr. 2018, n° 16-18.590).

→ **Sur des propos tenus sur Facebook**, voir n° 19.

- qui exerce une action en justice basée sur **l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes** (*C. trav.*, art. L. 1144-3) ;

– qui exerce une **action en justice**, sauf mauvaise foi (*Cass. soc.*, 6 févr. 2013, n° 11-11.740 P ; *Cass. soc.*, 21 sept. 2016, n° 15-10.263), ou qui a fait part de son intention de témoigner contre l'employeur en faveur d'un autre salarié (*Cass. soc.*, 29 oct. 2013, n° 12-22.447 P) ;

– qui refuse ou renonce à suivre des **actions de formation** hors temps de travail (*C. trav.*, art. L. 6321-7), une action de validation des acquis de l'expérience (*C. trav.*, art. L. 6421-2), à réaliser un bilan de compétences (*C. trav.*, art. L. 6313-4), ou à mobiliser son compte personnel de formation (*C. trav.*, art. L. 6323-2) ;

– qui, de bonne foi, **témoigne ou relate de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime** dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, ou qui signale une **alerte** dans le respect des dispositions fixées par les articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (*C. trav.*, art. L. 1132-3-3) ;

– qui a subi ou refusé de subir des agissements répétés de **harcèlement moral** ou des faits de harcèlement **sexuel**, ou qui a témoigné de tels agissements ou les a relatés (*C. trav.*, art. L. 1152-2, art. L. 1153-2 et art. L. 1153-3). Toute disposition ou tout acte contraire sont nuls (*C. trav.*, art. L. 1152-3 et art. L. 1153-4).

Cependant la dénonciation, faite de mauvaise foi, de faits inexistant de harcèlement moral constitue une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise (*Cass. soc.*, 6 juin 2012, n° 10-28.345 P ; *Cass. soc.*, 28 janv. 2015, n° 13-22.378 ; *Cass. soc.*, 7 févr. 2018, n° 16-19.594). La mauvaise foi ne peut résulter que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce, et non de la situation où les faits ne sont pas établis (*Cass. soc.*, 7 févr. 2012, n° 10-18.035 P ; *Cass. soc.*, 10 juin 2015, n° 13-25.554 P).

### Interdiction des discriminations

#### Principe

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte en raison de : son origine ; son sexe ; ses mœurs ; son orientation sexuelle ; son identité de genre ; son âge ; sa situation de famille ou sa grossesse ; ses caractéristiques génétiques ; la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur ; son appartenance ou sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, à une nation ou à une race ; ses opinions politiques ; ses activités syndicales ou mutualistes ; son exercice d'un mandat électif local ; ses convictions religieuses ; son apparence physique ; son nom de famille ; son lieu de résidence ou sa domiciliation bancaire ; son état de santé, sa perte d'autonomie ou son handicap ; sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français (*C. trav.*, art. L. 1132-1).

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

**À NOTER** Le fait pour un salarié de porter à la connaissance de son employeur des faits concernant l'entreprise, susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute. Il appartient alors au juge de rechercher si le salarié a agi de mauvaise foi (*Cass. soc.*, 5 juill. 2011, n° 10-19.561).

De plus, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire :

en raison de l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur (*C. trav.*, art. L. 1132-3-1) ;  
pour avoir refusé en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité (*C. trav.*, art. L. 1132-3-2).

Toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance de ces dispositions sont nuls (*C. trav.*, art. L. 1132-4).

### Opinions politiques et activités syndicales

L'expression des opinions politiques ne peut être assimilée à un agissement fautif (*Cass. soc.*, 28 avr. 2006, n° 03-44.527 P).

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte en raison de ses activités syndicales (*C. trav.*, art. L. 1132-1 et art. L. 2141-5).

Un délégué syndical ne peut être sanctionné que s'il abuse de ses prérogatives. Le juge doit donc vérifier que les faits sont fondés sur des agissements excédant les limites de ses droits (*Cass. crim.*, 30 mars 1993, n° 92-83.580 ; *Cass. soc.*, 30 juin 2010, n° 09-66.792 P ; *Cass. soc.*, 27 juin 2012, n° 11-10.242).

### Exercice du droit de grève

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de l'exercice normal du droit de grève (*C. trav.*, art. L. 1132-2). L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié (*C. trav.*, art. L. 2511-1).

Tout licenciement prononcé en l'absence d'une telle faute et toute sanction prise en raison de l'exercice normal du droit de grève sont nuls (*C. trav.*, art. L. 1132-4 et L. 2511-1 ; *Cass. soc.*, 5 juill. 2018, n° 16-21.563).

Caractérisent une faute lourde :

le fait pour un salarié gréviste d'interdire l'accès de l'entreprise aux salariés non-grévistes en s'interposant de manière agressive (*Cass. soc.*, 14 juin 2005, n° 02-42.177) ;  
le fait de bloquer l'accès de l'entreprise aux non-grévistes, en dépit d'un arrêt de référé de la cour d'appel ordonnant l'expulsion des grévistes suivie d'un commandement de quitter les lieux (*Cass. soc.*, 3 mai 2016, n° 14-28.353 P) ;

La Cour de cassation est même allée plus loin en retenant l'existence d'une faute lourde, sans décision de référé ordonnant l'expulsion, dès lors que l'atteinte à la liberté du travail des non-grévistes était caractérisée (*Cass. soc.*, 14 sept. 2017, n° 16-16.069).

– le fait de participer personnellement à une action collective au cours de laquelle le directeur des ressources humaines a été retenu dans son bureau, dont il n'a pu sortir qu'après évacuation par les forces de l'ordre (*Cass. soc.*, 2 juill. 2014, n° 13-12.562 P).

En revanche, ne caractérisent pas une faute lourde :

le blocage d'un camion devant l'entrée de l'entreprise qui n'entrave pas le travail des salariés ne participant pas au mouvement de grève ou qui ne désorganise pas l'entreprise, en raison de l'existence d'un autre accès aux locaux (*Cass. soc.*, 9 mai 2012, n° 10-26.497 P) ;  
le fait pour un chauffeur-livreur de ne pas restituer le véhicule de service mis à sa disposition dès lors qu'il ne porte pas atteinte à la liberté du travail des non-grévistes, et en l'absence d'intention de nuire (*Cass. soc.*, 8 févr. 2012, n° 10-14.083 P).

## Convictions religieuses

L'article L. 1132-1 du Code du travail prohibe également le fait pour un employeur de sanctionner, de licencier ou de discriminer un salarié en raison de ses convictions religieuses. Des restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (*C. trav., art. L. 1121-1*).

→ **Pour en savoir plus**, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Les clauses du contrat de travail », Point spécial « La religion et l'entreprise ».

### Comportement fautif provoqué par l'employeur

L'employeur ne peut sanctionner un comportement fautif qu'il a lui-même provoqué (*Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 11-26.391 P*). En l'espèce, à la suite de la perte d'un marché de nettoyage, la société a informé ses salariés que les contrats de travail seraient transférés au nouveau titulaire du marché. Mais plusieurs d'entre eux, laissés dans l'incertitude quant au sort exact de leur contrat initial et à leur reclassement, ont signé un nouveau contrat de travail avec le reprenneur du marché. Le précédent employeur les a alors licenciés pour faute grave pour « incapacité d'honorer le contrat de travail du fait d'une signature d'un contrat équivalent chez un autre employeur ». Ces licenciements ont été déclarés sans cause réelle et sérieuse. En laissant les salariés dans l'incertitude sur le sort de leur contrat de travail, la société initiale était à l'origine de la situation invoquée comme cause de licenciement. Il n'y avait donc ni faute grave ni cause réelle et sérieuse.

De même, un employeur ne peut licencier un salarié condamné pour falsification de factures, dès lors qu'il apparaît que l'employeur est lui-même l'instigateur des agissements reprochés (*Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09-65.369*).

## - 17 FAITS DÉJÀ SANCTIONNÉS

À défaut de grief nouveau, des faits déjà sanctionnés ne peuvent faire l'objet d'une seconde sanction, l'employeur ayant épuisé son pouvoir disciplinaire (*voir n° 50*).

## - 18 PREUVE À LA CHARGE DE L'EMPLOYEUR

L'employeur qui qualifie des faits d'agissements fautifs doit démontrer qu'ils reposent sur des éléments précis et objectifs. Ces derniers peuvent être établis grâce à un dispositif de surveillance et de contrôle des salariés sur les lieux et pendant le temps de travail. L'employeur doit avoir respecté les règles de mise en place d'un tel dispositif (information préalable des salariés, information et consultation du comité social et économique et respect des obligations issues du règlement général sur la protection des données ; *voir p. 24*).

L'exigence de loyauté dans les relations de travail interdit à l'employeur de mettre en œuvre un dispositif de contrôle clandestin à titre déloyal. Par conséquent, l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel d'un bureau de poste constitue un stratagème qui rend illicite le moyen de preuve obtenu (*Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-30.266 P*). Seront également irrecevables les attestations de témoins dont se prévaut l'employeur pour établir la faute d'un salarié dès lors que la présence de ces témoins résulte d'un stratagème mis en place par l'employeur (*Cass. soc., 19 nov. 2014, n° 13-18.749*). En outre, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché (*C. trav., art. L. 1121-1*). Ce principe s'applique au procédé de surveillance choisi par l'employeur.

Les éléments soumis au juge ne peuvent être obtenus par le biais d'un système de surveillance clandestin, de manière frauduleuse ou déloyale. Dans ce cas, la preuve du comportement fautif est irrecevable (*Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-30.266 P ; Cass. soc., 19 nov. 2014, n° 13-18.749*).

En dehors du temps de travail et des locaux de travail, les droits et libertés du salarié s'exercent dans toute leur plénitude. L'employeur ne saurait, par exemple, installer une caméra dans la cantine ou le local où s'effectuent les pauses.

## - 19 CORRESPONDANCES ET FICHIERS INFORMATIQUES

### Caractère professionnel des courriels et fichiers

Les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels. L'employeur peut alors y avoir accès hors de la présence du salarié (*Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-48.025 P ; Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 07-43.877 P ; Cass. soc., 16 mai 2013, n° 12-11.866*). Il peut effectuer une copie intégrale du disque dur des salariés en leur absence et en confier l'analyse à un expert mandaté par l'entreprise. Il ne pourra cependant exploiter que les dossiers et fichiers non personnels (*Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-12.138 P*).

Dès lors que les dossiers et fichiers sont identifiés comme personnels, l'employeur ne peut y accéder qu'en présence du salarié ou en ayant dûment appelé celui-ci (*Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942 P ; Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017 P*), sauf en cas de risque ou d'événement particulier (*Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-40.274 P*). En application de l'article L. 1121-1 du Code du travail, un tel accès aux fichiers personnels doit être justifié et proportionné au but recherché.

Le règlement intérieur peut contenir des dispositions restreignant le pouvoir de consultation de l'employeur, en le soumettant à d'autres conditions, et donc imposer la présence du salarié pour l'ouverture de messages professionnels (*Cass. soc.*, 26 juin 2012, n° 11-15.310 P).

Est identifié comme personnel le courriel ou fichier portant clairement la mention « personnel » ou « confidentiel » (*Cass. ch. mixte*, 18 mai 2007, n° 05-40.803 P). En revanche, un fichier intitulé « mes documents » par le prénom ou encore par les initiales du salarié n'est pas identifié comme un fichier personnel (*Cass. soc.*, 10 mai 2012, n° 11-13.884 P). Il a également été jugé que le fait de renommer l'entier disque dur de l'ordinateur « données personnelles » n'est pas suffisant pour donner un caractère personnel à l'ensemble des données qui y sont stockées (*Cass. soc.*, 4 juill. 2012, n° 11-12.502 ; *CEDH*, 22 févr. 2018, aff. 588/13).

Les courriels et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils émanent initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié (*Cass. soc.*, 19 juin 2013, n° 12-12.138 P). En revanche, l'employeur ne peut pas accéder seul à la messagerie personnelle du salarié, installée sur son ordinateur professionnel : cette messagerie est protégée par le secret des correspondances (*Cass. soc.*, 26 janv. 2016, n° 14-15.360 P ; *Cass. soc.*, 7 avr. 2016, n° 14-27.949 ; *Cass. soc.*, 23 oct. 2019, n° 17-28.448).

#### Surveillance et contrôle des salariés Information des salariés

Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance (*C. trav.*, art. L. 1222-4). La Cour de cassation applique ce principe au domaine disciplinaire et refuse d'admettre comme mode de preuve les dispositifs de contrôle et de surveillance dont les salariés ignorent l'existence (*Cass. soc.*, 22 mai 1995, n° 93-44.078 P). De même, un salarié ne peut installer une caméra à l'insu du personnel et de l'employeur (*Cass. soc.*, 5 févr. 2020, n° 19-10.154 : salarié licencié pour faute grave). De son côté, la Cour européenne des droits de l'Homme admet la possibilité de recourir à la vidéosurveillance de salariés sans information préalable en cas de « soupçons raisonnables » de graves irrégularités (*CEDH*, *Gr. ch.*, 17 oct. 2019, aff. 1874/13 et aff. 8567/13 : s'agissant de caissières de supermarché soupçonnées de vols).

Un dispositif de surveillance mis en place dans les locaux où travaillent les salariés pour des raisons de sécurité et non pour les surveiller, peut être utilisé pour prouver la faute commise par un salarié, dès lors que le personnel est averti de son installation (*Cass. soc.*, 2 févr. 2011, n° 10-14.263 ; *Cass. soc.*, 26 juin 2013, n° 12-16.564).

En revanche, dès lors qu'il s'agit de locaux où les salariés ne travaillent pas, les enregistrements sont opposables aux salariés sans qu'ils aient été préalablement informés de leur existence, à condition que ces enregistrements n'aient pas pour objet de contrôler l'activité des salariés (*Cass. soc.*, 19 avr. 2005, n° 02-46.295 P ; *Cass. soc.*, 11 déc. 2019, n° 17-24.179).

En l'absence de précision, l'information du salarié doit être écrite, pour des raisons de preuve.

Constituent ainsi des modes de preuve illicites :

- un dispositif de vidéosurveillance installé sur le site d'une société cliente, permettant de contrôler les heures d'arrivée et de départ sur le lieu de travail, dont l'existence n'avait pas été portée à la connaissance des salariés (*Cass. soc.*, 10 janv. 2012, n° 10-23.482 P) ;

- le rapport d'une société de surveillance extérieure à laquelle l'employeur a fait appel, à l'insu du personnel, pour contrôler son utilisation des distributeurs de boissons et sandwiches (*Cass. soc.*, 15 mai 2001, n° 99-42.219 P) ;

- les comptes rendus ou rapports dressés à la suite d'une filature, effectuée à l'insu du salarié, par son supérieur hiérarchique (*Cass. soc.*, 26 nov. 2002, n° 00-42.401 P) ou par un détective privé (*Cass. soc.*, 23 nov. 2005, n° 03-41.401 P) ou encore par des agents assermentés, extérieurs à l'entreprise (*Cass. soc.*, 18 oct. 2017, n° 16-16.462). Peu importe que le rapport ait été présenté au salarié avant toute sanction (*Cass. soc.*, 26 nov. 2002, n° 00-42.401).

En revanche, un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié (*Cass. soc.*, 10 oct. 2007, n° 05-45.898). Cependant, il ne lui est pas permis d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve (*Cass. soc.*, 18 mars 2008, n° 06-40.852 P).

#### ATTENTION

Cette règle ne concerne que l'utilisation d'un matériel de surveillance. Ainsi, la simple surveillance ou le contrôle d'un salarié, sur le temps et les lieux de travail, par son supérieur hiérarchique ou par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission ne constituent pas un mode de preuve illicite, même en l'absence d'information préalable du salarié (*Cass. soc.*, 26 avr. 2006, n° 04-43.582 P ; *Cass. soc.*, 4 juill. 2012, n° 11-14.241 ; *Cass. soc.*, 5 nov. 2014, n° 13-18.427 P).

#### Information et consultation du comité social et économique

Préalablement à la mise en place de moyens ou techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés, le comité social et économique est informé et consulté (*C. trav.*, art. L. 2312-38).

À défaut, il s'agit d'un moyen de preuve illicite (*Cass. soc.*, 7 juin 2006, n° 04-43.866 P ; *Cass. soc.*, 11 déc. 2019, n° 18-11.792 P : s'agissant du comité d'entreprise).

#### Respect des obligations issues du Règlement général sur la protection des données

Le dispositif des anciennes déclarations auprès de la Cnil a été supprimé au profit d'une nouvelle législation, issue du Règlement général sur la protection des données (RGPD, *Règl. n° 2016/679*, 27 avr. 2016, *JOUE n° L. 119*, 4 mai 2016, p. 1), entrée en vigueur depuis le 25 mai 2018.

En application de ces règles, l'information que l'employeur doit donner aux salariés sur le dispositif de contrôle et de surveillance doit préciser, dès lors que des données à caractère personnel sont recueillies (*Règl. n° 2016/679*, 27 avr. 2016, art. 13 et 14) :

- les finalités du dispositif de contrôle installé ;
- la durée de conservation des données recueillies par le biais de ce dispositif ;
- l'identité et les coordonnées du responsable du dispositif de contrôle, et le cas échéant, du délégué à la protection des données ;
- le ou les destinataires des données recueillies ;
- le droit de demander l'accès aux données, leur rectification, leur effacement ou la limitation du traitement, le droit de s'opposer au traitement ;
- le droit d'introduire une réclamation auprès de la Cnil.

L'employeur est également tenu, dans les entreprises de 250 salariés et plus, de mettre en place un registre des activités de traitement

(Règl. n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 30). Dans les entreprises de moins de 250 salariés, ce registre n'est pas obligatoire, sauf si le traitement des données est susceptible de comporter un risque pour les droits et libertés des personnes concernées, si le traitement n'est pas occasionnel (Règl. n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 30). Les dispositifs de contrôle et de surveillance répondant à ces conditions, ils doivent être intégrés au registre.

Par ailleurs, dès lors qu'un traitement de données est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes concernées, l'employeur doit établir une analyse d'impact (Règl. n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 35 ; L. n° 1978-17, 6 janv. 1978, art. 62). La Cnil est venue préciser que tous les traitements ayant pour finalité de surveiller de manière constante l'activité des salariés concernés devaient faire obligatoirement l'objet d'une analyse d'impact relative à la protection des données (Délib. Cnil, n° 2018-327, 11 oct. 2018, JO 6 nov.). En revanche, un dispositif dont l'objet est de gérer uniquement les contrôles d'accès physiques et les horaires, en dehors de tout dispositif biométrique, ne nécessite pas d'analyse d'impact (Délib. Cnil, n° 2019-118, 12 sept. 2019, JO 22 oct.).

→ **Pour en savoir plus sur le RGPD**, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Recruter un salarié », Point spécial, « L'impact du RGPD pour les entreprises ».

### Sanctions

Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, de volontairement porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

- en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;
- en fixant, enregistrant ou transmettant, sans son consentement, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé (C. pén., art. 226-1).

→ **Sur les sanctions pénales** liées au non-respect de la réglementation issue du RGPD, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Recruter un salarié » Point spécial, « L'impact du RGPD pour les entreprises ».

S'agissant de la clé USB ou plus généralement de tout disque dur externe, dès lors que celui-ci est connecté à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, il est présumé être utilisé à des fins professionnelles. L'employeur peut donc avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels qu'il contient, hors de la présence du salarié (Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-28.649 P).

**À NOTER** Toutefois, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé (C. proc. civ., art. 145). Ce principe permet à l'employeur, s'il a besoin d'accéder à des courriels personnels du salarié, de se tourner vers le juge et de solliciter sur requête ou en référé une mesure d'instruction, telle que le recours à un huissier, pour prendre connaissance de ces messages. Dès lors qu'une telle demande repose sur un motif légitime et est nécessaire à la protection des droits de l'employeur, le juge peut y faire droit (Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818 P ; Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229 P).

### Respect de la vie privée

Le salarié a droit, même au temps et aux lieux de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, qui implique en particulier le secret des correspondances, y compris des courriers électroniques. Ainsi l'employeur ne peut se fonder sur le contenu d'une correspondance privée ou de fichiers identifiés comme personnels pour sanctionner son destinataire (voir n° 13).

**À NOTER** Le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par voie électronique ou de procéder à l'installation d'appareils de nature à permettre la réalisation de telles interceptions (C. pén., art. 226-15).

L'employeur ne peut pas davantage prendre connaissance des messages personnels émis ou reçus par le salarié grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ce, même si l'utilisation non professionnelle de l'ordinateur est interdite (Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942 P ; Cass. soc., 12 oct. 2004, n° 02-40.392 P ; Cass. soc., 18 oct. 2011, n° 10-26.782).

Même si les messages ou fichiers n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, l'employeur ne peut pas les utiliser à son encontre dans une procédure judiciaire s'ils s'avèrent relever de sa vie privée (Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 10-17.284 ; Cass. soc., 18 oct. 2011, n° 10-25.706 ; Cass. soc., 26 janv. 2012, n° 11-10.189).

Les courriels en rapport avec l'activité professionnelle du salarié ne revêtent pas un caractère privé, et peuvent être retenus au soutien d'une procédure disciplinaire : la conversation perd en effet tout caractère privé dès lors qu'elle a un rapport avec l'activité professionnelle. Tel est le cas d'un échange entre deux salariés au sujet d'un supérieur hiérarchique ou d'un collègue, en des termes désobligeants (Cass. soc., 2 févr. 2011, n° 09-72.449).

Dans cette affaire, le salarié avait soulevé l'atteinte à sa vie privée, faisant état de ce que la conversation tenue par mail était « une conversation totalement privée dont la liberté de ton et les outrances éventuelles relevaient uniquement de la vie personnelle et intime à laquelle le salarié a droit même sur son lieu de travail, les propos tenus, destinés à rester entre les deux interlocuteurs et non à être diffusés ne pouvant avoir pour effet de nuire à l'entreprise et ne pouvant être admis comme preuve d'un grief ». L'échange mail litigieux avait été découvert, alors que le salarié était absent et qu'un audit prévu depuis plusieurs semaines devait être réalisé : afin d'assurer ses missions, le remplaçant a demandé à accéder à sa messagerie dont l'adjoint du salarié absent possédait le code. La Cour de cassation ne suit pas le raisonnement du salarié et s'attache au contenu de la conversation qui était liée à l'activité professionnelle du salarié.

Des échanges de courriels entre un salarié et une employée placée sous son autorité hiérarchique dénotant une confusion entretenue entre les sphères privée et professionnelle ont été jugés comme étant en lien avec l'activité professionnelle, quand bien même ils se tenaient sur une messagerie privée, en dehors des horaires de travail (Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 2015, n° 14-17.701).

### Propos tenus sur les réseaux sociaux

Le réseau social Facebook doit être considéré, au regard de sa finalité et de son organisation, comme un espace public. Il appartient en conséquence à celui qui souhaite conserver la confidentialité des propos qu'il tient sur ce réseau soit d'adopter les fonctionnalités idoines offertes par ce site, soit de s'assurer préalablement auprès de son interlocuteur qu'il a limité l'accès à son « mur ». Dès lors que les paramètres de confidentialité sont activés et que l'accès à la page est restreint, l'employeur ne peut pas produire d'extraits de la page Facebook d'un salarié : il ne peut d'ailleurs contourner cette interdiction en faisant constater par huissier le contenu d'une page Facebook auquel il aurait accédé par l'intermédiaire d'un salarié autorisé (Cass. soc., 20 déc. 2017, n° 16-19.609).

L'accès à la page Facebook constituant une atteinte à la vie privée, il a été jugé qu'il pouvait cependant se justifier lorsque l'atteinte a un

caractère proportionné au but poursuivi : un employeur a pu utiliser un extrait de la page Facebook d'un salarié dans la mesure où celui-ci y tenait des propos humiliants à l'encontre d'un résident handicapé dont il avait la charge (CA Poitiers, 4 mai 2016, n° 15/04170).

En revanche, s'il n'a pris aucune de ces précautions, le salarié n'est pas fondé à soutenir que les échanges tenus avec l'ancien directeur du magasin constituent une conversation privée dont l'employeur ne peut se prévaloir à l'appui d'un licenciement (CA Besançon, 15 nov. 2011, n° 10/02642). En n'activant pas les critères de confidentialité de son compte Facebook, un salarié prend le risque que ses propos, qu'il pense privés, soient accessibles à d'autres salariés de la société eux-mêmes titulaires d'un compte Facebook. De tels propos ne relèvent pas du secret des correspondances et peuvent faire l'objet d'une sanction disciplinaire s'ils excèdent le droit à la liberté d'expression (CA Lyon, 24 mars 2014, n° 13/03463 ; voir n° 16).

S'agissant de l'accès à la page Facebook d'un salarié via son ordinateur professionnel, les juridictions du fond sont actuellement contradictoires : certaines cours d'appel reconnaissent que l'employeur peut y accéder dès lors que le salarié laisse sa session ouverte (CA Toulouse, 2 févr. 2018, n° 16/04882), alors que d'autres privilégient le caractère privé de la page (CA Rouen, 10 févr. 2015, n° 14/03335).

## - 20 AUTRES PROCÉDÉS

### Traçage informatique

Un établissement bancaire peut mettre en place un système d'exploitation intégrant un mode de traçage, permettant d'identifier les consultants des comptes, de manière à assurer la sécurité des données bancaires. Pour autant, si un tel système de traçage a vocation à assurer la traçabilité des consultations effectuées par les salariés, il s'agit d'un dispositif de contrôle de l'activité des salariés qui doit donc être porté à la connaissance des salariés, mais également donner lieu à consultation préalable du comité social et économique (Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 18-11.792 P).

### Écoutes et enregistrements téléphoniques

Les écoutes téléphoniques constituent un mode de preuve valable, dès lors que le salarié en a été averti (Cass. soc., 31 janv. 2001, n° 98-44.290 P). L'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue.

En revanche, l'utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par le répondant est un mode de preuve recevable (Cass. soc., 6 févr. 2013, n° 11-23.738 P).

En outre, un SMS envoyé aux temps et lieux de travail à l'aide d'un téléphone professionnel est présumé professionnel : l'employeur peut le consulter librement et l'invoquer à l'appui d'une sanction disciplinaire dès lors qu'il est en rapport avec l'activité professionnelle et ne relève pas uniquement de la sphère privée (Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-16.995 ; Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-14.779 P ; voir n° 19).

Par ailleurs, l'employeur ne peut procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par le salarié sur son dictaphone personnel en son absence ou sans qu'il ait été dûment appelé (Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-23.521 P).

L'employeur est libre d'utiliser les relevés de facturation téléphonique fournis par un opérateur téléphonique à l'appui d'une sanction, sans avoir besoin d'informer au préalable les salariés concernés (Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.937 P). De même, la simple vérification des relevés de la durée, du coût et des numéros des appels téléphoniques passés à partir de chaque poste, édités au moyen de l'autocommutateur téléphonique de l'entreprise, ne constitue pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance du salarié (Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 06-45.279).

### Connexions Internet

Les connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel. L'employeur peut donc les rechercher aux fins de les identifier hors de sa présence (Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 06-45.800 P ; Cass. soc., 9 févr. 2010, n° 08-45.253).

Ces connexions Internet peuvent justifier une sanction, mais dans ce cas il est nécessaire que l'employeur apporte la preuve que le salarié est bien l'auteur des connexions en question (Cass. soc., 3 oct. 2018, n° 16-23.968).

### Ouverture de casier et fouille de sacs

L'employeur ne peut procéder à l'ouverture de l'armoire ou du casier individuel d'un salarié que dans les cas et aux conditions prévues par le règlement intérieur, en présence du salarié ou à condition de l'avoir prévenu (Cass. soc., 11 déc. 2001, n° 99-43.030 P ; Cass. soc., 15 avr. 2008, n° 06-45.902 P ; Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-68.546). Si le salarié nie que le casier, dont l'employeur demande l'ouverture, est le sien, son ouverture est licite (Cass. soc., 31 oct. 2013, n° 12-18.993). Si un coffre est affecté à un usage exclusivement professionnel et que le règlement intérieur autorise l'employeur à procéder à son contrôle à tout moment, la vérification est régulière, même si elle est effectuée sans que le salarié soit présent ou prévenu (Cass. soc., 21 oct. 2008, n° 07-41.513 P).

Sauf circonstances exceptionnelles, l'employeur ne peut ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin (Cass. soc., 11 févr. 2009, n° 07-42.068 P).

## - 21 PRINCIPE

Aucun fait fautif ne peut donner lieu, à lui seul, à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu, dans le même délai, à l'exercice de poursuites pénales (C.

*trav., art. L. 1332-4).*

Si l'employeur a en principe deux mois pour enclencher la procédure disciplinaire, il doit toutefois la lancer plus rapidement lorsqu'il entend licencier un salarié pour faute grave. En effet, la faute grave étant celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, la rupture du contrat de travail doit intervenir dans un délai restreint après que l'employeur a eu connaissance des faits allégués, dès lors qu'aucune vérification n'est nécessaire (*Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-41.294 P ; Cass. soc., 24 nov. 2010, n° 09-40.928 P*). Ainsi, un licenciement intervenu près de deux mois après les faits ne peut plus être fondé sur une faute grave (*Cass. soc., 24 oct. 2000, n° 98-42.779*). En revanche, un délai de huit jours a été qualifié de raisonnable (*Cass. soc., 8 oct. 1992, n° 91-41.879*).

La signature par les parties d'une rupture conventionnelle individuelle ne constitue pas un acte interruptif de la prescription prévue par l'article L. 1332-4 du Code du travail (*Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-23.348 P*). De même la tentative de conciliation engagée par l'employeur n'est pas de nature à interrompre le délai de prescription de deux mois (*Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 05-42.879*).

## - 22 SUSPENSION DU CONTRAT

La suspension du contrat de travail ne suspend pas le délai de prescription. En effet, l'article L. 1332-4 du Code du travail ne prévoit qu'une seule hypothèse de suspension du délai de prescription, celle de l'exercice de poursuites pénales.

La Cour de cassation en a ainsi jugé à propos notamment de :

la maladie du salarié qui n'entraîne ni la suspension ni l'interruption de ce délai (*Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-42.493 ; Cass. soc., 20 nov. 2014, n° 13-16.546*) ;  
l'accident du travail ou de la maladie professionnelle (*Cass. soc., 17 janv. 1996, n° 92-42.031 P ; Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 02-40.085 P*).

## - 23 CHARGE DE LA PREUVE

Lorsque les faits fautifs ont été commis plus de deux mois avant l'engagement des poursuites disciplinaires, c'est à l'employeur de rapporter la preuve qu'il en a eu connaissance postérieurement, dans les deux mois ayant précédé l'engagement des poursuites (*Cass. soc., 19 mars 1998, n° 96-40.079 P ; Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.573 ; Cass. soc., 30 janv. 2019, n° 17-31.338*).

## - 24 POINT DE DÉPART

Le délai de deux mois ne court pas à compter de la date à laquelle les faits ont été commis, mais à partir du « jour où l'employeur en a eu connaissance » (*C. trav., art. L. 1332-4*).

**EXEMPLE** Si un salarié utilise, sans autorisation préalable et à des fins personnelles, le matériel de l'entreprise le 20 mars et que l'employeur n'en a connaissance que le 15 avril, le délai de prescription des faits fautifs de deux mois ne commencera à courir qu'à compter de cette dernière date.

La connaissance des faits par l'employeur s'entend de la connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés au salarié (*Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 04-47.683 P ; Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 08-41.243 P ; CE, 20 avr. 2005, n° 254.909*). Elle est donc fonction des circonstances propres à chaque espèce et relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Dans certains cas, il est nécessaire pour l'employeur de procéder ou de faire procéder à une enquête complémentaire, voire à un audit. La connaissance des faits fautifs sera alors effective à compter de la connaissance par l'employeur des résultats de ces enquêtes (*Cass. soc., 10 juill. 2001, n° 98-46.180 P*).

**ATTENTION** L'exigence d'un délai restreint pour engager la procédure de licenciement pour faute grave est assouplie lorsque l'employeur doit procéder aux vérifications nécessaires (*Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-41.294 P ; Cass. soc., 24 nov. 2010, n° 09-40.928 P*).

Quand l'employeur propose au salarié une modification de son contrat de travail à titre disciplinaire (rétrogradation), la notification, après l'engagement de la procédure disciplinaire, de la proposition de modification interrompt le délai de deux mois prévu par l'article L. 1332-4 du Code du travail qui court depuis la convocation à l'entretien préalable. Le refus de cette proposition par le salarié interrompt à nouveau ce délai. Par conséquent, la convocation du salarié par l'employeur à un entretien préalable en vue d'une autre sanction disciplinaire doit intervenir dans les deux mois de ce refus (*Cass. soc., 15 janv. 2013, n° 11-28.109 P*).

## - 25 NOTION D'EMPLOYEUR

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

Il ne s'agit donc pas seulement du représentant légal de l'entreprise mais de toute personne ayant délégation, telle que : le directeur artistique d'une société et supérieur hiérarchique direct du salarié (*Cass. soc., 30 avr. 1997, n° 94-41.320 P*) ; le directeur général (*Cass. soc., 8 juill. 1998, n° 96-41.856*) ; tout représentant de ce dernier qui aurait qualité pour prendre l'initiative d'une action disciplinaire à l'égard du salarié fautif (*CE, 9 mars 2005, n° 253.458*).

Dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise, le nouvel employeur ne peut invoquer à l'appui du licenciement du salarié des manquements commis par celui-ci 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 n'est pas écoulé (*Cass. soc., 27 mai 2009, n° 06-46.293 P* ; *Cass. soc., 4 févr. 2014, n° 12-27.900*).

## - 26 COMPUTATION DU DÉLAI

Le délai de deux mois, fixé pour l'engagement de poursuites disciplinaires, expire à 24 heures le jour du deuxième mois suivant qui porte le même quantième que le jour où l'employeur a eu connaissance des faits fautifs. À défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du deuxième mois à 24 heures.

Lorsque le dernier jour de ce délai est un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, le délai est prolongé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (*C. trav., art. R. 1332-3 et art. R. 1332-4*).

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

L'employeur qui a connaissance d'un fait fautif le 31 décembre ne pourra engager les poursuites disciplinaires après le 28 ou 29 février à 24 heures.

## - 27 ENGAGEMENT DES POURSUITES

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

### Sanction lourde

Pour les sanctions soumises à la procédure d'entretien préalable (*voir n° 63 et s.*), l'engagement des poursuites est marqué par la convocation à l'entretien préalable qui interrompt donc la prescription (*Cass. soc., 5 févr. 1997, n° 94-44.538 P* ; *Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-43.079 P* ; *CE, 12 févr. 1990, n° 882.56*). Il s'agit plus précisément de la date d'envoi de la lettre de convocation ou de la date de remise en main propre. Dans le cas d'une mise à pied conservatoire, la notification de celle-ci constitue l'engagement des poursuites disciplinaires et interrompt donc la prescription des faits fautifs (*Cass. soc., 13 janv. 1993, n° 90-45.046*).

**ATTENTION** Lorsque la procédure concerne un salarié en arrêt maladie et que l'employeur décide de reporter la date de l'entretien préalable, un nouveau délai commence à courir à compter de cette date, délai que la demande de report du salarié n'a pas pour effet de suspendre, de sorte que la prescription peut être acquise lorsque la procédure reprend (*Cass. soc., 9 déc. 2003, n° 01-44.501* ; *Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-42.493*).

### Sanction mineure

Pour les sanctions qui ne sont pas soumises à la procédure d'entretien préalable, l'engagement des poursuites est marqué par la notification de la sanction (*Circ. DRT n° 5-83, 15 mars 1983*). Il s'agit de la date d'expédition de la lettre notifiant la sanction ou de la date de remise en main propre.

## - 28 POURSUITES PÉNALES

### Conditions

Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu, dans le même délai, à l'exercice de poursuites pénales (*C. trav., art. L. 1332-4*).

Les poursuites pénales doivent être exercées dans le délai de deux mois à compter du jour où l'employeur a eu connaissance des faits fautifs, qu'elles soient dues à l'initiative d'un tiers ou de l'employeur (*Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 98-40.020 P* ; *Cass. soc., 6 déc. 2000, n° 98-45.772 P* ; *CE, 10 juill. 2019, n° 408.644*). À défaut, l'employeur ne peut s'en prévaloir (*Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 01-40.412*).

**ATTENTION** La simple ouverture d'une enquête préliminaire ne suspend pas la prescription, dans la mesure où elle n'a pas pour effet de mettre en mouvement l'action publique (*Cass. soc., 13 oct. 2016, n° 15-14.006 P*).

### Effets

Si un fait fautif a donné lieu à des poursuites pénales avant que l'employeur n'ait connaissance de ce fait, ces poursuites pénales ont le même effet que si elles avaient été engagées dans le délai de deux mois prévu par l'article L. 1332-4 du Code du travail (*CE, 8 juin 1990, n° 76.102*).



Les poursuites disciplinaires ne peuvent être engagées plus de deux mois après que le salarié a fait l'objet d'une décision définitive de déclaration de culpabilité, peu important l'issue du litige sur les intérêts civils (*Cass. soc., 30 janv. 2008, n° 05-45.612*).

Toutefois, quand l'employeur n'est pas partie à la procédure pénale, le délai de deux mois ne recommence à courir qu'à compter du jour où l'employeur a eu connaissance de l'issue définitive de la procédure pénale (*Cass. soc., 15 juin 2010, n° 08-45.243 P*).

Lorsqu'une infraction commise par un salarié peut être constitutive d'une sanction disciplinaire, le conseil de prud'hommes n'est pas tenu d'attendre que le juge pénal statue pour rendre son jugement, y compris si la décision pénale à venir est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil (*C. proc. pén., art. 4*).

### - 29 NOUVEL AGISSEMENT FAUTIF

Aux termes de l'article L. 1332-4 du Code du travail, 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. Cette disposition ne fait pas obstacle à la prise en considération d'un fait antérieur à deux mois dans la mesure où le comportement du salarié s'est poursuivi ou réitéré dans ce délai (*Cass. soc., 13 janv. 2004, n° 01-46.592 P ; Cass. soc., 30 sept. 2004, n° 02-44.030 P ; Cass. soc., 22 sept. 2011, n° 09-72.876*).

Mais encore faut-il que les faits prescrits procèdent du même comportement fautif que celui reproché (*Cass. soc., 26 mai 2010, n° 08-44.366 ; Cass. soc., 23 nov. 2011, n° 10-21.740 ; Cass. soc., 19 janv. 2017, n° 15-24.404*). L'employeur peut donc invoquer à l'appui d'une sanction un fait prescrit en cas de persistance du comportement fautif du salarié, ou quand celui-ci commet une faute de même nature.

### - 30 DISPARITION DU FAIT FAUTIF

Passé le délai de deux mois après la connaissance des faits fautifs, et sauf exceptions rappelées ci-dessus, aucune procédure disciplinaire ne peut plus être engagée. Seule compte la date à laquelle est engagée cette procédure.

Si l'employeur a entrepris des poursuites disciplinaires avant l'expiration des deux mois, il dispose alors d'un mois à compter de l'entretien préalable, dans les hypothèses où celui-ci est requis, pour notifier la sanction.

La notification de la sanction se distingue de sa réalisation matérielle. Elle peut intervenir après deux mois sans que l'on puisse évoquer le délai de prescription de l'article L. 1332-4 du Code du travail.

### - Fautes ayant donné lieu à licenciement ou à une sanction

Exemples de fautes ayant entraîné un licenciement		
<b>Abandon de poste</b>	<p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Abandon de poste par un salarié rencontrant de nombreuses difficultés personnelles et de santé, ayant plus de 20 ans d'ancienneté, l'absence n'ayant pas perturbé le service (<i>Cass. soc., 26 sept. 2018, n° 17-17.563</i>).</li> </ul> <p><i>Cependant un abandon de poste ne peut pas être reproché au salarié s'il justifie d'un arrêt maladie (Cass. soc., 13 mars 2019, n° 17-27.015).</i></p>	<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Abandon de poste d'un cuisinier juste avant le service, après que le gérant lui a fait des remarques sur la qualité de son travail (<i>Cass. soc., 2 nov. 2016, n° 15-15.164</i>).</li> </ul> <p><i>Cependant l'abandon de poste justifié par des raisons dramatiques, tel le décès d'un proche, ne justifie pas un licenciement pour faute grave (Cass. soc., 22 nov. 2000, n° 98-43.283).</i></p>
<b>Absence non autorisée ou injustifiée</b>	<p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Absence à l'issue d'un congé sans solde d'une salariée de neuf années d'ancienneté qui s'est trouvée dans l'impossibilité d'organiser la présence nécessaire auprès de sa fille handicapée (<i>Cass. soc., 16 oct. 2013, n° 11-27.375</i>).</li> <li>Une journée d'absence injustifiée et une justification tardive d'une journée d'absence pour maladie (<i>Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-13.829</i>).</li> </ul>	<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un salarié d'être absent de son poste de travail malgré une mise en demeure de son employeur (<i>Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-41.540</i>).</li> <li>Absences injustifiées d'une caissière au moment des fêtes de fin d'année, mettant en difficulté l'employeur pour organiser son remplacement, malgré des avertissements déjà reçus pour des retards répétés (<i>Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-42.394</i>).</li> <li>Absence de reprise à l'issue d'un congé parental que le salarié n'a pas prolongé, en dépit de mises en demeure adressées par l'employeur (<i>Cass. soc., 3 mai 2016, n° 14-29.190 P</i>).</li> </ul>
	→ <b>Cause réelle et sérieuse</b>	→ <b>Faute grave</b>

Exemples de fautes ayant entraîné un licenciement	
<p><b>Information de l'employeur en cas d'absence pour maladie</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Défaut d'information de l'employeur de son absence à compter du lendemain pour subir une intervention chirurgicale programmée depuis deux mois, et devant entraîner un arrêt de travail prévisible de plusieurs semaines. Le salarié savait qu'une telle absence était susceptible de perturber le fonctionnement du service et il a agi dans l'intention de nuire à son employeur (Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 11-18.686).</li> </ul> <p><i>En revanche, ne constitue pas une cause réelle et sérieuse le seul fait d'omettre de justifier d'une nouvelle prolongation de son absence alors que l'employeur connaît l'état de santé du salarié (Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 02-42.541).</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fait pour un salarié de ne pas s'être présenté à son travail et de n'avoir informé son employeur de son arrêt de travail que six jours après (Cass. soc., 21 avr. 2010, n° 08-45.555).</li> <li>• Fait de laisser l'employeur sans nouvelles pendant un mois, à l'issue d'un arrêt maladie, et de ne pas répondre à sa mise en demeure (Cass. soc., 12 févr. 2016, n° 14-15.016 ; voir aussi Cass. soc., 17 janv. 2018, n° 16-26.560).</li> <li>• Fait pour un salarié de ne pas rejoindre sa nouvelle affectation à l'issue d'un arrêt maladie, et de ne pas répondre à des courriers de mise en demeure et à une convocation à la visite de reprise (Cass. soc., 24 janv. 2018, n° 16-25.747).</li> </ul>
<p><b>Retard</b></p> <p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Retards répétés et absences injustifiées, sur une période de six mois, d'un salarié qui justifiait de vingt ans d'ancienneté (Cass. soc., 6 mars 2019, n° 18-11.451).</li> </ul>	<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fait pour un salarié d'arriver en retard, de manière réitérée, sur une courte durée, alors qu'il était chargé d'un travail posté et que son absence avait désorganisé son équipe (Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-24.221).</li> </ul>
<p><b>Concurrence déloyale</b> <b>Détournement de clientèle</b></p> <p><i>Activité concurrente</i></p> <p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fait pour un salarié de travailler, durant son arrêt de travail pour maladie, dans les locaux et avec le gérant d'une société avec laquelle son employeur connaissait des difficultés liées aux conditions de transfert du fonds de commerce (Cass. soc., 21 nov. 2007, n° 06-44.229).</li> </ul> <p><i>En revanche, ne constitue pas un motif réel et sérieux le fait pour un salarié d'acquérir des parts sociales d'une société concurrente mais sans y exercer la moindre activité personnelle (Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-41.735).</i></p> <p><i>Création d'entreprise</i></p> <p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Exercice d'une activité concurrente de celle de son employeur avec du matériel et le concours d'un autre salarié de l'entreprise (Cass. soc., 24 oct. 2012, n° 11-22.735).</li> <li>• Fait pour un salarié de travailler pour une société directement concurrente pendant ses congés payés, en fournissant à celle-ci les moyens de concurrencer son employeur (Cass. soc., 5 juill. 2017, n° 16-15.623 P).</li> <li>• Fait de créer, tout en restant au service de son employeur, une activité indépendante directement concurrente (Cass. soc., 30 nov. 2017, n° 16-14.541 ; Cass. soc., 11 avr. 2018, n° 16-24.749).</li> </ul> <p>→ <b>Faute lourde</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fait pour un salarié de constituer plusieurs sociétés dont il détenait la majorité absolue, sociétés directement concurrentes de celle dont il était salarié, et d'inciter 5 autres salariés à démissionner pour entrer dans les sociétés ainsi créées (Cass. soc., 21 oct. 2003, n° 01-44.209).</li> </ul> <p><i>Détournement de clientèle</i></p> <p>→ <b>Faute lourde</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fait pour un salarié de participer activement au détournement d'un client de son employeur, de dissimuler sa prise de participation au capital et à l'administration d'une société concurrente et de faire payer à l'employeur les factures de prestations de services fournies à cette société pour laquelle il a effectué gratuitement des audits (Cass. soc., 15 déc. 2011, n° 10-21.926).</li> <li>• Fait pour un attaché commercial d'une entreprise de travail temporaire de participer à un détournement de clientèle et de salariés intérimaires au profit d'une société concurrente (Cass. soc., 21 sept. 2011, n° 10-19.552).</li> </ul>	
<p><b>Concurrence déloyale</b> <b>Détournement de clientèle</b></p> <p><i>Obligation de loyauté pendant un arrêt maladie</i></p>	<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fait pour un salarié, durant un arrêt de travail pour maladie, d'entreprendre la réparation d'un véhicule pour son compte en faisant appel à un autre mécanicien de la société (Cass. soc., 21 oct. 2003, n° 01-43.943 P).</li> <li>• Fait pour un salarié d'exercer une activité professionnelle pour le compte d'une société concurrente pendant un arrêt maladie (Cass. soc., 28 janv. 2015, n° 13-18.354).</li> </ul>
<p><b>Critique</b></p> <p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fait pour un salarié d'adresser une lettre à son</li> </ul>	

Exemples de fautes ayant entraîné un licenciement		
Critique Dénigrement Climat de mésentente	<p>employeur par laquelle il se dit « dans l'attente d'une réaction sensée et rapide » ainsi qu'un courriel, accessible à tous les salariés sur la messagerie de la société, dans lequel il dénonce l'incompétence de son employeur et lui conseille de changer de métier (<i>Cass. soc., 29 févr. 2012, n° 10-15.043</i>).</p> <p><i>En revanche, le licenciement d'un salarié du fait de son attitude de moins en moins collaborative, et du fait qu'il crée des dissensions au sein de l'équipe et dénigre le gérant, est jugé nul si les griefs reprochés sont une réaction au harcèlement moral subi par le salarié (Cass. soc., 10 juill. 2019, n° 18-14.317).</i></p>	<p>→ <b>Faute lourde</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un cadre d'avoir adressé des messages électroniques à de nombreux collègues et aux dirigeants de la société mère, à l'occasion d'un litige ne le concernant pas, qui caricaturaient les méthodes de gestion du dirigeant de la filiale dans des termes excessifs et mettaient en cause son honnêteté et sa loyauté envers l'entreprise, ces faits étant susceptibles d'influer sur la carrière de ce dirigeant (<i>Cass. soc., 29 avr. 2009, n° 07-44.798</i>).</li> </ul>
	<p>Dénigrement, calomnie, diffamation</p> <p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait de porter des accusations d'incompétence et de malhonnêteté contre son employeur dans des termes virulents et excessifs, que n'appelaient pas la lettre de l'employeur à laquelle le salarié répondait, et d'en avoir assuré une publicité en transmettant ses lettres à des tiers (<i>Cass. soc., 3 déc. 2014, n° 13-20.501</i>).</li> </ul>	<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un salarié d'utiliser un courrier à l'authenticité douteuse à l'appui d'accusations de harcèlement contre son employeur, adressées à la direction de l'entreprise (<i>Cass. soc., 7 févr. 2018, n° 16-19.594</i>).</li> <li>Fait pour un salarié de qualifier sa directrice de maltraitante au cours d'une réunion et de saisir le procureur pour maltraitance, sans disposer de preuves, ces accusations n'étant corroborées par aucun membre du personnel (<i>Cass. soc., 21 juin 2018, n° 16-27.649</i>).</li> </ul> <p>→ <b>Faute lourde</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un salarié d'organiser une conférence de presse pour ternir l'image de son employeur en portant des accusations infondées de harcèlement moral et de discrimination en s'appuyant sur des faits sortis de leur contexte (<i>Cass. soc., 5 juill. 2018, n° 17-17.485</i>).</li> </ul>
Critique Dénigrement Climat de mésentente	<p>Comportement à l'origine d'un climat de mésentente</p> <p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Comportement agressif, à plusieurs reprises, d'un salarié qui avait entraîné un climat délétère au sein de la société (<i>Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-27.091</i>).</li> </ul> <p><i>En revanche, si le climat de mésentente créé par la salariée a pour cause le harcèlement moral dont elle a été victime, le licenciement est nul (Cass. soc., 10 juill. 2019, n° 18-14.317).</i></p>	
	<p>Comportement incorrect</p> <p>Harcèlement moral</p> <p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p> <p>Constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement le harcèlement moral par un manager lui-même victime de harcèlement moral et qui n'a pas été sensibilisé par son employeur, pourtant alerté à plusieurs reprises de cette situation, à la difficulté d'exercice de ses fonctions (<i>Cass. soc., 29 janv. 2013, n° 11-23.944</i>).</p>	<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un salarié, déjà averti, d'avoir persisté à adopter un comportement déplacé à connotation sexuelle à l'égard de patientes (<i>Cass. soc., 17 mars 2010, n° 08-45.074</i>).</li> <li>Fait pour un supérieur hiérarchique de commettre des actes de harcèlement sexuel à l'égard de ses subordonnées (<i>Cass. soc., 3 avr. 2019, n° 17-30.911</i>).</li> <li>Fait de tenir des propos humiliants et répétés à connotation raciste, à l'encontre d'un autre salarié (<i>Cass. soc., 5 déc. 2018, n° 17-14.594</i>).</li> </ul> <p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un responsable d'atelier d'adopter une attitude négative et menaçante à l'égard de ses subordonnés, d'insulter et de harceler un salarié pour le pousser à la démission, ce dont il résultait une hostilité permanente à l'égard des salariés placés sous son autorité (<i>Cass. soc., 17 oct. 2001, n° 99-41.766</i>).</li> <li>Faits de harcèlement moral commis à l'encontre de plusieurs salariés (<i>Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-24.776</i>).</li> </ul>
Détournement de pouvoir Abus d'autorité		<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Comportement d'un responsable de ligne de caisse irrespectueux, agressif, méprisant, voire humiliant, qui ne peut être justifié par les contraintes de ses fonctions et qui s'est poursuivi, malgré les mesures mises en place par la direction, au moins à l'égard d'une subordonnée (<i>Cass. soc., 29 févr. 2012, n° 10-16.846</i>).</li> <li>Fait pour un salarié d'autoriser, alors qu'il n'en avait pas le pouvoir, un partage de locaux entre un agent général et un cabinet de courtage, d'accorder des augmentations de salaire sans avoir reçu mandat à cet effet et d'effectuer une fausse déclaration concernant des repas pris au restaurant avec un tiers non identifié (<i>Cass. soc., 6 avr. 2016, n° 14-21.530 P</i>).</li> </ul>
	<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait de volontairement transmettre à des personnes extérieures à l'entreprise, en utilisant le réseau professionnel interne et une liste de diffusion personnelle, une succession de courriers électroniques contenant des</li> </ul>	

Exemples de fautes ayant entraîné un licenciement		
<p><b>Indiscrétion</b> <b>Violation du secret professionnel</b></p>	<p>informations confidentielles, concernant les relations de la société avec l'un de ses clients, susceptibles de nuire à sa réputation (Cass. soc., 17 mars 2010, n° 08-45.519).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait de permettre à un autre salarié qui n'y est pas habilité d'utiliser son code d'accès pour télécharger des informations confidentielles, en méconnaissance des dispositions de la charte informatique (Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 10-14.685).</li> <li>Fait pour une assistante administrative de divulguer à un collègue le montant des salaires perçus par d'autres salariés, ce comportement étant de nature à créer des difficultés au sein de l'entreprise (Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 16-24.069).</li> </ul>	<p>→ <b>Faute lourde</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un salarié protégé d'avoir participé à l'utilisation d'un système d'écoutes clandestines permettant de capter et d'enregistrer les conversations tenues dans le bureau du directeur dès lors que l'intention de nuire est caractérisée (Cass. soc., 3 févr. 1993, n° 90-43.642 P).</li> </ul>
<p><b>Santé et sécurité au travail</b></p>	<p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Refus d'une vaccination prescrite par le médecin du travail et imposée par la réglementation applicable aux entreprises de pompes funèbres par un salarié dont les fonctions l'exposent au risque de la maladie considérée, et en l'absence de contre-indication médicale (Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 10-27.888 P).</li> <li>Absence de port des équipements de protection individuelle et état d'ébriété sur le lieu de travail, le salarié présentant une ancienneté de trente ans et n'ayant fait l'objet d'aucune mesure disciplinaire antérieure (Cass. soc., 13 janv. 2016, n° 14-21.396).</li> <li>Fait pour un cariste de prendre son poste malgré un traitement médicamenteux altérant son comportement, en mettant en danger ses collègues (Cass. soc., 12 oct. 2017, n° 16-18.836).</li> </ul>	<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait de laisser son chien pendant trois heures à l'intérieur de son véhicule stationné sur le parking de l'entreprise et de ne pas être en mesure de l'empêcher d'attaquer un salarié sur ce parking (Cass. soc., 4 oct. 2011, n° 10-18.862 P).</li> <li>Fait pour un directeur de site de faire démonter des rayonnages par ses salariés, sans protection, à plus de quatre mètres de hauteur (Cass. soc., 7 oct. 2015, n° 14-12.403).</li> <li>Fait pour un chauffeur conduisant un véhicule de collecte dans lequel se trouvait deux autres salariés, de rouler de manière excessive, sans ceinture de sécurité (Cass. soc., 15 déc. 2016, n° 15-21.749).</li> <li>Fait pour un salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière de sécurité, d'affecter un salarié placé sous sa responsabilité à des travaux en hauteur sans appliquer les mesures de protection nécessaires pour assurer sa sécurité, ce salarié ayant été victime d'un accident du travail en chutant d'une échelle (Cass. soc., 11 mai 2016, n° 14-26.285).</li> </ul>
<p><b>Indiscipline</b> <b>Insubordination</b></p>	<p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Refus d'utiliser dans son travail des logiciels informatiques déterminés, pour l'usage desquels le salarié avait reçu des formations (Cass. soc., 9 févr. 2012, n° 10-21.334).</li> <li>Refus par un assistant chef de chantier d'un déplacement s'inscrivant dans le cadre habituel de son activité (Cass. soc., 2 avr. 2014, n° 12-19.573 P).</li> </ul> <p><i>En revanche, est sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié dont le contrat prévoyait des grands déplacements, fondé sur son refus d'effectuer, le jour même ou le lendemain, un déplacement à plus de 300 km de son domicile, compte tenu d'un délai de prévenance insuffisant (Cass. soc., 22 mars 2018, n° 16-22.179).</i></p>	<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Refus de se soumettre aux horaires et jours de travail définis dans son contrat de travail, ce comportement d'insubordination caractérisée étant de nature à entraîner la mise en jeu de la responsabilité pénale de l'employeur pour infraction à la règle du repos hebdomadaire (Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-13.249).</li> <li>Fait pour un salarié de ne pas exécuter loyalement ses missions depuis la nomination d'une nouvelle direction et de faire preuve d'insubordination persistante (Cass. soc., 31 mars 2010, n° 09-41.016).</li> <li>Fait pour une salariée de refuser une nouvelle affectation provisoire, en dépit de sa clause de mobilité, et de préciser qu'elle refusera toute autre affectation (Cass. soc., 24 oct. 2018, n° 17-22.600).</li> <li>Fait, pour un basketteur professionnel en arrêt de travail, de refuser les soins lui permettant de reprendre son activité, au mépris d'une clause contractuelle l'exigeant (Cass. soc., 20 févr. 2019, n° 17-18.912 P).</li> </ul>
<p><b>Alcoolisme</b> <b>Ivresse</b></p>	<p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Introduction et consommation d'alcool sur les lieux et pendant le temps de travail, sans autorisation de la hiérarchie et en violation du règlement intérieur, par un salarié dont l'ancienneté est de nature à lui conférer une conscience accrue du danger lié à ces faits à raison des machines utilisées pour la construction et pour la réparation des transformateurs (Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-12.884).</li> <li>Fait pour des salariés hébergés dans un local appartenant à l'entreprise d'avoir consommé de l'alcool et d'avoir laissé les lieux en désordre après y avoir apposé des graffitis obscènes, causant ainsi une perturbation aux utilisateurs du local (Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-45.121).</li> </ul>	<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un directeur d'agence de se trouver régulièrement sur son lieu de travail en état d'ébriété après le déjeuner (Cass. soc., 9 févr. 2012, n° 10-19.496).</li> <li>Salarié en état d'ébriété qui agresse le salarié chargé par l'employeur de le reconduire à son hôtel, s'empare du véhicule mis à la disposition de ce dernier et provoque un accident mortel de la circulation (Cass. soc., 29 avr. 2009, n° 07-42.294).</li> </ul> <p><i>En revanche, ne constitue ni une faute grave ni une cause réelle et sérieuse de licenciement le fait pour un salarié de participer à un « pot » organisé dans l'entreprise, sans autorisation de l'employeur, et d'avoir consommé modérément des boissons alcoolisées, son état d'ébriété n'étant pas démontré et le salarié n'ayant fait l'objet d'aucune sanction en dix années au service de l'employeur (Cass. soc., 15 déc. 2011, n° 10-22.713).</i></p>
<p><b>Tabac</b></p>	<p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p>	<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un employé d'une cartonnerie de fumer une cigarette dans un local de l'entreprise, en violation d'une interdiction résultant d'un arrêté préfectoral, figurant au règlement intérieur et justifiée, en raison du risque d'incendie, par la sécurité des personnes et des biens (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 2008, n° 06-46.421 P).</li> <li>Fait pour un salarié de fumer dans l'enceinte de l'entreprise stockant des matières hautement inflammables, alors qu'il avait déjà été rappelé à l'ordre et sanctionné à ce titre (Cass. soc., 16 juin 2015, n° 14-10.327).</li> </ul>

Exemples de fautes ayant entraîné un licenciement		
<p><b>Tenue vestimentaire</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un salarié de travailler en bermuda et de refuser de porter un pantalon sous sa blouse, cette tenue vestimentaire du salarié étant incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail (<i>Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273 P.</i>)</li> <li>Fait pour la secrétaire d'une agence immobilière en contact avec la clientèle de se présenter au travail en survêtement (<i>Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-43.988 P.</i>)</li> </ul> <p><i>En revanche, est discriminatoire le fait de licencier un salarié d'un restaurant gastronomique du fait qu'il porte une boucle d'oreille, au motif qu'il ne devrait pas le faire en sa qualité d'homme (Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-28.213 P.)</i></p>	
<p><b>Négligence Mauvaise exécution du travail</b></p>		<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un responsable comptable d'effectuer une opération financière sans respecter la procédure interne de double signature, en dépit de deux avertissements précédents (<i>Cass. soc., 6 mars 2019, n° 17-20.275.</i>)</li> <li>Erreurs et manque de vigilance d'un salarié disposant d'une expérience de neuf ans, dont les compétences sont avérées, et qui a déjà fait l'objet d'un avertissement pour des faits de même nature (<i>Cass. soc., 30 avr. 2014, n° 13-11.047.</i>)</li> <li>Propos irrespectueux et insolents tenus par le gestionnaire de comptes cotisants d'une société d'assurance à un assuré, de nature à porter une atteinte importante à l'image ou à la réputation de son employeur (<i>Cass. soc., 25 juin 2014, n° 12-24.627.</i>)</li> <li>Fait pour une aide-soignante d'administrer un médicament sans prescription médicale à une patiente d'une unité de vie sécurisée pour patients désorientés, son acte mettant en danger la santé de la patiente et engageant la responsabilité de l'employeur (<i>Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-20.400.</i>)</li> </ul>
<p><b>Utilisation à des fins personnelles du matériel et/ou du personnel</b></p>	<p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait d'utiliser l'accès Internet à des fins personnelles pour visiter des sites prohibés (<i>Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-41.044.</i>)</li> <li>Envoi à des collègues de travail, à partir de l'ordinateur mis à la disposition par l'entreprise, de 178 courriels accompagnés de vidéos à caractère sexuel, humoristique, politique ou sportif, en violation des obligations contractuelles et du règlement intérieur de l'entreprise prohibant les connexions sur Internet à des fins personnelles (<i>Cass. soc., 18 déc. 2013, n° 12-17.832.</i>)</li> </ul> <p><i>En revanche, l'utilisation parfois abusive de la carte de télépéage mise à disposition d'une salariée, et le téléchargement sur l'ordinateur portable de fichiers personnels volumineux ne provenant pas d'un piratage et ne présentant pas un caractère illicite peuvent ne pas être constitutifs d'une cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 25 oct. 2017, n° 16-11.173 P.)</i></p>	<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Utilisation de la messagerie professionnelle pour la réception et l'envoi de documents à caractère pornographique et conservation sur le disque dur d'un nombre conséquent de fichiers de ce type (<i>Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.691.</i>)</li> <li>Fait pour un salarié d'avoir quotidiennement, pendant plusieurs mois, appelé la métropole depuis la Martinique à partir du bureau du président, bien qu'il ait été averti à plusieurs reprises de l'augmentation anormale des consommations téléphoniques (<i>Cass. soc., 18 juin 2003, n° 01-43.122.</i>)</li> <li>Connexion pendant le temps de travail à des sites extraprofessionnels, pour une durée totale d'environ 41 heures durant un mois (<i>Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247.</i>)</li> <li>Fait pour un salarié, pendant son service, d'utiliser à des fins personnelles le matériel informatique de l'établissement qu'il était chargé de surveiller, provoquant une panne (<i>Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 09-40.943.</i>)</li> <li>Utilisation répétée pendant les heures de service des ordinateurs mis à disposition pour l'exécution de sa prestation de travail en se connectant au vu et au su du personnel, à des sites pornographiques sur Internet (<i>Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28.585.</i>)</li> </ul>
<p><b>Menace Injure Violence</b></p>	<p><i>Injure et insulte</i></p> <p>→ <b>Cause réelle et sérieuse</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Propos injurieux tenus à l'encontre du gérant, compte tenu du contexte dans lequel les injures ont été proférées et du défaut de maîtrise de la langue française du salarié (<i>Cass. soc., 12 mars 2002, n° 99-45.742.</i>)</li> <li>Propos injurieux, diffamatoires et excessifs tenus par un directeur commercial à l'encontre de l'employeur qui s'inscrivent dans des relations contractuelles d'une durée de 14 années, jusque-là sans reproche, perturbées par l'état dépressif du salarié (<i>Cass. soc., 21 avr. 2010, n° 09-40.527.</i>)</li> </ul> <p><i>Violence physique et menace</i></p> <p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait de menacer son supérieur hiérarchique dans son bureau en présence d'un autre salarié et d'un client important de la société (<i>Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-18.717 ; Cass. soc., 12 juin 2019, n° 17-24.589.</i>)</li> </ul>	<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un salarié, auquel il est demandé, après plusieurs jours d'absence, de s'expliquer sur la présence de devis sur son ordinateur portable non transférés sur le serveur de la société, d'insulter grossièrement son supérieur hiérarchique et de jeter à terre un écran d'ordinateur en présence d'un fournisseur (<i>Cass. soc., 31 mars 2010, n° 08-45.513.</i>)</li> <li>Fait pour une salariée de traiter, en présence de ses collègues, son supérieur de « bordélique qui perd tous ses papiers », de « tronche de cake », de lui dire qu'il n'est pas « apte à être directeur », et « rien d'autre qu'un gestionnaire comptable » (<i>Cass. soc., 6 mars 2019, n° 18-12.449.</i>)</li> </ul> <p><i>En revanche, l'utilisation par un salarié du qualificatif de « pitbull » pour désigner un collègue, même déjà prise à partie lors d'un précédent incident qui n'a donné lieu à aucune sanction, ne peut justifier la rupture immédiate de son contrat de travail (Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 08-41.715.)</i></p> <p>→ <b>Faute lourde</b></p>

Exemples de fautes ayant entraîné un licenciement		
	<ul style="list-style-type: none"> <li>Rixe entre salariés survenue chez un client de la société, peu important le caractère isolé de ces faits de violence physique et l'ancienneté du salarié (<i>Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-17.805</i>).</li> <li>Fait de frapper un collègue (<i>Cass. soc., 6 févr. 2002, n° 99-45.418 ; Cass. soc., 5 déc. 2007, n° 06-43.304 ; Cass. soc., 23 juin 2010, n° 08-45.308</i>).</li> </ul> <p><i>En revanche, ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement une gifle donnée à un subordonné que le salarié tente de calmer, suite au comportement odieux, insultant, vexatoire et provocateur de ce dernier qui cherchait la bagarre (Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66.213).</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour le salarié d'agresser volontairement et de manière préméditée, lors d'un entretien disciplinaire, le gérant de la société, en lui causant un traumatisme crânien avec une incapacité temporaire de travail de quinze jours (<i>Cass. soc., 28 mars 2018, n° 16-26.013 P</i>).</li> <li>Fait de menacer de mort son employeur, en ayant un geste de menace d'égolement (<i>Cass. soc., 4 juill. 2018, n° 15-19.597</i>).</li> </ul>
Malhonnêteté	<p><b>Malhonnêteté</b></p> <p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Dissimulation par un salarié de faits de vol dont il a été témoin (<i>Cass. soc., 1<sup>er</sup> déc. 2011, n° 09-71.204</i>).</li> <li>Fait pour un agent de sécurité de dissimuler à son employeur, pendant plusieurs mois, une condamnation lui interdisant la poursuite de son activité (<i>Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 08-41.243 P</i>).</li> <li>Fait pour un chargé de clientèle de s'approprier des tickets cadeaux destinés à la clientèle, et de ne pas le révéler spontanément lorsque la hiérarchie l'a découvert (<i>Cass. soc., 28 mars 2018, n° 16-12.963</i>).</li> <li>Fait pour un directeur d'agence de dissimuler à son employeur l'existence d'une perte de 623 000 euros sur son agence, dont 253 000 euros sur un seul chantier (<i>Cass. soc., 12 juin 2019, n° 18-11.145</i>).</li> </ul>	<p>→ <b>Faute lourde</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Rétention par le salarié de l'ensemble des données comptables de l'entreprise à la suite de son entretien préalable au licenciement. Ce comportement a causé la paralysie d'activité de celle-ci qui, n'ayant pas accès au logiciel de comptabilité, ne pouvait plus comptabiliser ni facture ni recette, caractérisant l'intention de nuire du salarié (<i>Cass. soc., 28 oct. 2014, n° 13-19.609</i>).</li> <li>Fait pour un directeur commercial d'annuler une commande passée à l'entreprise par une société dont il présidait le conseil d'administration, en réaction à une décision de son employeur qu'il estimait injustifiée (<i>Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-22.824</i>).</li> </ul>
	<p><b>Détournement</b></p> <p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un salarié de demander le remboursement de plusieurs pleins d'essence d'un véhicule de fonction pour des déplacements sans lien avec les activités qu'il déclarait déployer dans le même temps pour l'entreprise, des faits similaires pouvant déjà lui être imputés (<i>Cass. soc., 30 juin 2010, n° 08-41.996</i>).</li> <li>Fait pour une directrice financière de s'octroyer le personnel de maison embauché en réalité par son employeur (<i>Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-24.297</i>).</li> </ul>	<p>→ <b>Faute lourde</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fait pour un directeur d'usine de s'attribuer une prime exorbitante représentant plus de six fois son salaire annuel, tout en ayant connaissance de l'impact d'un tel versement sur l'entreprise et de l'irrégularité de la fixation de cette prime (<i>Cass. soc., 2 juin 2017, n° 15-28.115</i>).</li> <li>Fait pour un directeur financier de commettre des détournements de fonds au détriment d'une société et de ses filiales, en les dissimulant au moyen de fausses opérations comptables et des falsifications de documents (<i>Cass. soc., 8 juin 2017, n° 15-25.193</i>).</li> </ul>
	<p><b>Vol</b></p> <p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Vol de deux bouteilles d'alcool dont la vente est l'objet même de l'entreprise au moyen d'un procédé organisé fonctionnant avec la complicité d'un autre salarié et destiné à échapper au contrôle mis en place par l'entreprise (<i>Cass. soc., 12 mars 2014, n° 13-11.696</i>).</li> <li>Vol de marchandises par un vendeur, nonobstant son ancienneté et l'absence de reproche antérieur (<i>Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-16.168 et n° 12-19.464</i>).</li> <li>Vol commis à l'aide du camion de l'entreprise laissé à la disposition du salarié pour le weekend, risquant ainsi de porter atteinte à la réputation et à l'image de l'entreprise (<i>Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-11.907</i>).</li> </ul> <p><i>En revanche, ne constitue pas une faute grave mais seulement une cause réelle et sérieuse de licenciement :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>le détournement du prix de la vente d'un sac d'une valeur de 90,71 euros, acte isolé d'un salarié justifiant d'une ancienneté de 29 ans (<i>Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-41.049</i>) ;</li> <li>le fait de substituer des étiquettes sur des produits achetés, la fraude représentant 13,39 euros (<i>Cass. soc., 29 mai 2019, n° 18-10.801</i>).</li> </ul> <p><i>En revanche, est sans cause réelle et sérieuse le licenciement pour vol de pneus usagers, sans valeur financière, par un mécanicien ayant 18 ans d'ancienneté, et ayant agi sans dissimulation (Cass. soc., 24 janv. 2018, n° 16-21.340).</i></p>	<p>→ <b>Faute lourde</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Vols de numéraire commis à plusieurs reprises dans la caisse de l'entreprise (<i>Cass. soc., 27 oct. 1998, n° 96-43.302</i>).</li> </ul> <p><i>Mais le vol n'implique pas en soi l'intention de nuire à l'employeur et ne caractérise donc pas systématiquement une faute lourde (Cass. soc., 26 oct. 2004, n° 02-42.843).</i></p>
		<p>→ <b>Faute grave</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Vol de deux bouteilles d'alcool dont la vente est l'objet même de l'entreprise au moyen d'un procédé organisé fonctionnant avec la complicité d'un autre salarié et destiné à échapper au contrôle mis en place par l'entreprise (<i>Cass. soc., 12 mars 2014, n° 13-11.696</i>).</li> <li>Vol de marchandises par un vendeur, nonobstant son ancienneté et l'absence de reproche antérieur (<i>Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-16.168 et n° 12-19.464</i>).</li> <li>Vol commis à l'aide du camion de l'entreprise laissé à la disposition du salarié pour le weekend, risquant ainsi de porter atteinte à la réputation et à l'image de l'entreprise (<i>Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-11.907</i>).</li> </ul> <p><i>En revanche, ne constitue pas une faute grave mais seulement une cause réelle et sérieuse de licenciement :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>le détournement du prix de la vente d'un sac d'une valeur de 90,71 euros, acte isolé d'un salarié justifiant d'une ancienneté de 29 ans (<i>Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-41.049</i>) ;</li> <li>le fait de substituer des étiquettes sur des produits achetés, la fraude représentant 13,39 euros (<i>Cass. soc., 29 mai 2019, n° 18-10.801</i>).</li> </ul> <p><i>En revanche, est sans cause réelle et sérieuse le licenciement pour vol de pneus usagers, sans valeur financière, par un mécanicien ayant 18 ans d'ancienneté, et ayant agi sans dissimulation (Cass. soc., 24 janv. 2018, n° 16-21.340).</i></p>
Exemples de fautes ayant entraîné une sanction		
Sanctions injustifiées	<p>→ <b>Avertissement</b></p> <p>Faible productivité alors que les réserves du médecin du travail étaient de nature à expliquer son insuffisance de résultats et que l'employeur ne pouvait ignorer les difficultés qu'il rencontrait et n'a pas cherché à lui fournir un poste compatible avec les recommandations de ce médecin (<i>Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-43.918 P</i>).</p>	<p>→ <b>Mise à pied disciplinaire</b></p> <p>Divulgateur d'informations données en réunion du comité central d'entreprise (aujourd'hui CSE central), alors que le caractère confidentiel des informations n'a pas été précisé par l'employeur (<i>CA Riom, 5 nov. 2013, n° 11/03024</i>).</p>
	<p>→ <b>Avertissement</b></p> <p>Non-respect des consignes données par l'employeur (<i>CA Montpellier, 4<sup>e</sup></i></p>	

## Exemples de fautes ayant entraîné une sanction

<b>Sanctions justifiées</b>	<p>ch., section A, 11 janvier 2017, n° 15/07575).</p> <p>→ <b>Blâme</b></p> <p>Comportement violent et agressif d'un représentant du personnel au cours d'une réunion du comité d'entreprise (<i>aujourd'hui CSE</i> ; Cass. soc., 12 juill. 2015, n° 14-15.829).</p> <p>→ <b>Mise à pied</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fait pour un salarié d'avoir refusé d'accepter les changements de ses conditions de travail (Cass. soc., 20 févr. 2007, n° 05-42.734).</li> <li>• Fait pour un salarié de refuser d'être affecté sur un site relevant de son secteur géographique (Cass. soc., 4 nov. 2003, n° 01-45.003).</li> </ul>	<p>→ <b>Rétrogradation</b></p> <p>Surfacturations et manquements dans le processus de sélection de sociétés prestataires (CA Aix-en-provence, 9<sup>e</sup> ch. C, 2 févr. 2018, n° 16/05250).</p>
-----------------------------	--	--

## - Introduction

### Introduction

Constitue une sanction une mesure prise par l'employeur à la suite d'un agissement fautif du salarié, cette mesure étant susceptible d'avoir des conséquences sur la relation contractuelle (avertissement, mise à pied, rétrogradation, licenciement, etc.).

Toute sanction pécuniaire ou discriminatoire est interdite. Par ailleurs, un même fait ne peut être doublement sanctionné.

Enfin, aucune sanction antérieure de plus de trois ans ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction.

## - 31 DÉFINITION LÉGALE

Selon l'article L. 1331-1 du Code du travail, constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié, considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.

Cette définition est très extensive puisqu'en ne procédant pas à une énumération des sanctions, elle prend en compte toutes les sanctions possibles, y compris les sanctions déguisées.

Comme le précise la circulaire DRT n° 5-83 du 15 mars 1983, trois éléments caractérisent la sanction. Elle est :

- prise par l'employeur,
- justifiée par un comportement antérieur du salarié, que l'employeur considère comme fautif,
- susceptible d'avoir des conséquences sur la relation contractuelle.

## - 32 MESURE PRISE PAR L'EMPLOYEUR

### Qualité d'employeur

La mesure doit avoir été prise par l'employeur. Dès lors que les statuts d'une association disposent que son président en est le représentant légal auprès des tiers pour tous les actes de la vie sociale et à défaut d'une disposition spécifique des statuts attribuant cette compétence à un autre organe de l'association, il entre dans les attributions du président de mettre en œuvre la procédure de licenciement d'un salarié (Cass. soc., 25 nov. 2003, n° 01-42.111 P). En revanche, si les statuts de l'association prévoient que le conseil d'administration désigne le directeur, sur proposition du président, le licenciement du directeur ne peut intervenir que sur décision de ce conseil : à défaut, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-20.452 P).

L'employeur est la personne ayant le pouvoir de sanctionner ou d'engager les poursuites disciplinaires. Même en l'absence de disposition expresse et selon les principes de représentation classiques, le pouvoir disciplinaire de l'employeur peut être dévolu à un cadre de l'entreprise (Cass. soc., 29 sept. 2010, n° 09-42.296 P). Il n'est pas nécessaire que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit, aucune disposition légale n'exigeant cette condition (Cass. soc., 18 nov. 2003, n° 01-43.608 P).

Dans l'hypothèse d'une délégation, les juges vérifient que les sanctions ont été prises par des personnes ayant qualité pour le faire au nom de l'employeur eu égard à leur compétence, leur autorité et aux moyens dont elles disposaient (Cass. soc., 19 juill. 1988, n° 85-45.111 P ; Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-40.244).

En revanche, l'employeur ne peut pas donner mandat à une personne extérieure à l'entreprise, telle que l'expert-comptable, pour notifier un licenciement (Cass. soc., 26 avr. 2017, n° 15-25.204 P).

### Mesure prise

La mesure prise par l'employeur s'entend aussi bien d'un acte positif que d'une abstention.

**Acte positif** : il s'agit des sanctions disciplinaires classiques (l'avertissement, le blâme, la mise à pied, etc.).

L'employeur qui invoque un motif disciplinaire pour mettre fin à la période d'essai, par exemple pour insubordination, doit respecter la procédure disciplinaire (Cass. soc., 14 mai 2014, n° 13-13.975).

La lettre par laquelle l'employeur notifie à un salarié licencié sa décision d'interrompre le préavis en raison d'une faute grave ou lourde constitue non pas une lettre de licenciement, celui-ci ayant déjà été prononcé pour insuffisance professionnelle, mais une sanction disciplinaire (*Cass. soc.*, 19 mars 2014, n° 12-24.149).

**Abstention :** C'est l'inaction de l'employeur qui, dans ce cas, génère la sanction. On peut citer, par exemple, le retard à l'avancement. La sanction, correspondant à une abstention de l'employeur, est difficile à démontrer à moins qu'elle ne compromette un droit virtuel du salarié.

C'est ainsi que ne sont pas assimilés à une sanction :

la décision de l'employeur de prolonger de six mois l'ancienneté minimale que doit avoir un salarié pour bénéficier d'un avancement, faculté prévue par la convention collective (*Cass. soc.*, 18 mars 1992, n° 88-45.745 P) ;  
le refus de l'employeur de faire bénéficier un salarié d'un avancement statutairement fondé sur un critère de choix (*Cass. soc.*, 10 mai 1989, n° 86-42.293 P). Un refus abusif pourrait engager sa responsabilité (*Cass. soc.*, 20 mars 1990, n° 88-41.769 P).

### - 33 AGISSEMENT FAUTIF DU SALARIÉ

La sanction disciplinaire prise par l'employeur doit avoir pour origine un agissement du salarié, considéré par l'employeur comme fautif (*voir n° 5*). La mesure patronale ne sera pas une sanction si elle n'est pas motivée par une faute.

Il revient au juge du fond d'apprécier, en fonction des éléments propres à chaque espèce, si l'employeur a entendu sanctionner un comportement qu'il considère comme fautif, ou simplement transmettre au salarié des observations sur la qualité de son travail. C'est en effet l'intention de l'employeur qui détermine la nature de la mesure.

Ainsi, si l'employeur se contente de constater une insuffisance des prestations du salarié sans reprocher au salarié son comportement fautif, ou s'il procède à un simple rappel à l'ordre, il ne s'agit pas d'une sanction.

De la même manière, ne constitue pas une sanction disciplinaire le changement d'affectation d'un salarié consécutif au retrait de son habilitation à la conduite de certains véhicules dès lors qu'il a pour seul objet, conformément au règlement de sécurité de l'exploitation d'un système de transport public guidé, d'assurer la sécurité des usagers, du personnel d'exploitation et des tiers (*Cass. ass. plén.*, 6 janv. 2012, n° 10-14.688 P ; *voir également Cass. soc.*, 18 mars 2015, n° 14-11.032, s'agissant d'une suspension de vol pour un commandant de bord prononcée en tant que mesure de prévention à la suite d'un accident et dans l'attente d'investigations en cours).

Il en est de même du droit pour une société de transport aérien de refuser le transport d'un salarié pour des voyages ultérieurs en raison de son comportement à bord : ce refus prévu par le contrat de transport n'est pas une sanction disciplinaire, car il s'agit de l'exercice d'un droit lié au comportement de la personne en tant que passager (*Cass. soc.*, 18 janv. 2017, n° 15-21.802).

Les faits reprochés doivent être imputables au salarié (*Cass. soc.*, 6 juill. 2011, n° 10-10.820).

la lettre par laquelle l'employeur enjoint au salarié, en raison de son comportement, de cesser tout rapport avec la clientèle et de s'en tenir à l'étude de certains dossiers (*Cass. soc.*, 10 juill. 1995, n° 94-40.610) ;  
la réclamation au salarié de sommes indûment perçues (*Cass. soc.*, 18 nov. 1992, n° 90-40.010 P) ;  
le compte rendu d'un entretien au cours duquel l'employeur adresse divers reproches au salarié, sans mention de la volonté de le sanctionner (*Cass. soc.*, 12 nov. 2015, n° 14-17.615 P) ;  
le fait d'évincer un salarié d'un programme de formation destiné à rechercher de futurs responsables de magasin (*Cass. soc.*, 4 juill. 2018, n° 17-16.629) ;  
le repositionnement d'un directeur commercial sur un autre secteur géographique, en raison d'un bilan professionnel non satisfaisant sur les stratégies d'implantation qui n'avaient pas été respectées, sur l'encadrement insuffisant de son équipe et sur des résultats commerciaux décevants (*Cass. soc.*, 6 mars 2019, n° 17-20.886) ;  
un courrier mentionnant des insuffisances du salarié, dès lors que l'employeur n'indiquait pas qu'il les considérait comme fautives ni ne manifestait l'intention de les sanctionner (*Cass. soc.*, 18 oct. 2017, n° 16-18.163).

une lettre ou un courrier électronique de l'employeur reprochant au salarié diverses erreurs et le mettant en demeure d'apporter un maximum de soins à la réalisation des travaux qui lui sont confiés, ou notifiant une mise en garde (*Cass. soc.*, 6 mars 2007, n° 05-43.698 ; *Cass. soc.*, 26 mai 2010, n° 08-42.893) ;  
un courrier dans lequel l'employeur formule des reproches précis à une salariée, en l'invitant « instamment » à changer « radicalement » et « sans délai » de comportement, sous peine de licenciement disciplinaire (*Cass. soc.*, 6 nov. 2019, n° 18-20.268) ;  
le changement d'affectation d'un salarié, décidé par l'employeur en raison de faits considérés par lui comme fautifs (*Cass. soc.*, 19 juin 1991, n° 87-45.597 P) ;  
la procédure de demande d'explications écrites en vigueur au sein d'une entreprise, alors qu'elle est mise en œuvre à la suite de faits qualifiés de refus d'obéissance et que les demandes formulées par l'employeur et les réponses écrites du salarié sont conservées dans le dossier individuel de celui-ci (*Cass. soc.*, 30 janv. 2013, n° 11-23.891 P ; *Cass. soc.*, 19 mai 2015, n° 13-26.916 P).

### - 34 CONSÉQUENCES SUR LA RELATION CONTRACTUELLE

La sanction se définit, non seulement à partir du lien de causalité entre la faute et la mesure prise, mais également à partir des effets qu'elle est susceptible de produire sur la situation du salarié dans l'entreprise. Elle est en effet de « nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération » (*C. trav.*, art. L. 1331-1).



Constituent des sanctions disciplinaires, les mesures ayant des conséquences sur :

la présence du salarié : il s'agit, par exemple, du licenciement ou de la mise à pied ;  
 la fonction du salarié, c'est-à-dire non seulement le titre ou la qualification professionnelle, mais également la nature des activités, le type de travail attaché à la qualification professionnelle, par exemple, la rétrogradation ;  
 la carrière du salarié : mutation, refus d'une promotion, blocage à l'avancement, radiation d'une liste d'aptitude ;  
 la rémunération du salarié : mise à pied, rétrogradation. Dans ces hypothèses, la retenue sur salaire correspond soit à un temps d'absence, soit à une modification des fonctions. S'agissant des sanctions pécuniaires, elles sont prohibées en application de l'article L. 1331-2 du Code du travail (voir n° 42).

### - 35 OBSERVATIONS VERBALES

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

### - 36 BLÂME ET AVERTISSEMENT

L'article L. 1332-2 du Code du travail relatif à la procédure disciplinaire prévoit une procédure simplifiée pour les sanctions mineures que sont les avertissements et sanctions de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié. Il s'agit donc bien de sanctions disciplinaires (Cass. crim., 21 mars 2000, n° 98-84.714 P ; Cass. soc., 9 févr. 2010, n° 08-44.608).

Si de telles mesures n'ont pas d'incidence immédiate sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié, il n'en reste pas moins qu'elles peuvent, à terme mais non de façon certaine, produire de tels effets.

La Cour de cassation juge d'ailleurs que lorsqu'un règlement intérieur subordonne un licenciement à l'existence de deux sanctions antérieures pouvant être des avertissements, l'employeur est tenu de mettre en œuvre la procédure disciplinaire classique et de convoquer le salarié à un entretien préalable (Cass. soc., 3 mai 2011, n° 10-14.104 P).

### - 37 AVERTISSEMENT

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

Néanmoins, lorsque l'avertissement peut avoir une influence sur le maintien 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 P ; Cass. soc., 13 févr. 2013, n° 11-27.615 ; voir n° 64).

L'avertissement peut être défini comme le courrier adressé au salarié à la suite d'agissements considérés, par l'employeur, comme fautifs. Si le terme d'« avertissement » n'a pas obligatoirement à figurer dans la lettre, il est toutefois préférable de le préciser. En effet, la distinction entre la lettre d'avertissement (sanction disciplinaire) et la lettre de mise au point n'est pas toujours aisée (voir n° 33).

un courrier électronique de mise en garde ou reprochant au salarié son comportement (Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-43.698 ; Cass. soc., 26 mai 2010, n° 08-42.893 ; Cass. soc., 9 avr. 2014, n° 13-10.939) ;

une lettre de l'employeur dans laquelle il reproche au salarié diverses erreurs et le met en demeure de faire un effort pour redresser la situation sous peine de déclassement ou de licenciement (Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-42.709 P).

une lettre dans laquelle l'employeur se contente de constater l'insuffisance des prestations du salarié (Cass. soc., 22 janv. 1991, n° 87-42.844 P) ;

un simple rappel à l'ordre, à savoir une lettre de l'employeur qui se borne à demander au salarié de faire un effort pour se ressaisir (Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 07-44.491 P).

### - 38 MISE À PIED DISCIPLINAIRE

#### Définition

La mise à pied est une mesure de suspension provisoire du contrat de travail. Elle entraîne pour le salarié la suppression de sa rémunération et l'interdiction d'exercer ses attributions professionnelles pendant la durée de la mise à pied. Même si elle a une incidence

sur la rémunération, elle est licite. En effet, cette retenue est fondée sur l'inexécution de la prestation de travail.

Même si le salarié persiste à se présenter au travail malgré l'opposition de son employeur, il ne peut prétendre au paiement de son salaire (*Cass. soc., 23 nov. 1978, n° 77-41.447 P*).

La mise à pied disciplinaire est une sanction, contrairement à la mise à pied à titre conservatoire qui est une dispense de travail intervenant au cours de la procédure disciplinaire dans l'attente d'une sanction à venir.

Sur la requalification de la mise à pied conservatoire en mise à pied disciplinaire :

- en cas d'engagement tardif de la procédure de licenciement, voir n° 81 ;
- en l'absence de notification d'un licenciement pour faute grave ou lourde, voir n° 85.

### Procédure

La mise à pied à titre disciplinaire est soumise à la procédure prévue à l'article L. 1332-2 du Code du travail, c'est-à-dire qu'elle doit être précédée d'un entretien préalable, notifiée au salarié concerné et motivée (*voir n° 63*). Une mise à pied disciplinaire prononcée par téléphone est donc sans effet (*Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-42.769*).

Distinction entre mise à pied conservatoire et mise à pied disciplinaire		
	Mise à pied conservatoire	Mise à pied disciplinaire
<b>Définition</b>	Mesure conservatoire : n'est pas une sanction	Sanction
<b>Formalisme</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pas d'entretien préalable</li> <li>- Conseil : notification verbale confirmée par écrit, suivie d'un engagement immédiat de la procédure disciplinaire</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Entretien préalable</li> <li>- Notification écrite et motivée</li> </ul>
<b>Durée</b>	Durée indéterminée ou déterminée dans l'attente de la décision de l'employeur dans le cadre de la procédure de licenciement en cours	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Durée fixée d'avance</li> <li>- Sa durée maximale doit être fixée par le règlement intérieur, et respecter les durées maximales éventuellement fixées par la convention collective</li> </ul>
<b>Effet</b>	Période non travaillée, rémunérée sauf si elle débouche sur un licenciement pour une faute grave ou lourde	Période non travaillée, non rémunérée

Il appartient à l'employeur de faire connaître au salarié la date et les conditions de son exécution. À défaut, il ne peut lui être reproché de ne pas l'avoir exécutée (*Cass. soc., 24 juin 2009, n° 08-41.438*).

**À NOTER** L'employeur peut imposer une mise à pied disciplinaire fractionnée (*Cass. soc., 12 avr. 2012, n° 11-13.768*).

### Durée

La durée de la mise à pied ne fait l'objet d'aucune disposition dans le Code du travail. Cependant, le règlement intérieur doit prévoir sa durée maximale ; à défaut la mise à pied est illicite (*Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-42.740 P ; Cass. soc., 7 janv. 2015, n° 13-15.630 ; Cass. soc., 11 déc. 2015, n° 14-19.954*).

De surcroît, dès lors que le règlement intérieur fixe la durée maximale de la mise à pied disciplinaire, celle-ci doit être conforme aux dispositions conventionnelles éventuellement existantes : il ne peut donc pas fixer une durée de mise à pied disciplinaire plus longue que celle prévue par la convention collective (*Cass. soc., 24 nov. 2010, n° 09-42.267*).

### Effets

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

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

## - 39 RÉTROGRADATION

### Définition

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

La jurisprudence opère donc la distinction suivante :

→ **sont licites les rétrogradations qui correspondent à une baisse effective des responsabilités hiérarchiques ou des fonctions.**

En effet, une mesure de rétrogradation ne constitue pas une sanction pécuniaire prohibée lorsque la diminution de rémunération qu'elle entraîne résulte de l'affectation du salarié à une fonction ou à un poste différents et de moindre qualification (*Cass. soc., 24 mars 1988, n° 86-41.600 P ; Cass. soc., 7 juill. 2004, n° 02-44.476 P*). Il ne s'agit pas non plus d'une double sanction, la baisse de rémunération n'étant que la conséquence de la rétrogradation du salarié dans un emploi moins rémunéré.

Il en est ainsi de la rétrogradation :

- au poste d'ouvrier conducteur d'un contremaître chargé d'exercer un contrôle de la qualité, qui a fait preuve de négligences répétées et graves à la suite de défauts de fabrication (*Cass. soc., 30 avr. 1997, n° 95-44.746*) ;
- au poste de technicien d'un responsable de bureau d'études (*Cass. soc., 7 juill. 2004, n° 02-44.476 P*).

→ **sont illicites, les rétrogradations qui impliquent seulement une diminution de salaire sans modification des fonctions** (*Cass. soc., 23 févr. 1994, n° 90-45.001*). Dès lors que le salarié conserve le même poste mais voit sa rémunération réduite, la sanction ne constitue pas une rétrogradation licite mais, au contraire, une sanction pécuniaire prohibée (*Cass. soc., 28 avr. 1993, n° 89-41.688 ; Cass. soc., 23 févr. 1994, n° 90-45.001 ; Cass. soc., 11 mars 1997, n° 94-40.881*).

Une rétrogradation peut être décidée à titre provisoire dans l'attente d'une décision pénale définitive ou d'une sanction. Destinée à sauvegarder les intérêts de l'employeur, cette mesure conservatoire n'interdit pas une sanction ultérieure (*Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 04-46.051 P ; Cass. soc., 27 janv. 2009, n° 07-43.809*).

#### Procédure

La rétrogradation est soumise à la procédure prévue aux articles L. 1332-2 et suivants du Code du travail, c'est-à-dire qu'elle doit être précédée d'un entretien préalable, notifiée au salarié et motivée (*voir n° 63 et s.*).

De plus, parce qu'elle constitue une modification du contrat de travail, l'employeur ne peut pas l'imposer au salarié. Il doit en effet au préalable requérir son acceptation (*Cass. soc., 15 juin 2000, n° 98-43.400 P*).

→ **Concernant l'impact de la proposition de modification du contrat de travail** sur le délai de prescription de la faute, *voir n° 24*.

Lorsque l'employeur notifie au salarié une sanction emportant modification de son contrat de travail, il doit l'informer de sa faculté d'accepter ou refuser cette modification (*Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 09-70.619 P*). À défaut, le salarié, qui se voit imposer une modification unilatérale de son contrat peut obtenir l'annulation de la rétrogradation et exiger la poursuite du contrat aux conditions initiales (*Cass. soc., 9 mai 2019, n° 17-20.706*), ou saisir le juge afin de faire analyser cette voie de fait en un licenciement qui sera alors sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc., 29 mai 2013, n° 12-13.437*).

#### Durée

La durée de la rétrogradation ne fait l'objet d'aucune disposition dans le Code du travail. Elle a, le plus souvent, un caractère permanent, ce qui n'est pas de nature à la rendre illicite (*Cass. avis, 4 nov. 1994, n° 09-40.018 P*).

#### Période d'essai

Même si la rétrogradation entraîne une modification des attributions du salarié, l'employeur ne peut imposer une période d'essai qui aurait pour effet de lui permettre de rompre le contrat de travail sans avoir à justifier d'un quelconque motif (*Cass. soc., 17 févr. 1993, n° 88-45.539 P*).

→ **Concernant le refus du salarié**, *voir n° 68*.

## - 40 MUTATION INTERNE, DÉPLACEMENT, TRANSFERT

### Distinction avec les mesures d'organisation

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

Pour constituer une sanction, la mesure doit avoir été prise en raison d'une faute commise par le salarié (*Cass. soc., 19 juin 1991, n° 87-45.597 P ; Cass. soc., 29 mai 2002, n° 00-40.996 ; Cass. soc., 31 mars 2009, n° 07-44.791 ; voir n° 33*).

En revanche, le changement d'affectation ne constitue pas une sanction s'il est décidé seulement dans l'intérêt du service, en raison des difficultés d'adaptation du salarié à ses fonctions (*Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-42.572*) et en l'absence de tout reproche (*Cass. soc., 16 mai 2001, n° 99-41.318*).

De la même manière, le changement d'affectation ne s'analyse pas en une sanction disciplinaire lorsqu'il a pour seul objet d'assurer la sécurité des usagers, du personnel d'exploitation et des tiers (*Cass. ass. plén., 6 janv. 2012, n° 10-14.688 P ; Cass. soc., 8 oct. 2014, n° 13-13.673 P* : concernant un changement d'affectation provisoire dans l'attente de l'engagement d'une procédure disciplinaire).

### Modification du contrat de travail

Lorsque la mutation du salarié implique une modification du contrat de travail du salarié, l'employeur ne peut lui imposer unilatéralement mais doit au préalable recueillir son acceptation (*Cass. soc., 2 mars 2010, n° 08-44.902 ; voir n° 68*).

En revanche, si la mutation ne constitue qu'un changement des conditions de travail, par exemple parce qu'elle est prise en application d'une clause de mobilité, elle s'imposera au salarié (*Cass. soc., 11 juill. 2001, n° 99-41.574 P*).

→ **Concernant l'impact de la proposition de modification du contrat de travail** sur le délai de prescription de la faute, *voir n° 24*.

## - 41 LICENCIEMENT DISCIPLINAIRE

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

une sanction disciplinaire motivée par des faits commis par le salarié et considérés par l'employeur comme fautifs ;  
l'exercice du droit de résiliation du contrat de travail.

Cette double finalité a pour effet d'entraîner l'application combinée des dispositions légales relatives au licenciement et au droit disciplinaire (*voir n° 78 et s.*).

## - 42 DÉFINITION

L'article L. 1331-2 du Code du travail interdit les amendes ou autres sanctions pécuniaires, et précise que « toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite ».

La prohibition des sanctions pécuniaires a ainsi un caractère d'ordre public auquel ne peut faire échec une disposition du contrat de travail (*Cass. soc.*, 20 oct. 2010, n° 09-42.896 P ; *Cass. soc.*, 13 oct. 2015, n° 14-14.440) ou une disposition conventionnelle (*Cass. soc.*, 11 févr. 2009, n° 07-42.584 P).

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 (*C. trav.*, art. L. 1334-1).

Le législateur n'a pas donné de définition de la sanction pécuniaire. La frontière entre les sanctions licites, affectant la rémunération telles que la mise à pied ou la rétrogradation (*voir n° 38 et s.*) et les sanctions pécuniaires interdites en application de l'article L. 1331-2 du Code du travail, n'est pas toujours aisée à déterminer.

Cette question donne lieu à une abondante jurisprudence de la Cour de cassation.

## - 43 RÉDUCTION OU SUPPRESSION D'UN ÉLÉMENT DE LA RÉMUNÉRATION

### Pour faute

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

Cependant, la retenue opérée par l'employeur sur le salaire en raison de l'absence du salarié et à proportion de la durée de cette absence ne constitue pas une sanction disciplinaire, mais simplement la conséquence de la non-exécution par le salarié de sa prestation de travail (*Cass. soc.*, 21 mars 2012, n° 10-21.097).

L'interdiction des sanctions pécuniaires s'applique :

#### Au salaire de base

Constitue une sanction pécuniaire prohibée :

la retenue sur salaire au seul motif du dépassement du forfait téléphonique attaché au téléphone professionnel du salarié (*Cass. soc.*, 15 mai 2014, n° 12-30.148) ;

une clause contractuelle autorisant l'employeur à prélever, chaque mois, une somme fixe sur la rémunération du salarié au titre de l'avantage en nature lié au véhicule de l'entreprise mis à sa disposition, en cas d'insuffisance de son chiffre d'affaires (*Cass. soc.*, 20 oct. 2010, n° 09-42.896 P) ;

la retenue sur la rémunération d'un salarié, ayant eu trois accidents avec son véhicule de fonction, d'une somme correspondant aux franchises prévues dans le contrat d'assurance (*Cass. soc.*, 6 mai 2009, n° 07-44.485 P) ;

la retenue sur salaire pour rembourser les contraventions afférentes au véhicule professionnel mis à disposition d'un salarié (*Cass. soc.*, 11 janv. 2006, n° 03-43.587 P) ;

la retenue sur salaire, correspondant à la durée de la réunion à laquelle trois salariés ont refusé d'assister tout en restant à leur poste de travail (*Cass. soc.*, 19 nov. 1997, n° 95-44.309 P) ;

la retenue sur salaire opérée en contrepartie d'un détournement de fonds commis par le salarié (*Cass. soc.*, 9 oct. 2019, n° 18-15.593).

#### Aux primes diverses

Constitue une sanction pécuniaire prohibée :

la suppression d'une prime prévue dans les seuls cas où le salarié est reconnu responsable au moins pour moitié d'un accident de la circulation (*Cass. soc.*, 3 mars 2015, n° 13-23.857) ;

la suppression d'une prime trimestrielle ou de fin d'année en raison de faits considérés comme fautifs par l'employeur (*Cass. soc.*, 7 mai 1991, n° 87-43.350 P ; *Cass. soc.*, 2 avr. 1997, n° 94-43.352 P) ;

la suppression d'une prime de « rétribution pour la qualité et la productivité » prévue dans l'entreprise au profit des « personnes présentes tous les jours travaillés de son équipe ou de son service pendant un mois donné ». L'entreprise la supprimait « pour indiscipline, inefficacité, refus d'obéissance, faute professionnelle ou négligence » (*Cass. soc.*, 16 févr. 1994, n° 90-45.915 P) ;

le fait de déduire du solde de tout compte du salarié le montant d'une prime subordonnée à une condition de présence dans l'entreprise au 30 juin de l'année suivant son versement, lorsque la démission a lieu avant cette date (*Cass. soc.*, 18 avr. 2000, n° 97-44.235 P).

#### À tout autre élément de rémunération

Représentent des sanctions pécuniaires prohibées :

la suspension, à la suite d'agissements considérés comme fautifs, du droit à des billets à tarif réduit pour une employée d'une compagnie de transport (*Cass. soc.*, 22 oct. 1996, n° 93-42.390 ; *Cass. soc.*, 7 juill. 2010, n° 09-41.281) ;

la suppression de la fourniture d'une carte permettant d'obtenir 200 litres d'essence par mois afin de sanctionner le salarié en raison d'une utilisation à des fins non-professionnelles (*Cass. soc.*, 23 juin 2010, n° 09-40.825) ;

la privation de la faculté de lever les options en cas de licenciement du salarié pour faute grave, même si elle est prévue par le plan de stock-options (*Cass. soc.*, 21 oct. 2009, n° 08-42.026 P).

#### Pour exécution défectueuse du travail

La retenue pratiquée sur la rémunération d'un salarié à qui l'employeur reproche une exécution défectueuse de son travail constitue une sanction pécuniaire interdite. Ainsi est prohibé le versement d'une partie seulement de la gratification prévue dans la lettre d'engagement

en raison de la mauvaise qualité du travail du salarié. En l'espèce, la gratification devait exclusivement dépendre des résultats de l'entreprise (*Cass. soc.*, 17 juill. 1996, n° 93-43.963 P).

Constitue également une sanction pécuniaire illicite le fait de réduire une prime de rendement du fait d'un manque de motivation du salarié à tenir son poste (*Cass. soc.*, 11 oct. 2000, n° 98-45.491).

## - 44 REFUS D'ACCORDER UNE AUGMENTATION

### Principe

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

Un avantage peut être accordé individuellement à certains salariés pour récompenser ou stimuler leurs qualités professionnelles, sans que les autres salariés puissent se plaindre d'avoir subi une sanction.

En revanche, l'exclusion de certains salariés du bénéfice de l'avantage consenti sous la forme d'une mesure générale, applicable à l'ensemble du personnel, se présente bien comme une sanction puisqu'elle est fondée sur un comportement jugé reprochable. Ayant trait au salaire, elle constitue donc une sanction pécuniaire illicite (*Cass. soc.*, 19 juill. 1995, n° 91-45.401).

Dans cet arrêt, la Cour de cassation fait une distinction entre les augmentations individuelles fondées sur l'appréciation des qualités professionnelles et une augmentation générale applicable à l'ensemble des salariés.

### Refus d'une augmentation individuelle

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

De même, « le seul fait d'accorder une augmentation de salaire à certains salariés en fonction de leurs qualités professionnelles ne constitue pas à l'égard des autres salariés, une sanction » (*Cass. soc.*, 29 mai 1990, n° 87-40.512 P). L'employeur devra, le cas échéant, être en mesure de justifier par des éléments objectifs concrets les écarts de situation (*Cass. soc.*, 28 sept. 2004, n° 03-42.624 P).

### Refus d'une augmentation générale

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

## - 45 RÉDUCTION D'HORAIRES

Une réduction des horaires de travail utilisée comme une mesure disciplinaire constitue une sanction pécuniaire interdite. En effet, elle ne correspond ni à un déclassement ni à un changement d'affectation. Le refus du salarié d'exécuter une telle sanction n'est donc pas fautif et ne peut justifier son licenciement (*Cass. soc.*, 24 oct. 1991, n° 90-41.537).

## - 46 RETENUE DE SALAIRE POUR INEXÉCUTION DU CONTRAT

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

Il est en ainsi notamment en cas d'absence :

- pour grève, à condition que la retenue soit proportionnelle à l'interruption de travail (*Cass. soc.*, 21 déc. 1977, n° 76-40.474 P) ;
- pour des retards injustifiés (*Cass. soc.*, 21 mars 2012, n° 10-21.097) ;
- pour maladie ou accident (sous réserve de respecter les dispositions légales et conventionnelles relatives au maintien de salaire).

→ **Pour plus de détails**, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « La maladie : contrat de travail et indemnisation ».

- pour mise à pied disciplinaire (voir n° 38).

Cette réduction de la rémunération n'est pas considérée comme une sanction pécuniaire à condition :

- qu'elle soit strictement proportionnelle à la période d'inactivité. Si la retenue pour absence ou retard excède le temps de travail non fourni, elle s'analyse en une sanction pécuniaire illicite (*Cass. soc.*, 8 juill. 1992, n° 89-42.563 P) ;

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

- qu'elle soit identique, quel que soit le motif de l'absence. La Cour de cassation juge illicites les retenues de salaire pratiquées à la suite de grèves alors que d'autres causes d'absence ne donnent pas lieu aux mêmes retenues (*Cass. soc.*, 23 juin 2009, n° 07-42.677 P).

## - 47 AUTRES RETENUES LICITES

Ne constitue pas une sanction pécuniaire :

le fait de subordonner l'attribution de primes à des conditions d'assiduité ou de rendement (*Cass. soc., 10 juin 1992, n° 88-44.717 P*). Le juge doit examiner quelles sont les conditions d'attributions de la prime pour se prononcer sur la question de savoir s'il y a ou non sanction pécuniaire illicite (*Cass. soc., 12 janv. 2016, n° 14-23.831*) ;  
la réclamation au salarié de sommes qu'il a indûment perçues (*Cass. soc., 18 nov. 1992, n° 90-40.010 P*) ;  
la diminution de la rémunération correspondant à une rétrogradation licite (*Cass. soc., 20 avr. 1989, n° 86-42.234 P* ; *Cass. soc., 22 janv. 1992, n° 88-43.050 P* ; voir n° 39).

## - 48 PRINCIPE

Sont interdites les sanctions fondées sur :

un motif interdit par l'article L. 1132-1 du Code du travail, comme le sexe, l'origine ou les convictions religieuses du salarié ;  
le fait d'avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, ou d'avoir signalé une alerte (*C. trav., art. L. 1132-3-3*) ;  
le fait d'avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement sexuel ou moral (*C. trav., art. L. 1152-2 et art. L. 1153-2*) ;  
le fait d'avoir témoigné ou relaté des agissements de harcèlement sexuel ou moral (*C. trav., art. L. 1152-2 et art. L. 1153-3*).

En revanche, le salarié auteur du harcèlement est passible d'une sanction disciplinaire (*C. trav., art. L. 1152-5 et art. L. 1153-6*).

L'atteinte à une liberté fondamentale a également pour effet de rendre illicite la sanction : à ce titre, l'employeur ne peut pas infliger une sanction à un salarié en mesure de rétorsion à une action en justice qu'il a engagée (*Cass. soc., 3 févr. 2016, n° 14-18.600 P* ; *Cass. soc., 13 févr. 2019, n° 17-23.720*) ou qu'il envisage d'engager (*Cass. soc., 21 nov. 2018, n° 17-11.122 P*).

**EXEMPLE** Le lien avec l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice est caractérisé lorsque la lettre de licenciement reproche au salarié d'avoir produit, dans le cadre d'une instance prud'homale les opposant, des documents internes falsifiés ainsi que des attestations de salariés obtenues par abus de sa position hiérarchique, alors que ces faits ne sont pas établis (*Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 18-14.677 P*).

S'agissant de la preuve du lien entre l'action en justice et la sanction lorsque l'employeur ne fait pas expressément référence à l'action en justice dans la lettre de notification, la charge de l'existence d'une mesure de rétorsion pèse sur le salarié lorsque la sanction est justifiée (*Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 17-24.773 P*).

À l'inverse, si la sanction est injustifiée, c'est à l'employeur de prouver que la sanction repose sur des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice (*Cass. soc., 5 déc. 2018, n° 17-17.687*).

## - 49 NON-RESPECT DE CES DISPOSITIONS

### Annulation de la sanction

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

Dès lors que la lettre de licenciement vise la dénonciation de faits de harcèlement, le licenciement est nul (*Cass. soc., 6 déc. 2011, n° 10-18.440* ; *Cass. soc., 15 déc. 2011, n° 10-20.011*).

Aux termes de cette jurisprudence, le fait que l'employeur invoque le harcèlement ou la discrimination dans la lettre de licenciement a un effet contaminant et impose au juge de ne pas examiner les éventuels autres griefs figurant dans la lettre de licenciement.

L'article L. 1235-2-1 du Code du travail, créé par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 (*JO, 23 sept.*), remet en partie en cause cette jurisprudence en posant le principe qu'en cas de pluralité de motifs de licenciement, dès lors qu'un grief reproché au salarié porte atteinte à une liberté fondamentale, le licenciement est nul, mais le juge doit tout de même examiner l'ensemble des griefs énoncés pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation de l'indemnisation qu'il accorde au salarié. Le harcèlement ne relève pas de la violation des libertés fondamentales et n'entre pas dans les situations visées par ce texte, contrairement à certains motifs discriminatoires portant atteinte à des libertés fondamentales, telles que la liberté religieuse, le droit d'agir en justice, l'exercice du droit syndical.

### Condamnation à des dommages-intérêts

En cas de licenciement entaché d'une nullité liée à des faits de harcèlement, de discrimination ou de violation d'une liberté fondamentale, le barème d'indemnisation prud'homale prévu à l'article L. 1235-3 du Code du travail est écarté : à moins que le salarié ne demande sa réintégration, il bénéficie d'une indemnité qui ne peut être inférieure à ses six derniers mois de salaire (*C. trav., art. L. 1235-3-1*).

Pour apprécier le préjudice subi et l'indemnité qu'il accorde, lorsque le licenciement est annulé au motif qu'un des griefs porte atteinte à une liberté fondamentale, le juge doit prendre en compte, le cas échéant, les autres griefs figurant dans la lettre de licenciement et vérifier s'ils sont ou non justifiés (*C. trav., art. L. 1235-2-1*).

## Sanctions pénales

### Code pénal

L'inobservation de l'article L. 1132-1 ne fait l'objet d'aucune incrimination pénale générale dans le Code du travail. Elle peut cependant tomber sous le coup des articles 225-1 et suivants du Code pénal qui sanctionnent les discriminations (peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, *C. pén., art. 225-2*).

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de leur auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, à une nation, à une prétendue race ou à une religion déterminées.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 du Code pénal, ou témoigné de tels faits, y compris si les propos ou comportements n'ont pas été répétés (*C. pén., art. 225-1-1*).

### Code du travail

Une sanction fondée sur une discrimination syndicale peut être annulée et sanctionnée pénalement grâce aux dispositions de l'article L. 2146-2 du Code du travail. Cette disposition punit d'une amende de 3 750 euros toute méconnaissance des articles L. 2141-5 à L. 2141-8 du Code du travail. En cas de récidive, la peine encourue est un an d'emprisonnement et une amende de 7 500 euros.

En outre, sont punis d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 euros les faits de discriminations commis à la suite d'un harcèlement moral ou sexuel définis aux articles L. 1152-2, L. 1153-2 et L. 1153-3 du Code du travail (*C. trav., art. L. 1155-2*).

## - 50 UNE MÊME FAUTE NE PEUT ÊTRE SANCTIONNÉE QU'UNE FOIS

### Principe jurisprudentiel

Aucune disposition légale n'interdit expressément les sanctions cumulatives. Toutefois, en application d'une jurisprudence constante, aucun fait fautif ne peut donner lieu à double sanction (*Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-42.709 P ; Cass. soc., 12 oct. 2004, n° 02-43.753 ; Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-44.570 P*).

Des faits déjà sanctionnés par un avertissement ne peuvent donc pas faire l'objet d'un licenciement, en l'absence d'éléments nouveaux ou de faits postérieurs (*Cass. soc., 16 mars 2010, n° 08-43.057 P*). L'employeur épuise en effet son pouvoir disciplinaire en prononçant l'avertissement. Il ne peut donc pas, relativement aux faits déjà sanctionnés, le restaurer en décidant unilatéralement d'annuler la sanction ainsi notifiée (*Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-21.495*).

### Conséquences

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

En revanche, lorsqu'un même fait est sanctionné simultanément par deux sanctions distinctes, en l'occurrence, une mise à pied disciplinaire de cinq jours, et une mutation disciplinaire, les deux sanctions doivent être annulées car elles sont toutes les deux illicites (*Cass. soc., 22 mai 2019, n° 17-27.985*).

**À NOTER** Le détournement de fonds et les refus réitérés de les rembourser sont des fautes distinctes justifiant des sanctions distinctes (*Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-15.592*). Si l'employeur procède à une retenue sur le salaire du salarié en contrepartie du détournement de fonds par celui-ci, puis le licencie pour faute grave en raison de ce détournement de fonds, la retenue sur salaire doit être qualifiée de sanction pécuniaire illicite, et le licenciement se trouve dépourvu de cause réelle et sérieuse dans la mesure où il constitue la réitération d'une sanction des mêmes faits (*Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 18-15.593*).

Le principe de non-cumul a pour effet que, lorsqu'une lettre de reproches est requalifiée en sanction disciplinaire, elle épuise le pouvoir disciplinaire de l'employeur qui ne peut prononcer un licenciement ultérieur qu'en se fondant sur des faits nouveaux.

Ainsi, une lettre, dans laquelle l'employeur reproche à un salarié l'insuffisance et la dégradation de son travail en se fondant sur des exemples, a la nature d'une sanction disciplinaire : un licenciement fondé sur les mêmes faits justifie la condamnation de l'employeur à verser au salarié une somme à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc., 16 juin 1988, n° 85-46.420 P ; Cass. soc., 30 avr. 1997, n° 95-42.437 ; Cass. soc., 6 nov. 2019, n° 18-20.268*).

Même raisonnement lorsque l'employeur demande des explications écrites à un salarié, sur des faits qu'il considère comme fautifs et que cela donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal conservé au dossier du salarié : ces faits ne peuvent ensuite donner lieu à un licenciement (*Cass. soc., 19 mai 2015, n° 13-26.916 P*).

Suivant le même principe, dès lors qu'une mutation sur un autre site est qualifiée de mutation disciplinaire au motif qu'elle se rattache à des faits fautifs, le salarié ne peut être sanctionné une nouvelle fois par un licenciement fondé sur les mêmes faits (*Cass. soc., 17 janv. 2018, n° 16-19.835*).

Ce principe de non-cumul ne fait pas obstacle à une mise à pied à titre conservatoire dans l'attente de la notification de la sanction disciplinaire. En effet, la mise à pied à titre conservatoire est une mesure d'attente, non une sanction (*voir n° 79 et s.*).

→ **Sur la requalification de la mise à pied conservatoire en sanction disciplinaire :**

- en cas d'engagement tardif de la procédure de licenciement, *voir n° 81* ;
- en l'absence de licenciement pour faute grave ou lourde, *voir n° 85*.

### Impossibilité de sanctionner en deux temps

L'employeur informé de différentes fautes ne peut pas les sanctionner en deux temps, en notifiant, par exemple, une mise à pied ou un avertissement pour les faits les moins graves, puis un licenciement par la suite pour les autres (*Cass. soc.*, 23 févr. 2005, n° 02-46.331 ; *Cass. soc.*, 16 mars 2010, n° 08-43.057 P). En effet, même si ces derniers ne sont pas prescrits, ils ne peuvent être invoqués par l'employeur qui a déjà épuisé son pouvoir disciplinaire en notifiant la première sanction (*Cass. soc.*, 22 mars 2011, n° 10-12.041).

Ainsi, l'employeur qui, ayant connaissance de divers faits commis par le salarié et considérés par lui comme fautifs, choisit de n'en sanctionner que certains ne peut plus ultérieurement prononcer une nouvelle mesure disciplinaire pour sanctionner les autres faits antérieurs à la première sanction (*Cass. soc.*, 25 sept. 2013, n° 12-12.976 P).

Seules une nouvelle faute ou une faute nouvellement découverte justifient une nouvelle sanction.

Ainsi, lorsqu'il a connaissance de plusieurs faits fautifs commis par un salarié, l'employeur doit bien réfléchir à la sanction qu'il entend prendre au regard du comportement de l'intéressé.

### - 51 EXCEPTION : FAUTES SUCCESSIVES

La réitération par un salarié d'un fait fautif autorise l'employeur à se prévaloir de faits similaires commis antérieurement, y compris de ceux ayant fait l'objet de sanctions (*Cass. soc.*, 3 oct. 2007, n° 06-45.290 ; *Cass. soc.*, 9 nov. 2010, n° 08-42.582), sous réserve du respect du délai de prescription des sanctions (*voir n° 57 et s.*) et du délai de prescription des faits fautifs (*voir n° 21 et s.*).

Dans cette hypothèse, l'employeur peut prononcer par la suite une nouvelle sanction pour des faits fautifs survenus après la date d'envoi de la notification de la première sanction, quand bien même le salarié n'aurait pas encore reçu la notification de cette sanction (*Cass. soc.*, 12 févr. 2013, n° 12-15.330 P).

**EXEMPLE** Le licenciement est justifié lorsqu'en avril, le salarié reçoit un avertissement pour avoir refusé d'effectuer un travail et mis en cause l'intégrité professionnelle de ses supérieurs hiérarchiques, et qu'au mois de mai, 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 hiérarchiques (*Cass. soc.*, 3 mai 2001, n° 99-40.123).

### - 52 PORTÉE DE LA SECONDE SANCTION

La seconde sanction infligée pour des faits ayant déjà fait l'objet d'une sanction peut :

être annulée s'il s'agit d'une sanction autre qu'un licenciement en application de l'article L. 1333-2 du Code du travail ;  
donner lieu à des dommages-intérêts s'il s'agit d'un licenciement.

### - 53 INDIVIDUALISATION DE LA SANCTION

Aucun contrôle préalable ne s'exerce quant au choix de la sanction. L'employeur est libre, en présence d'un agissement du salarié qu'il considère comme fautif, de le sanctionner ou non et de choisir la sanction. Il dispose de toute une gamme qui va du simple avertissement au licenciement (*voir n° 37 et s.*).

Néanmoins, une sanction ne peut être prononcée contre un salarié que si elle est prévue par le règlement intérieur de l'entreprise (*voir n° 55*). En outre, la sanction retenue doit être proportionnelle à la faute (*voir n° 105*).

Dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires, il est permis à l'employeur de sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute (*Cass. soc.*, 15 mai 1991, n° 89-42.270 P ; *Cass. soc.*, 14 mai 1998, n° 96-41.755 P), sous réserve de respecter l'article L. 1132-1 du Code du travail qui interdit les discriminations.

En effet, sanctionner différemment des salariés ne constitue pas en soi une discrimination (*Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> févr. 1995, n° 91-44.908 P). Le fait pour un employeur de ne pas prononcer de sanction disciplinaire à l'encontre d'un salarié ne constitue pas non plus en soi un acte de répression syndicale vis-à-vis d'un autre salarié (*Cass. soc.*, 5 févr. 2014, n° 12-29.130).

Non seulement l'employeur peut sanctionner différemment des salariés, mais il peut également sanctionner l'un d'eux et ne pas sanctionner les autres ayant commis la même faute (*Cass. soc.*, 17 déc. 1996, n° 95-41.858 P).

**À NOTER** Aucune sanction disciplinaire ne peut être infligée au salarié à titre préventif (*Cass. soc.*, 18 févr. 2004, n° 02-41.622 P).

### - 54 SANCTIONS INTERDITES

Il existe des limitations législatives ou jurisprudentielles au principe du libre choix de la sanction. Certaines sanctions disciplinaires sont interdites en raison :



soit de leurs effets : sanctions pécuniaires (voir n° 42), sanctions cumulatives (voir n° 50) ;  
soit de leurs motifs : sanctions discriminatoires (voir n° 48).

## - 55 RÈGLEMENT INTÉRIEUR ET CONVENTION COLLECTIVE

### Principe

L'employeur est contraint de respecter les dispositions du règlement intérieur et, le cas échéant, de la convention collective qui restreignent son pouvoir disciplinaire (Cass. soc., 17 déc. 1997, n° 94-43.237 P ; Cass. soc., 21 janv. 1992, n° 90-46.104 P).

Il faut cependant que le règlement intérieur soit opposable aux salariés, c'est-à-dire que l'employeur doit avoir consulté les représentants du personnel, communiqué le document à l'inspecteur du travail et accompli les formalités de dépôt et de publicité (C. trav., art. L. 1321-4 ; Cass. soc., 6 mars 2017, n° 15-26.356).

→ **Pour en savoir plus**, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « Le règlement intérieur ».

### Liste limitative des sanctions

Le règlement intérieur fixe la nature des sanctions que peut prendre l'employeur. Il ne peut notifier une sanction que si elle est prévue dans le règlement intérieur. À défaut, elle est nulle (Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-42.740 P ; Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-23.090 P). Le licenciement n'est pas concerné par cette exigence, le droit pour l'employeur de licencier étant inscrit dans le Code du travail (C. trav., art. L. 1231-1).

### Sanctions maximales

Concernant la mise à pied disciplinaire, le règlement intérieur doit prévoir la durée maximale de cette sanction. À défaut, le juge peut annuler la sanction prononcée (Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-42.740 P ; Cass. soc., 11 déc. 2015, n° 14-19.954), quand bien même la convention collective applicable comporterait des dispositions fixant cette durée maximale (Cass. soc., 7 janv. 2015, n° 13-15.630).

En outre, le dépassement de la durée maximale de la mise à pied prévue par la convention collective entraîne la nullité de la sanction (Cass. soc., 24 nov. 2010, n° 09-42.267). En effet, l'employeur ne peut aller au-delà de telles dispositions.

### Sanctions subordonnées au prononcé de sanctions antérieures

Si la convention collective ou le règlement intérieur prévoient que le prononcé de certaines sanctions est subordonné à celui d'une sanction antérieure, l'employeur est limité quant au choix de la sanction.

À titre d'exemple, si la convention collective prévoit que, sauf faute grave, une mesure de licenciement ne peut être prise sans avoir été précédée de deux sanctions de moindre importance, le licenciement disciplinaire prononcé en méconnaissance de ces dispositions conventionnelles est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 21 janv. 1992, n° 90-46.104 P ; Cass. soc., 10 nov. 2016, n° 15-22.237 ; Cass. soc., 2 mars 2017, n° 15-21.832).

### Tableau de correspondance « faute/sanction »

Le règlement intérieur peut prévoir un tableau de correspondance « faute/sanction » c'est-à-dire préciser la sanction susceptible d'être infligée au salarié dans l'hypothèse de tel ou tel manquement. Dans ce cas, l'employeur reste libre d'appliquer une sanction moindre, plus favorable au salarié (Cass. soc., 20 avr. 1989, n° 86-42.234 P).

En revanche, l'employeur ne peut infliger une sanction d'un degré supérieur à celle prévue par le règlement intérieur (Cass. soc., 13 oct. 1993, n° 92-40.474 P) ou par la convention collective (Cass. soc., 24 nov. 2010, n° 09-42.267).

**À NOTER** En cas de contentieux, les juges ne seront pas liés par la correspondance effectuée par de tels tableaux entre la faute et la sanction (voir n° 101 et s.).

## - 56 CLAUSE DU CONTRAT DE TRAVAIL

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

En revanche, aucune clause ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera en elle-même une cause de licenciement (Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-11.554 P).

## - 57 CHAMP D'APPLICATION

Aucune sanction antérieure de plus de trois ans ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction (C. trav., art. L. 1332-5). Cet article s'applique à toutes les sanctions disciplinaires.

Autrement dit, l'employeur ne peut plus tenir compte d'une sanction prononcée depuis plus de trois ans pour réprimer une faute qui vient d'être commise, même si elle se révèle de même nature que la faute antérieurement sanctionnée.

**EXEMPLE** Un employeur désire prononcer une mise à pied en application des dispositions de son règlement intérieur qui subordonne celle-ci à trois avertissements préalables. Si le premier avertissement date du 1<sup>er</sup> février 2017, l'employeur ne pourra plus, à partir du 2 février 2020, l'invoquer pour prononcer la mise à pied.

## - 58 DÉLAI

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

Bien que le texte ne le précise pas, il est préférable, pour des raisons évidentes de preuve, de retenir le jour de la notification de la sanction, plutôt que le jour de sa réalisation effective.

En effet, la notification de la sanction est soumise à un formalisme précis. Cette décision, écrite et motivée, est notifiée au salarié soit par lettre remise contre récépissé, soit par lettre recommandée, dans le délai d'un mois prévu par l'article L. 1332-2 (*C. trav., art. R. 1332-2*).

L'engagement des poursuites est, quant à lui, conforme à la définition donnée en matière de prescription de la faute (*voir n° 21 et s.*).

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

En revanche, des dispositions de la convention collective ou du règlement intérieur de l'entreprise peuvent réduire ce délai, dans la mesure où cela est plus favorable au salarié. C'est ainsi que certaines conventions collectives prévoient l'annulation des sanctions encourues non suivies d'une autre sanction dans un délai maximum de deux ans (*Cass. soc., 4 déc. 2013, n° 12-23.930 P*).

**À NOTER** Les lois d'amnistie intervenant à l'occasion des élections présidentielles avaient pour conséquence d'effacer rétroactivement certains faits fautifs ou certaines sanctions. La dernière loi en la matière date cependant du 6 août 2002 (*L. n° 2002-1062, JO 9 août*). Il n'y en a plus eu depuis.

Les dispositions concernant l'amnistie n'ont pas, par elles-mêmes, pour objet d'interdire à un employeur qu'il soit fait référence devant une juridiction à des faits qui ont motivé une sanction disciplinaire amnistiée, dès lors que cela est strictement nécessaire à l'exercice devant la juridiction de ses droits à la défense (*Cass. soc., 4 juin 2014, n° 12-28.740 P*).

## - Introduction

### Introduction

L'employeur qui entend prendre une sanction à l'encontre d'un salarié doit suivre les différentes étapes fixées par le Code du travail. Deux procédures coexistent : l'une est applicable aux sanctions mineures et l'autre concerne les sanctions susceptibles d'avoir une incidence sur la relation contractuelle.

Le licenciement disciplinaire est, quant à lui, soumis à la fois aux dispositions légales relatives au licenciement et à celles ayant trait au droit disciplinaire.

Par ailleurs, des procédures disciplinaires plus favorables aux salariés peuvent être fixées par conventions collectives ou accords collectifs.

## - 59 PROCÉDURE SIMPLIFIÉE ET PROCÉDURE RENFORCÉE

Aucune sanction ne peut être prise à l'encontre d'un salarié sans qu'il soit informé, dans le même temps et par écrit, des griefs retenus contre lui (*C. trav., art. L. 1332-1*). Toute sanction prise par l'employeur est ainsi soumise à une procédure protectrice du salarié.

L'employeur qui envisage une sanction convoque le salarié en lui précisant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence de l'intéressé dans l'entreprise, sur sa fonction, sur sa carrière ou sur sa rémunération. Puis, lors de l'entretien, l'employeur lui indique le motif de la sanction envisagée et recueille ses explications.

La sanction ne peut pas intervenir moins de deux jours ouvrables ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Elle est motivée et notifiée à l'intéressé (*C. trav., art. L. 1332-2*).

**ATTENTION** Lorsque les faits reprochés au salarié rendent 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 disciplinaire ainsi décrite ne soit respectée (*C. trav., art. L. 1332-3*).

Deux procédures coexistent :

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

**ATTENTION** Si l'employeur fait le choix de s'engager dans une procédure disciplinaire renforcée, il doit en respecter tous les termes, même s'il décide finalement de ne notifier qu'un avertissement. Ainsi, il est tenu par le délai d'un mois maximum dont il dispose après

l'entretien préalable, pour notifier la sanction disciplinaire (*Cass. soc.*, 9 oct. 2019, n° 18-15.029 P).

## - 60 OBLIGATION D'INFORMATION

L'employeur qui envisage de sanctionner un salarié est tenu de le convoquer à un entretien préalable. Toutefois une information écrite suffit si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature qui n'a pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise de l'intéressé, sur sa fonction, sur sa carrière ou sur sa rémunération (*C. trav.*, art. L. 1332-2).

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

## - 61 SANCTIONS VISÉES

Sont visées par cette procédure simplifiée les sanctions situées au bas de l'échelle des sanctions.

Il en est ainsi de l'avertissement (*voir n° 37*) parce que, sauf dispositions spécifiques de la convention collective ou du règlement intérieur, il n'a pas d'incidence, immédiate ou non sur la présence dans l'entreprise, sur la fonction, sur la carrière ou sur la rémunération du salarié :

quand bien même il serait par la suite invoqué à l'appui d'une nouvelle sanction pour des faits postérieurement commis dans un délai de trois ans (*Cass. soc.*, 18 juin 2014, n° 13-14.764) ;  
 quelle que soit la mesure disciplinaire qui précède dans l'échelle des sanctions (*Cass. soc.*, 19 janv. 1989, n° 85-46.575 P) ;  
 quel que soit le nombre d'avertissements déjà prononcés à l'encontre du salarié (*Cass. soc.*, 11 janv. 1994, n° 87-44.012) ;  
 peu important qu'il contienne la menace, en cas de renouvellement des faits, d'une sanction susceptible d'avoir une incidence, immédiate ou non sur la présence dans l'entreprise, sur la fonction, sur la carrière ou sur la rémunération du salarié (*Cass. soc.*, 13 nov. 1990, n° 87-42.812 P).

Cependant, lorsqu'au regard des dispositions d'un règlement intérieur, l'avertissement peut avoir une influence sur le maintien du salarié dans l'entreprise, il doit être soumis à la procédure de l'article L. 1332-2 du Code du travail et notamment faire l'objet d'un entretien. Tel est le cas lorsque le règlement intérieur ou la convention collective subordonne le licenciement d'un salarié à l'existence de deux sanctions antérieures pouvant être constituées notamment par un avertissement (*Cass. soc.*, 3 mai 2011, n° 10-14.104 P ; *voir aussi* : *Cass. soc.*, 13 févr. 2013, n° 11-27.615).

Par ailleurs, sont dispensées de la procédure d'entretien préalable les sanctions de même nature que l'avertissement qui n'ont pas d'incidence professionnelle, par exemple une lettre d'admonestation ou d'observation, ou un blâme (*Cass. soc.*, 29 oct. 1991, n° 88-43.399). Cependant, le blâme avec inscription au dossier est une sanction susceptible d'avoir une influence sur la carrière du salarié et doit donc donner lieu à un entretien préalable (*Cass. soc.*, 7 déc. 1999, n° 97-43.059 P).

Dès lors qu'il choisit de convoquer le salarié selon les modalités prévues à l'article L. 1332-2 du Code du travail, l'employeur est tenu d'en respecter tous les termes, quelle que soit la sanction finalement infligée. Un avertissement notifié plus d'un mois après l'entretien préalable est nul (*Cass. soc.*, 16 avr. 2008, n° 06-41.999 P ; *Cass. soc.*, 9 oct. 2019, n° 18-15.029 P).

## - 62 MODALITÉS D'INFORMATION

### Contenu de l'information

L'employeur est tenu d'informer le salarié des griefs retenus contre lui (*C. trav.*, art. L. 1332-1). Un intérêt particulier doit être porté par l'employeur à la motivation de la sanction.

Elle doit être suffisamment précise pour permettre au salarié de connaître la nature des faits qui lui sont reprochés et qui sont sanctionnés. Ainsi, la seule référence à l'entretien préalable dans la lettre de notification d'une sanction ne satisfait pas aux exigences de l'article L. 1332-1 du Code du travail (*Cass. soc.*, 17 janv. 1995, n° 91-43.815 P). En revanche, le motif retenu au soutien d'un avertissement qui indique « non-respect des horaires fixés par le chef d'établissement » est suffisant (*Cass. soc.*, 5 mars 1987, n° 85-41.607 P).

### Concomitance entre l'information et la sanction

La concomitance entre l'information et la sanction est exigée (*C. trav.*, art. L. 1332-1). Ainsi, c'est au moment où la sanction est prise que l'employeur informe le salarié des griefs retenus contre lui.

En pratique, les sanctions soumises à la procédure simplifiée se concrétisent par une lettre adressée au salarié, qui mentionne les griefs retenus contre lui et qui constitue à elle seule la sanction.

### Écrit obligatoire

L'employeur informe obligatoirement le salarié par écrit (*C. trav.*, art. L. 1332-1), les simples observations verbales n'étant pas considérées comme des sanctions.

Aucune disposition légale ne soumet cette obligation d'information écrite à un formalisme précis. Ainsi, une sanction peut être notifiée par

courriel (*Cass. soc.*, 6 mars 2007, n° 05-43.698 ; *Cass. soc.*, 26 mai 2010, n° 08-42.893 ; *Cass. soc.*, 9 avr. 2014, n° 13-10.939).

Toutefois, compte tenu des délais de prescription des fautes (deux mois) et des sanctions (trois ans) fixés respectivement aux articles L. 1332-4 et L. 1332-5 du Code du travail, il est conseillé, pour des raisons de preuve, de respecter un certain formalisme, tel que celui prévu à l'article R. 1332-2 du Code du travail. Ce texte dispose que la sanction soumise à la procédure de l'entretien préalable est notifiée au salarié soit par lettre remise contre récépissé, soit par l'envoi d'une lettre recommandée.

L'écrit renseigne le salarié, de manière précise et détaillée, sur les faits fautifs à l'origine de la sanction.

La lettre peut être signée par une personne autre que l'employeur, à condition qu'elle soit habilitée à le représenter (*voir n° 95*).

En tout état de cause, ce type de sanctions est notifié au salarié en respectant la prescription de deux mois prévue à l'article L. 1332-4 du Code du travail.

Deux possibilités s'ouvrent à l'employeur :

soit notifier directement la sanction. Dans ce cas, il ne peut pas faire état de faits fautifs dont il a eu connaissance depuis plus de deux mois, le jour de la notification de la sanction marque le point de départ de l'engagement des poursuites ;  
soit respecter, en l'absence de toute obligation légale, la procédure de l'entretien préalable (par exemple, s'il envisage de prendre une sanction autre que l'avertissement ou s'il préfère prendre un délai de réflexion avant de notifier la sanction). La convocation à l'entretien préalable constitue alors l'engagement des poursuites prévu à l'article L. 1332-4 du Code du travail (*voir n° 21*). La sanction doit alors être obligatoirement notifiée dans le mois suivant l'entretien préalable, même s'il s'agit d'un avertissement (*Cass. soc.*, 9 oct. 2019, n° 18-15.029 P).

## - 63 DIFFÉRENTES ÉTAPES

L'article L. 1332-2 du Code du travail décrit, de manière chronologique, les étapes de la procédure renforcée devant obligatoirement être respectées par l'employeur.

Cette procédure, qui présente de nombreuses similitudes avec celle prévue en matière de licenciement individuel pour motif personnel, se décompose en trois phases :

la convocation à l'entretien ;  
l'entretien avec possibilité pour le salarié de se faire assister par un membre du personnel ;  
la notification de la sanction.

## - 64 CHAMP D'APPLICATION

La procédure renforcée s'applique aux seules sanctions ayant une incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié (*C. trav.*, art. L. 1332-2).

Ne sont donc pas concernées les sanctions mineures soumises à la procédure simplifiée, sauf disposition conventionnelle ou règlement intérieur contraire (*voir n° 61*). Cependant l'avertissement doit être soumis à cette procédure renforcée quand il a une influence sur le maintien du salarié dans l'entreprise. Tel est le cas lorsque le règlement intérieur subordonne le licenciement d'un salarié à l'existence de deux sanctions antérieures pouvant être constituées notamment par un avertissement (*Cass. soc.*, 3 mai 2011, n° 10-14.104 P).

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

## - 65 CONVOCATION À L'ENTRETIEN PRÉALABLE

### Contenu

L'employeur, qui envisage de prendre une sanction disciplinaire autre qu'une sanction mineure, convoque le salarié concerné (*C. trav.*, art. L. 1332-2).

La lettre de convocation indique (*C. trav.*, art. R. 1332-1) :

l'objet de l'entretien. La convocation doit indiquer qu'une sanction est envisagée (*Circ. DRT n° 5-83, 15 mars 1983*). Il faut en effet que le salarié sache à quoi s'en tenir. Ainsi, une lettre convoquant le salarié « aux fins de discussion et de mise au point » ne correspond pas aux exigences légales ;  
la date, l'heure et le lieu de l'entretien. En l'absence de toute indication légale, l'entretien est fixé pendant le temps de travail et dans les locaux de l'entreprise ;  
la possibilité pour le salarié de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise.

La lettre de convocation à l'entretien préalable doit par ailleurs mentionner expressément, lorsque la convention collective le prévoit, la faculté pour le salarié de demander la réunion d'une instance disciplinaire (*Cass. soc.*, 18 oct. 2006, n° 03-48.370 P).

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

**À NOTER** La convocation, tout comme la sanction, peut être signée par une personne autre que l'employeur, sous réserve qu'elle soit habilitée à le représenter (*voir n° 95*).

### Transmission

La lettre de convocation est soit remise contre récépissé, soit adressée par lettre recommandée (*C. trav., art. R. 1332-1*). Si le salarié refuse de recevoir la convocation contre décharge, la procédure de la lettre recommandée doit être utilisée (*Circ. DRT n° 5-83, 15 mars 1983*).

Sous peine de prescription des faits fautifs, l'employeur dispose de deux mois à compter du jour où il a connaissance de ces faits pour adresser au salarié la convocation à l'entretien, celle-ci constituant « l'engagement des poursuites disciplinaires » au sens de l'article L. 1332-4 du Code du travail.

Si la loi n'impose aucun délai entre la convocation à l'entretien et sa tenue, le salarié doit toutefois être averti suffisamment à l'avance du moment et de l'objet de l'entretien, pour pouvoir y réfléchir et recourir éventuellement à l'assistance d'un membre du personnel (*Cass. soc., 14 déc. 1995, n° 94-41.785 P*).

## - 66 ENTRETIEN

### Participants

Doivent être présents l'employeur (ou son représentant) et le salarié concerné. Chacun peut être assisté d'une personne appartenant au personnel de l'entreprise.

### Assistance du salarié

Le salarié a la faculté de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise (*C. trav., art. L. 1332-2*).

**ATTENTION** La faculté dans les entreprises dépourvues de représentants du personnel d'être assisté par un conseiller inscrit sur la liste dressée par l'autorité administrative est uniquement applicable au licenciement disciplinaire et non aux autres sanctions (*C. trav., art. L. 1332-4 ; voir n° 92*).

Le plus souvent, il s'agit d'un représentant élu du personnel ou d'un délégué syndical qui interviennent dans le cadre de leur mandat en utilisant leurs heures de délégation. La personne qui assiste le salarié peut ne pas être un représentant du personnel à condition d'appartenir au personnel de l'entreprise. Peu importe qu'elle relève d'un autre établissement que celui dans lequel travaille l'intéressé.

Le droit reconnu au salarié de se faire assister, lors de l'entretien, par un autre salarié implique que ce dernier ne doit subir, du fait de l'assistance qu'il prête, aucune perte de rémunération. Les frais de transport qu'il engage afin d'assister le salarié doivent donc lui être remboursés (*Cass. soc., 26 mars 2013, n° 11-22.148*).

### Assistance de l'employeur

L'employeur, tout comme le salarié, ne peut se faire assister que par une personne appartenant au personnel de l'entreprise (*Cass. soc., 20 juin 1990, n° 87-41.118 P*).

Cependant, la présence de cette personne ne doit pas porter atteinte aux intérêts du salarié (*Cass. soc., 5 mars 1987, n° 85-41.607 P*).

### Déroulement et compte rendu de l'entretien

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

**Contrat à durée déterminée et procédure disciplinaire** La rupture anticipée du contrat à durée déterminée pour faute grave constitue une sanction et ne peut être prononcée qu'après l'accomplissement de la procédure disciplinaire prévue aux articles L. 1332-2 et s. du Code du travail (*Cass. soc., 11 avr. 1996, n° 93-42.632 P ; Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-40.530*).

Le salarié doit donc être convoqué à un entretien préalable (*Cass. soc., 26 évr. 2003, n° 01-41.592*). Aucun formalisme n'est exigé pour la convocation à cet entretien (*Cass. soc., 20 nov. 2013, n° 12-30.100 P*).

Comme pour toute sanction, le salarié doit être averti suffisamment à l'avance du moment et de l'objet de l'entretien, pour y réfléchir et recourir éventuellement à l'assistance d'un membre du personnel (*Cass. soc., 14 déc. 1995, n° 94-41.785 P*). Aucun délai minimum n'est requis entre l'envoi de la convocation et l'entretien (*Cass. soc., 25 oct. 2000, n° 98-43.760*).

L'absence d'entretien préalable constitue une irrégularité de procédure mais n'affecte pas le bien-fondé de la rupture anticipée du CDD (*Cass. soc., 14 mai 2014, n° 13-12.071 P*).

Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise (*C. trav., art. L. 1332-2*). En revanche, n'est pas applicable au CDD la procédure de licenciement, en particulier la faculté pour le salarié de se faire assister par un conseiller extérieur dans les entreprises dépourvues de représentant du personnel.

Si le salarié sanctionné est salarié protégé, l'employeur doit respecter les dispositions applicables au licenciement des salariés protégés (autorisation de l'inspecteur du travail et, le cas échéant, avis du comité social et économique ; *Cass. soc., 10 janv. 1989, n° 85-43.370 P*).

L'employeur notifie ensuite par écrit au salarié la sanction (*C. trav., art. R. 1332-2 ; Cass. soc., 16 mars 1995, n° 91-44.553*). Comme pour toute sanction disciplinaire, la notification de la rupture anticipée ne peut pas intervenir moins de deux jours ouvrables après l'entretien préalable, ni plus d'un mois après (*C. trav., art. L. 1332-2*). En l'absence de notification écrite et motivée de la sanction, la rupture anticipée du contrat de travail du salarié est abusive (*Cass. soc., 4 juin 2008, n° 07-40.126 P*).

La loi donne ainsi aux deux parties la possibilité de dissiper un éventuel malentendu et, en tout état de cause, la possibilité au salarié de se défendre (*Circ. n° 5-83, 15 mars 1983*).

La procédure disciplinaire n'est pas respectée lorsque l'employeur ne fournit aucune explication au salarié lors de cet entretien (*Cass. soc.*, 5 févr. 1992, n° 88-43.248 P).

Les paroles prononcées par le salarié au cours de l'entretien préalable à une sanction ne peuvent, sauf abus, constituer une cause de licenciement (*Cass. soc.*, 8 janv. 1997, n° 94-42.639 P ; *Cass. soc.*, 27 févr. 2013, n° 11-26.432).

À ce stade, l'employeur ne fait qu'envisager une sanction et la décision ne pourra être prise qu'après un délai de réflexion.

**À NOTER** Si les dispositions légales ne prévoient pas la rédaction d'un procès-verbal de l'entretien, un tel écrit peut permettre d'éviter des contestations ou des oublis ultérieurs.

## - 67 NOTIFICATION ET EXÉCUTION DE LA SANCTION

### Notification

#### Délai

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

Cette notification ne peut intervenir moins de deux jours ouvrables ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien (*C. trav.*, art. L. 1332-2).

**EXEMPLES** Si l'entretien a lieu un 31 octobre, la sanction pourra être notifiée au plus tard le 30 novembre à 24 heures. S'il se déroule un 6 juin, elle ne pourra l'être après le 6 juillet à 24 heures.

Ce délai maximum expire à 24 heures le jour du mois suivant qui porte le même quantième que le jour fixé pour l'entretien. À défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois suivant à 24 heures. Lorsque le dernier jour de ce délai est un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (*C. trav.*, art. R. 1332-3).

Certaines conventions collectives peuvent prévoir des délais de notification plus courts : ainsi, la convention collective des entreprises d'architecture prévoit un délai de notification de dix jours francs (*Cass. soc.*, 13 févr. 2019, n° 17-13.749).

#### Point de départ du délai

L'absence du salarié à l'entretien préalable ne dispense pas l'employeur de prononcer la sanction dans le délai d'un mois à compter du jour fixé pour cet entretien. En effet, il s'agit d'une formalité prévue dans son seul intérêt (*Cass. soc.*, 28 nov. 2000, n° 98-41.308 P).

Si l'employeur est informé de l'impossibilité pour le salarié de se présenter à l'entretien, ou sur demande du salarié, il peut en reporter la date. C'est alors à compter de cette nouvelle date que court le délai d'un mois (*Cass. soc.*, 7 juin 2006, n° 04-43.819 P ; *Cass. soc.*, 12 juin 2007, n° 05-43.957 ; *Cass. soc.*, 15 déc. 2010, n° 09-43.075).

**ATTENTION** Si le report intervient à l'initiative de l'employeur, le point de départ du délai d'un mois reste la date de l'entretien préalable initial (*Cass. soc.*, 23 janv. 2013, n° 11-22.724 ; *Cass. soc.*, 20 mai 2014, n° 12-28.046 ; *Cass. soc.*, 27 nov. 2019, n° 18-15.195).

Dans l'hypothèse où, suite à la révélation de faits fautifs nouveaux postérieurement au premier entretien préalable, un nouvel entretien est fixé par l'employeur, c'est à compter de la date de ce dernier que court le délai d'un mois (*Cass. soc.*, 20 oct. 2009, n° 08-42.499 ; *Cass. soc.*, 12 mars 2014, n° 12-28.610), à moins que l'employeur entende également sanctionner les faits pour lesquels il a convoqué le salarié au premier entretien : dans ce cas, le délai d'un mois court à compter du premier entretien (*Cass. soc.*, 26 oct. 2017, n° 15-19.105).

#### Pas d'interruption ni de suspension

Le délai d'un mois n'est ni interrompu ni suspendu pendant la période de suspension du contrat de travail provoquée par un accident de travail, par une maladie professionnelle ou non professionnelle (*Cass. soc.*, 9 oct. 2001, n° 99-41.217 P ; *Cass. soc.*, 19 janv. 2005, n° 02-40.085 P ; *Cass. soc.*, 27 févr. 2013, n° 11-27.130 P).

Par ailleurs, l'engagement par l'employeur d'une action en contestation de la désignation d'un salarié comme délégué syndical ne suspend pas non plus ce délai (*Cass. soc.*, 23 sept. 2008, n° 07-42.786 P).

→ **Sur l'incidence de garanties procédurales conventionnelles**, voir n° 75.

La Cour de cassation a jugé que la signature d'une rupture conventionnelle individuelle n'a pas pour effet d'interrompre le délai de prescription de deux mois entre la connaissance des faits fautifs et l'engagement de la procédure disciplinaire (*Cass. soc.*, 3 mars 2015, n° 13-23.348 P ; voir n° 21). Logiquement, elle ne devrait pas non plus interrompre ou suspendre le délai d'un mois pour notifier la sanction après l'entretien préalable, pour le cas où une rupture conventionnelle serait signée après l'entretien préalable, mais que le salarié exerce son droit de rétractation. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur ce cas de figure, mais sur celui où, suite à la rétractation du salarié, l'employeur a convoqué celui-ci à un nouvel entretien préalable, procédure validée par la Cour de cassation (*Cass. soc.*, 3 mars 2015, n° 13-15.551 P).

#### Prorogation

Le délai d'un mois peut être prorogé du temps utile à l'accomplissement des investigations rendues nécessaires par les déclarations du salarié au cours de l'entretien et conformes à son intérêt, à condition que l'employeur soit dans l'impossibilité de procéder à ces investigations dans le délai d'un mois (*Cass. soc.*, 17 févr. 1993, n° 89-44.745 P ; *Cass. soc.*, 13 déc. 1995, n° 92-44.058 ; *Cass. soc.*, 13 févr. 2019, n° 17-13.749).

En revanche, le délai ne peut être prorogé dans l'attente de justifications annoncées par le salarié lors de son entretien préalable (*Cass. soc.*, 16 janv. 2001, n° 98-42.041 P).

#### Modification du contrat de travail

Lorsque l'employeur notifie au salarié une sanction emportant modification du contrat de travail, il doit informer l'intéressé de sa faculté d'accepter ou refuser cette modification (*Cass. soc.*, 28 avr. 2011, n° 09-70.619 P). À défaut de cette information, si la sanction est mise en œuvre, l'employeur commet un manquement qui peut être jugé suffisamment grave pour justifier la rupture du contrat de travail à ses

torts (*Cass. soc.*, 22 juin 2011, n° 09-43.321).

Depuis les arrêts du 26 mars 2014 (n° 12-21.372P, n° 12-23.634 P et n° 12-35.040 P), la Cour de cassation exige, pour justifier la prise d'acte, des manquements de l'employeur « suffisamment graves empêchant la poursuite du contrat de travail », ce qui met fin à la justification automatique en cas de modification unilatérale du contrat de travail.

#### Motivation

La sanction notifiée au salarié est obligatoirement motivée (*C. trav.*, art. L. 1332-2). La motivation doit être suffisante pour permettre au salarié de connaître la nature des faits qui lui sont reprochés et qui sont sanctionnés.

Ne satisfont pas à cette exigence :

- la seule référence à l'entretien préalable dans la lettre de notification de la sanction (*Cass. soc.*, 17 janv. 1995, n° 91-43.815 P) ;
- l'énonciation des griefs dans une lettre postérieure à la notification de la sanction disciplinaire.

L'article L. 1235-2 du Code du travail prévoyant la possibilité de préciser les motifs de licenciement ne s'applique pas aux sanctions disciplinaires autres que le licenciement (*voir n° 99*).

Par ailleurs, l'employeur ne peut pas, en cours de procédure, invoquer un fait distinct de celui ayant motivé l'exercice du pouvoir disciplinaire (*Cass. soc.*, 26 janv. 1989, n° 85-46.031 P).

#### Exécution

Il n'existe aucun délai légal pour l'exécution de la sanction. Lorsque le règlement intérieur ou la convention collective prévoient expressément un délai, l'employeur est tenu de le respecter.

Si tel n'est pas le cas, il apprécie le moment où l'exécution de la sanction convient à l'organisation du service. Mais le juge peut estimer que si un délai très long s'écoule sans que la sanction ne soit appliquée et sans que l'employeur n'apporte de justification, ce dernier est réputé avoir renoncé à la sanction (*Cass. soc.*, 10 juill. 2002, n° 00-40.917). En l'espèce, la sanction n'avait toujours pas été appliquée 20 mois après sa notification.

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

## - 68 REFUS DE LA SANCTION

### Sanction emportant modification du contrat de travail

Une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut pas lui être imposée (*Cass. soc.*, 15 juin 2000, n° 98-43.400 P ; *Cass. soc.*, 17 juin 2009, n° 07-44.570 P).

Parmi les sanctions disciplinaires entraînant une modification du contrat de travail et nécessitant donc l'acceptation du salarié, figurent la rétrogradation (*Cass. soc.*, 11 févr. 2009, n° 06-45.897) et la mutation (*Cass. soc.*, 2 mars 2010, n° 08-44.902). Pour ces sanctions, le salarié doit être informé de son droit d'accepter ou de refuser la modification de son contrat (*Cass. soc.*, 28 avr. 2011, n° 09-70.619 P).

Le salarié qui se voit imposer une modification unilatérale de son contrat de travail peut exiger la poursuite du contrat aux conditions initiales (*Cass. soc.*, 9 mai 2019, n° 17-20.706).

L'accord du salarié est formalisé par un avenant au contrat de travail. Le salarié pourra contester la sanction en invoquant un vice du consentement, c'est-à-dire l'erreur, le dol ou la violence. Il est nécessaire de mentionner dans l'avenant les circonstances ayant justifié cette modification, à savoir l'acceptation par le salarié de la sanction, afin de limiter des contestations futures.

**ATTENTION** La mise en œuvre d'une clause de mobilité décidée à titre de sanction n'entraîne pas de modification du contrat de travail et ne requiert donc pas l'accord du salarié (*Cass. soc.*, 11 juill. 2001, n° 99-41.574 P).

### Conséquence du refus de la sanction

Le refus par le salarié d'une sanction emportant modification de son contrat de travail n'est pas fautif et ne peut pas constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement (*Cass. soc.*, 25 avr. 2001, n° 99-41.681 ; *Cass. soc.*, 22 févr. 2006, n° 03-47.457 ; *Cass. soc.*, 27 mars 2007, n° 06-42.113).

L'employeur peut prononcer une autre sanction, au lieu et place de la sanction envisagée et refusée (*Cass. soc.*, 15 juin 2000, n° 98-43.400 P ; *Cass. soc.*, 7 juill. 2004, n° 02-44.476 P), y compris un licenciement pour faute grave (*Cass. soc.*, 11 févr. 2009, n° 06-45.897 P).

Dans ce cas, il doit convoquer le salarié à un nouvel entretien dans le délai de deux mois suivant le refus de la modification (*C. trav.*, art. L. 1332-4 ; *Cass. soc.*, 27 mars 2007, n° 05-41.921 P ; *Cass. soc.*, 28 avr. 2011, n° 10-13.979 P ; *Cass. soc.*, 15 janv. 2013, n° 11-28.109 P).

→ **Concernant l'impact sur le délai de prescription, voir n° 24.**

L'absence de convocation à un nouvel entretien préalable constitue une simple irrégularité de procédure, ne pouvant invalider la sanction notifiée (*Cass. soc.*, 16 sept. 2015, n° 14-10.325 P).

Le délai d'un mois pour notifier le licenciement court alors à compter de la date fixée pour ce nouvel entretien (*Cass. soc.*, 27 mars 2007, n° 05-41.921 P).

Dans l'hypothèse où l'employeur licencie le salarié après son refus d'une rétrogradation disciplinaire, il appartient au juge d'examiner si les faits invoqués par l'employeur constituent ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement (*Cass. soc.*, 31 mai 2006, n° 04-40.328).

**ATTENTION** Lorsqu'à la suite du refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail entraînée par une sanction

disciplinaire, l'employeur prononce un licenciement au lieu et place de la sanction refusée, la lettre de licenciement doit énoncer les motifs de la rupture. La référence dans cette lettre aux nombreuses fautes, dont la liste non exhaustive figure dans la lettre prononçant la rétrogradation du salarié, ne constitue pas l'énoncé des motifs exigé par la loi (*Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 2003, n° 00-41.428*).

## - 69 PRÉSENTATION

Certaines conventions ou accords collectifs contiennent des garanties disciplinaires plus favorables aux salariés que les seules dispositions légales. Ces garanties sont alors rappelées dans le règlement intérieur, document qui indique « les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés définis aux articles L. 1332-1 à L. 1332-3 du Code du travail ou par la convention collective applicable » (*C. trav., art. L. 1321-2*).

Les procédures disciplinaires conventionnelles peuvent notamment prévoir :

- une extension du champ d'application de la procédure de l'entretien préalable aux sanctions mineures ;
- un élargissement de l'assistance du salarié lors de l'entretien à toute personne de son choix ou à un avocat ;
- une diminution du délai maximum pour la notification de la sanction ;
- l'intervention d'organes tiers.

Ainsi des commissions paritaires de conciliation peuvent avoir vocation à connaître des litiges individuels nés de l'exécution du contrat de travail.

## - 70 SANCTIONS VISÉES

La plupart des conventions collectives ayant institué une instance disciplinaire, tels un conseil ou une commission disciplinaire, prévoit sa saisine pour les sanctions les plus graves, c'est-à-dire celles qui ont une incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, sur la fonction, sur la carrière ou sur la rémunération du salarié (licenciement, rétrogradation, mise à pied, etc.). Mais les conventions collectives peuvent librement déterminer le champ d'application des instances disciplinaires conventionnelles et notamment l'étendre à toutes les sanctions.

## - 71 SALARIÉS CONCERNÉS

Alors que les articles L. 1331-1 et suivants du Code du travail s'appliquent à l'ensemble des salariés du secteur privé, quelques conventions collectives excluent expressément des catégories de salariés, ne bénéficiant pas d'une certaine ancienneté dans l'entreprise, de la procédure de consultation du conseil de discipline.

En tout état de cause, les salariés convoqués devant le conseil ou la commission de discipline doivent avoir commis un ou des agissements fautifs au sens de l'article L. 1331-1 du Code du travail (*voir n° 6 et s.*). À défaut, l'employeur ne peut se voir imposer une telle procédure (*Cass. soc., 7 nov. 1984, n° 82-41.490 P*).

## - 72 COMPOSITION

Les conseils de discipline sont des instances paritaires composées de représentants de salariés et de représentants de l'employeur. Dans la majeure partie des conseils ou commissions disciplinaires conventionnels, le responsable hiérarchique à l'origine de la proposition de sanction est exclu de leur composition.

## - 73 RÔLE

Les conseils ou commissions de discipline sont, le plus souvent, chargés de formuler des avis sur les sanctions envisagées par l'employeur. Ils ont un rôle consultatif, la décision finale incombant à l'employeur, qui n'est pas tenu de suivre leur avis.



## - 74 DÉFENSE DES SALARIÉS

La saisine du conseil ou de la commission de discipline est souvent obligatoire. Mais la convention collective peut aussi instituer une saisine facultative.

Ce type de procédure disciplinaire veille à préserver la défense des salariés. Préalablement à la comparution devant le conseil de discipline, certaines conventions collectives prévoient ainsi expressément :

- l'audition des salariés concernés, ainsi que la communication de leur dossier et des pièces relatives aux faits qui leur sont reprochés ;
- les modalités d'assistance du salarié, notamment.

## - 75 ARTICULATION AVEC LA PROCÉDURE LÉGALE

### Pas de substitution à la procédure légale

La procédure disciplinaire conventionnelle ne peut en aucun cas se substituer à la procédure légale d'ordre public prévue à l'article L. 1332-1 et suivants du Code du travail. Les dispositions conventionnelles peuvent seulement compléter les dispositions légales dans un sens plus favorable aux salariés.

#### Entretien préalable

Ni la convocation ni la comparution du salarié devant un conseil de discipline ne dispensent l'employeur du respect des prescriptions de l'article L. 1332-2 du Code du travail (*Cass. soc., 20 oct. 1988, n° 85-44.501 P*), dont les dispositions obligent l'employeur qui envisage une sanction contre un salarié à le convoquer à un entretien préalable, dès lors qu'elle a une incidence sur sa présence dans l'entreprise, sur sa fonction, sur sa carrière ou sur sa rémunération.

Si une convention collective dispose que les sanctions de rétrogradation et de licenciement sont prises par l'employeur après avis du conseil de discipline qui entend l'agent menacé de sanction, cet avis n'a pas à être antérieur à l'entretien préalable, mais uniquement à la prise de décision par l'employeur de licencier (*Cass. soc., 28 sept. 2005, n° 02-45.926 P*).

Si la convention collective ne l'impose pas, l'avis du conseil de discipline n'a pas à être transmis au salarié avant le licenciement (*Cass. soc., 18 févr. 2014, n° 12-17.557 P*).

#### Notification de la sanction

La sanction doit être notifiée au salarié dans le mois suivant le jour fixé pour l'entretien préalable (*C. trav., art. L. 1332-2*). Certaines conventions collectives prévoient un délai de notification plus court qui doit être respecté (*Cass. soc., 13 févr. 2019, n° 17-13.749*).

Toutefois, lorsque les dispositions conventionnelles imposent ou proposent la saisine d'une commission disciplinaire, il y a interruption de ce délai de notification jusqu'à ce que cette commission rende son avis (*Cass. soc., 3 févr. 2017, n° 15-25.537*). Le délai de notification ne court qu'à compter de l'avis rendu par cette instance (*Cass. soc., 3 avr. 1997, n° 94-44.575 P ; Cass. soc., 31 oct. 2000, n° 95-45.349 P*).

Cette saisine ne peut cependant avoir d'effet interruptif qu'à condition :

- que le salarié ait été informé, dans le mois suivant l'entretien préalable, de la décision prise par l'employeur de saisir un tel organisme (*Cass. soc., 13 févr. 2001, n° 98-45.912 P ; Cass. soc., 28 janv. 2004, n° 01-46.226*) ;
- et que la mise en œuvre de la procédure conventionnelle intervienne dans le délai d'un mois suivant l'entretien préalable (*Cass. soc., 23 juin 2004, n° 02-41.877 P*).

## - 76 NON-RESPECT DE LA PROCÉDURE CONVENTIONNELLE

### Sanction irrégulière en la forme

Le non-respect de la procédure légale n'entraîne pas *ipso facto* la nullité de la sanction intervenue. Il en est de même s'agissant de la procédure conventionnelle.

En effet, le pouvoir conféré au juge pour annuler une sanction irrégulière en la forme (*C. trav., art. L. 1333-2 ; voir n° 107*) s'exerce, non seulement, en cas d'inobservation des règles de la procédure disciplinaire édictées par les articles L. 1332-1 et suivants du Code du travail, mais encore dans l'hypothèse où auraient été méconnues des règles prévues par une procédure conventionnelle ou statutaire comportant, pour les salariés faisant l'objet de poursuites disciplinaires, des garanties supérieures ou des avantages supplémentaires à ceux prévus par la loi (*Cass. soc., 7 mai 1996, n° 92-40.931 P*).

Une irrégularité affectant le déroulement de la procédure ne peut remettre en cause la validité de la sanction ensuite prononcée que si le vice a eu pour effet de priver le salarié de la possibilité de défendre utilement ses intérêts (*Cass. soc., 3 juin 2009, n° 07-42.432 P ; Cass. soc., 22 oct. 2014, n° 13-17.065 P*).

### Absence de consultation d'un organisme chargé de rendre un avis

#### Sanction disciplinaire

Selon la Cour de cassation, la consultation d'un organisme chargé de donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur constitue pour le salarié une garantie de fond (*Cass. soc.*, 31 janv. 2006, n° 03-43.300 P). La sanction disciplinaire prononcée sans que cette consultation ait été préalablement effectuée est entachée de nullité (*Cass. soc.*, 16 mars 1994, n° 89-45.589 P ; *Cass. soc.*, 7 juill. 2009, n° 07-44.884).

### Licenciement

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 (*JO*, 23 sept.), l'article L. 1235-2 du Code du travail prévoit désormais que lorsqu'une irrégularité a été commise au cours de la procédure, notamment si le licenciement intervient sans que la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ait été respectée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le salarié ne peut prétendre qu'à une indemnité dont le montant est au maximum égal à un mois de salaire. Ce texte devrait remettre en cause la jurisprudence selon laquelle le licenciement prononcé sans consultation préalable de l'organisme chargé de rendre un avis était dépourvu de cause réelle et sérieuse (*Cass. soc.*, 11 juill. 2000, n° 97-45.781 P ; *Cass. soc.*, 14 mars 2012, n° 10-24.247 ; *Cass. soc.*, 26 janv. 2017, n° 15-28.805).

Il en était de même si :

- le salarié n'avait pas été informé de la faculté de saisir cet organisme (*Cass. soc.*, 31 janv. 2006, n° 03-43.300 P ; *Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-23.271 ; *Cass. soc.*, 13 juill. 2017, n° 15-29.274) ;
- le salarié n'avait pas été avisé de l'adresse de la commission qu'il entendait saisir et que l'employeur n'avait pas mis à sa disposition la convention collective à jour applicable dans l'entreprise (*Cass. soc.*, 14 mars 2012, n° 10-24.247) ;
- la consultation n'était pas régulière (*Cass. soc.*, 16 janv. 2001, n° 98-43.189 P ; *Cass. soc.*, 17 déc. 2014, n° 13-10.444 P).

Lorsque les procédures conventionnelles protectrices des droits du salarié ont été mises en œuvre par l'employeur, l'absence d'avis ou de motivation du conseil de discipline régulièrement saisi, qui résulte de ce que ses membres n'ont pu se départager, n'a pas pour effet de mettre en échec le pouvoir disciplinaire de l'employeur et de rendre irrégulière au regard des dispositions conventionnelles la procédure de licenciement (*Cass. soc.*, 20 déc. 2006, n° 04-46.051 P ; *Cass. soc.*, 3 juin 2009, n° 07-42.432 P).

L'employeur respecte la procédure conventionnelle prévoyant la réunion d'un conseil de discipline paritaire en cas de licenciement disciplinaire dès lors que le salarié a été mis en mesure de désigner ses représentants au conseil, n'a pas demandé le remplacement de l'un d'eux qui était indisponible, ni le report de la séance du conseil de discipline, la parité de celui-ci ayant par ailleurs été respectée (*Cass. soc.*, 16 déc. 2014, n° 13-23.375 P).

### Non-respect d'une autre garantie procédurale complémentaire

Selon la jurisprudence rendue sous l'empire des dispositions antérieures à l'actuel article L. 1235-2 du Code du travail, constituait également une garantie de fond l'obligation instituée par disposition conventionnelle :

- d'informer les représentants du personnel des licenciements disciplinaires avant l'exécution des décisions (*Cass. soc.*, 17 mars 2015, n° 13-24.252 P) ;
- de notifier au salarié par écrit les motifs de la mesure envisagée par l'employeur, antérieurement à l'entretien préalable au licenciement pour motif disciplinaire (*Cass. soc.*, 9 janv. 2013, n° 11-25.646 P) ;
- de mettre le salarié en situation de prendre connaissance de son dossier disciplinaire avant toute sanction (excepté pour les avertissements ; *Cass. soc.*, 11 mars 2009, n° 08-40.453 P) ;
- d'aviser le représentant du personnel ou le président de la commission nationale de conciliation en cas de faute grave ou lourde (*Cass. soc.*, 21 janv. 2009, n° 07-41.788 P).

Le non-respect de ces obligations conventionnelles privait le licenciement de cause réelle et sérieuse.

Là encore, si la notion de garantie de fond devrait perdurer pour les sanctions disciplinaires autres que le licenciement, l'article L. 1235-2 du Code du travail pourrait faire échec à cette jurisprudence en cas de non-respect d'une procédure conventionnelle préalable à un licenciement disciplinaire.

Rappelons que selon ce texte « lorsqu'une irrégularité a été commise au cours de la procédure, notamment si le licenciement d'un salarié intervient sans que la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ait été respectée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ». Le texte vise uniquement la « procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ».

On peut se demander si la Cour de cassation fera une lecture restrictive de cet article en qualifiant de simple irrégularité de procédure le seul fait de ne pas consulter l'organisme chargé de rendre un avis, ou bien une lecture extensive, considérant que le non-respect des différentes formalités préalables au licenciement prévues par disposition conventionnelle entachera la procédure d'irrégularité.

## - 77 RECOURS CONVENTIONNEL ET JUDICIAIRE

La compétence du conseil de prud'hommes étant d'ordre public, l'exercice d'une action devant cette juridiction ne peut être subordonné à l'accomplissement d'une formalité non prévue par la loi, telle la saisine préalable par le salarié de l'organisme institué par une disposition conventionnelle ou réglementaire pour émettre un avis sur le différend qui l'oppose à l'employeur. Ce recours constitue donc pour le salarié une simple faculté qui ne le prive pas du droit de saisir directement la juridiction prud'homale (*Cass. soc.*, 14 mars 1973, n° 72-40.044 P ; *Cass. soc.*, 20 déc. 2006, n° 05-41.776 ; *Cass. soc.*, 19 mars 2014, n° 13-10.021 P).

De plus, la décision prise par l'organisme chargé de rendre un avis sur la sanction n'a pas autorité de chose jugée devant le juge judiciaire. Il appartient au juge de vérifier que les faits reprochés au salarié justifient la sanction prononcée (*Cass. soc.*, 7 nov. 2006, n° 04-47.683 P).

La convention collective peut également instituer un mécanisme de recours interne à l'encontre de la sanction qui lui est infligée par l'employeur. Dans ce cas, le défaut de motivation de la décision, par laquelle il maintient la sanction malgré le recours exercé, prive cette dernière de justification (*Cass. soc.*, 7 nov. 2007, n° 06-42.988 P).

## - 78 SANCTION LA PLUS GRAVE

Le licenciement disciplinaire est situé en haut de l'échelle des sanctions disciplinaires. S'appliquent alors à la fois les dispositions légales relatives aux licenciements et celles ayant trait au droit disciplinaire. Il est en effet soumis, comme les autres licenciements, à la procédure des articles L. 1232-2 et suivants du Code du travail, avec donc deux différences :

la convocation à l'entretien préalable ne peut être adressée ou remise plus de deux mois après la connaissance par l'employeur des faits fautifs (*C. trav., art. L. 1332-4*) ;  
la notification du licenciement disciplinaire ne peut intervenir plus d'un mois après la date de l'entretien préalable (*C. trav., art. L. 1332-2*). La procédure de licenciement disciplinaire s'applique quels que soient l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise.

## - 79 DÉFINITION

La mise à pied conservatoire, à la différence de la mise à pied disciplinaire, n'est pas une sanction mais une mesure provisoire qui suspend l'exécution du contrat de travail du salarié dans l'attente d'une décision de sanction (*Cass. soc., 3 mai 2001, n° 99-40.936 P*).

La mise à pied conservatoire est une étape éventuelle de la procédure disciplinaire. Ainsi « lorsque les faits reprochés au salarié ont rendu indispensable une mesure conservatoire de mise à pied à effet immédiat, aucune sanction définitive relative à ces faits ne peut être prise sans que la procédure prévue à l'article L. 1332-2 ait été respectée » (*C. trav., art. L. 1332-3*).

La mise à pied à titre conservatoire est prononcée lorsque l'employeur relève à l'encontre du salarié une faute qui rend impossible son maintien dans ses fonctions pendant le déroulement de la procédure.

Le prononcé d'une mise à pied à titre conservatoire n'implique pas nécessairement que le licenciement notifié ultérieurement présente un caractère disciplinaire (*Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 07-44.491 P* ; *Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-44.278*). En effet, c'est le motif de rupture mentionné dans la lettre de licenciement qui détermine le caractère disciplinaire ou non du licenciement, peu important le recours, éventuellement fautif, de l'employeur à une mise à pied conservatoire (*Cass. soc., 16 janv. 2007, n° 04-46.414*).

Au terme de l'entretien préalable, l'employeur peut se raviser et, par exemple, notifier au salarié un licenciement pour insuffisance professionnelle (*Cass. soc., 4 mars 2015, n° 13-26.945*). Dans ce cas, la mise à pied est rémunérée.

Cette mesure peut être appliquée aux représentants du personnel, mais elle est alors soumise à un formalisme particulier.

→ **Pour en savoir plus**, voir *Liaisons sociales – Les Thématiques*, « La protection des représentants du personnel ».

**À NOTER** Outre une mise à pied, l'employeur peut prendre, à titre conservatoire, une mesure de changement d'affectation du salarié dans l'attente d'une procédure disciplinaire afin de sauvegarder les intérêts de l'entreprise. Il ne s'agit pas d'une sanction disciplinaire (*Cass. soc., 8 oct. 2014, n° 13-13.673 P*). En l'espèce, ce changement d'affectation avait pour seul objet d'assurer la sécurité des usagers, du personnel d'exploitation et des tiers, et n'emportait pas de modification durable du contrat de travail.

## - 80 FACULTATIVE

La mise à pied à titre conservatoire est une mesure facultative laissée à la libre appréciation de l'employeur. En effet, aucun texte n'oblige l'employeur à prendre une mesure conservatoire avant d'ouvrir une procédure de licenciement motivée par une faute grave (*Cass. soc., 12 janv. 2000, n° 97-44.573* ; *Cass. soc., 9 nov. 2005, n° 03-46.797 P*). Toutefois, l'absence de mise à pied à titre conservatoire est un élément susceptible d'être pris en compte par les juges du fond pour apprécier la gravité de la faute reprochée par l'employeur (*Cass. soc., 10 nov. 1987, n° 84-45.203*).

## - 81 DEUX CONDITIONS

### Existence d'une faute suffisamment grave du salarié

Les faits qui lui sont reprochés doivent rendre « indispensable » la mesure conservatoire de mise à pied à effet immédiat.

Pour l'Administration, la mise à pied conservatoire permet à l'employeur de « faire face à des situations de danger ou de désordre » (*Circ. DRT n° 5-83, 15 mars 1983*). Ainsi, la faute doit avoir été telle que le maintien du salarié dans l'entreprise risque d'entraîner des perturbations dans la bonne marche du service.

La mise à pied à titre conservatoire ne préjuge toutefois pas de la décision définitive. L'employeur peut en effet notifier au salarié une « sanction mineure », tel qu'un avertissement. Dans cette hypothèse, la période de mise à pied conservatoire doit être rémunérée au salarié.

### Engagement immédiat de la procédure disciplinaire

La mise à pied doit être concomitante ou suivie immédiatement de l'ouverture de la procédure disciplinaire (*Cass. soc.*, 18 févr. 1998, n° 96-40.219 P ; *Cass. soc.*, 30 sept. 2004, n° 02-43.638 P ; *Cass. soc.*, 20 mars 2013, n° 12-15.707). Elle peut également être notifiée après l'entretien préalable, sous réserve que la notification fasse état de la procédure disciplinaire en cours, afin d'éviter que la mise à pied conservatoire soit requalifiée en sanction disciplinaire (*Cass. soc.*, 4 mars 2015, n° 13-23.228).

La mise à pied prononcée à titre conservatoire, alors que la procédure de licenciement est engagée tardivement, présente un caractère disciplinaire (*Cass. soc.*, 19 sept. 2007, n° 06-40.155 ; *Cass. soc.*, 13 févr. 2008, n° 06-42.969 ; *Cass. soc.*, 30 oct. 2013, n° 12-22.962 P). Les délais pour engager la procédure disciplinaire sont très courts : un délai de quatre jours a été jugé trop important, entraînant la requalification de la mise à pied conservatoire en mise à pied disciplinaire (*Cass. soc.*, 27 nov. 2019, n° 18-15.303). Néanmoins, les juges admettent une tolérance, en fonction des circonstances, lorsqu'il est nécessaire pour l'employeur de mener des investigations complémentaires sur les faits reprochés (*Cass. soc.*, 13 sept. 2012, n° 11-16.434).

En l'espèce, le délai entre la mise à pied conservatoire et l'envoi de la convocation à l'entretien préalable était de treize jours. Ce délai était indispensable, compte tenu de la nécessité pour l'employeur de mener à bien les investigations sur les faits reprochés (détournement de fonds) et de se déterminer sur la nécessité d'engager une procédure de licenciement pour faute grave.

De même, lorsque les faits reprochés donnent lieu à l'exercice de poursuites pénales, l'employeur peut prendre une mesure de mise à pied conservatoire si les faits le justifient, sans engager immédiatement la procédure de licenciement (*Cass. soc.*, 4 déc. 2012, n° 11-27.508 P).

**ATTENTION** Lorsque l'employeur engage une procédure disciplinaire concomitamment à une mise à pied conservatoire, mais annule finalement l'entretien préalable et convoque le salarié à un nouvel entretien préalable, il met à néant la première procédure disciplinaire : s'il maintient la mise à pied conservatoire dans le cadre de la deuxième convocation, il encourt la requalification de cette mise à pied en sanction disciplinaire, car la seconde procédure disciplinaire ne peut pas être considérée comme étant concomitante à la notification initiale de la mise à pied conservatoire (*Cass. soc.*, 17 oct. 2018, n° 16-28.773). En pratique, il convient donc de rémunérer la première mise à pied conservatoire et d'en notifier une nouvelle concomitamment à la convocation au second entretien préalable.

## - 82 FORMALISME

Les dispositions légales ne subordonnent l'application de la mise à pied à titre conservatoire à aucun formalisme particulier, comme par exemple un entretien préalable (*Cass. soc.*, 26 nov. 1987, n° 85-40.367 P).

En revanche, il est important que cette mesure soit qualifiée de « mise à pied à titre conservatoire », et sa notification doit faire référence à l'éventualité d'un licenciement. Dans le cas contraire, la mise à pied peut présenter un caractère disciplinaire, c'est-à-dire une sanction définitive.

Constitue une sanction disciplinaire et non une mesure conservatoire :

- une mise à pied prononcée pour une durée de trois jours « sans préjuger d'une éventuelle autre sanction » (*Cass. soc.*, 30 juin 1992, n° 89-43.949 P) ;
- une mise à pied qualifiée par l'employeur de « disciplinaire » ou de sanction immédiate (*Cass. soc.*, 4 juill. 1990, n° 87-44.840 P ; *Cass. soc.*, 3 mai 2001, n° 99-40.936 P).

**ATTENTION** Si la mise à pied est mise en œuvre dans des conditions traumatisantes et vexatoires, l'employeur commet une faute justifiant le paiement de dommages-intérêts (*Cass. soc.*, 6 janv. 2010, n° 08-44.218).

## - 83 DURÉE

Aucune disposition légale ne fixe la durée de la mise à pied à titre conservatoire, qui est, sous réserve de dispositions conventionnelles particulières, calquée sur celle de la procédure disciplinaire légale ou conventionnelle, destinée à permettre son déroulement.

La mise à pied à titre conservatoire prend fin avec le prononcé de la sanction définitive. Elle a en principe une durée indéterminée (*Cass. soc.*, 6 nov. 2001, n° 99-43.012 P ; *Cass. soc.*, 30 sept. 2004, n° 02-44.065 P ; *Cass. soc.*, 4 juill. 2007, n° 05-45.293). Il a été jugé qu'une mise à pied conservatoire d'une durée de sept semaines n'était pas excessive, dans la mesure où le salarié s'était vu reprocher des faits donnant lieu à des poursuites pénales (*Cass. soc.*, 6 oct. 2016, n° 15-15.465).

Mais elle peut aussi être prononcée pour une durée déterminée dans l'attente de la décision de licenciement (*Cass. soc.*, 6 mars 2007, n° 05-44.307 ; *Cass. soc.*, 15 avr. 2008, n° 06-46.037 ; *Cass. soc.*, 18 mars 2009, n° 07-44.185). Elle peut également n'être prononcée que jusqu'à l'entretien préalable : le fait de réintégrer ensuite la salariée, dans l'attente de la décision définitive, n'a pas pour effet que la mise à pied devient disciplinaire (*Cass. soc.*, 13 juin 2018, n° 16-27.617).

L'employeur peut décider d'interrompre une mise à pied conservatoire avant le terme de la procédure disciplinaire diligentée afin de ne pas priver le salarié de sa rémunération pendant une durée excessive (*Cass. soc.*, 18 nov. 1992, n° 90-45.064 P).

En revanche, la suspension d'une mise à pied conservatoire par l'employeur peut faire ressortir que la mise à pied n'était pas nécessaire et justifier la condamnation de l'employeur au paiement du salaire pour la période de la mise à pied (*Cass. soc.*, 9 juill. 2014, n° 13-18.177).

## - 84 EFFETS

La mise à pied à titre conservatoire, à l'instar de la mise à pied à titre disciplinaire, suspend le contrat de travail du salarié, qui est ainsi dispensé d'effectuer sa prestation de travail. Le salarié ne peut donc pas, pendant cette période, prendre ses congés payés, peu important que leur date ait été décidée antérieurement à la mesure de mise à pied (*Cass. soc., 15 mai 2014, n° 11-22.800*).

Dès lors que la mise à pied ne lui a pas été notifiée par écrit, le salarié qui se rend sur son lieu de travail, par crainte que son employeur lui reproche un abandon de poste, ne commet pas de faute (*Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-41.181*).

La mise à pied conservatoire entraîne une perte de salaire dont le caractère définitif dépendra de la sanction finalement retenue. Seul le licenciement fondé sur une faute grave ou lourde dispense l'employeur de son obligation de paiement du salaire afférent à la période de mise à pied conservatoire (*voir n° 85*).

Le fait que la rémunération soit versée au salarié pendant la mise à pied conservatoire n'empêche pas l'employeur de se prévaloir de la faute grave (*Cass. soc., 16 mars 1994, n° 92-43.151*).

De même, le seul fait qu'un employeur, tout en notifiant au salarié une rupture de son contrat de travail avec effet immédiat en raison de la faute grave qu'il lui imputait, lui ait néanmoins versé une somme équivalente à l'indemnité compensatrice de préavis, ne peut pas le priver du droit d'invoquer une telle faute (*Cass. soc., 2 févr. 2005, n° 02-45.748 P ; Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867 P*).

**ATTENTION** Le refus par le salarié d'exécuter une mise à pied conservatoire n'est pas fautif et ne peut le priver du paiement du salaire correspondant à la durée de celle-ci que si les faits reprochés et à l'origine de la décision de mise à pied caractérisent une faute grave. Celle-ci justifie donc la mesure de mise à pied (*Cass. soc., 3 déc. 2002, n° 00-44.080 ; Cass. soc., 12 oct. 2005, n° 03-43.935 P*).

## - 85 SANCTION PRONONCÉE

À l'issue de la mise à pied à titre conservatoire, l'employeur notifie la sanction au salarié, en respectant les règles de procédure applicables, à moins bien sûr qu'il n'ait renoncé à toute sanction. La sanction prononcée pourra être :

- mineure (avertissement, blâme, etc.) ;
- une mise à pied disciplinaire, à condition bien sûr que la faute reprochée au salarié soit de nature à justifier cette sanction (*Cass. soc., 29 mars 1995, n° 93-41.863 P ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1998, n° 96-40.813*) ;
- une mutation ou une rétrogradation ;
- un licenciement.

Seul le licenciement pour faute grave ou lourde est susceptible de dispenser l'employeur du paiement de la période de mise à pied à titre conservatoire, sous réserve, bien entendu, que les faits retenus pour justifier le licenciement soient identiques à ceux ayant motivé la mise à pied à titre conservatoire (*Cass. soc., 20 mars 1996, n° 93-40.553 P*).

Pour toutes les sanctions autres que le licenciement pour faute grave ou lourde, l'employeur doit maintenir le salaire correspondant à la période de mise à pied à titre conservatoire : s'il ne le fait pas, la mise à pied conservatoire peut être requalifiée en mise à pied disciplinaire, ce qui a pour effet d'épuiser le pouvoir disciplinaire de l'employeur et d'invalider la sanction subséquente (*Cass. soc., 3 févr. 2004, n° 01-45.989 ; Cass. soc., 18 déc. 2013, n° 12-18.548 ; voir n° 50*).

En revanche, si la faute grave est écartée par le juge qui requalifie le licenciement en licenciement pour cause réelle et sérieuse, la mise à pied conservatoire ne devient pas disciplinaire (*Cass. soc., 16 mai 2018, n° 17-11.202*) : le salarié est seulement en droit d'obtenir le paiement des salaires dont il a été privé pendant cette mise à pied. Peu importe qu'il ait été placé en arrêt maladie (*Cass. soc., 18 févr. 2016, n° 14-22.708*).

## - 86 OBLIGATOIRE

L'employeur, qui envisage de licencier pour motif personnel un salarié, le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable, en lui indiquant l'objet de la convocation (*C. trav., art. L. 1232-2*).

La maladie du salarié n'interdit nullement à l'employeur qui envisage son licenciement, pour un autre motif que cet état, et sauf fraude à la loi, d'engager une procédure à cette fin (*Cass. soc., 16 mars 1983, n° 80-40.200*).

L'employeur n'est pas tenu de faire droit à la demande de l'intéressé sollicitant une nouvelle convocation (*Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-40.681*), à moins que le refus de reporter l'entretien relève d'une intention dolosive de l'employeur (*Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2001, n° 98-45.784*).

L'Administration recommande à l'employeur, si le salarié malade n'est pas en mesure de se rendre personnellement à la convocation, de fixer l'entretien de telle manière que l'intéressé puisse se faire représenter, prendre connaissance des motifs de son licenciement et soit mis en mesure de faire part de ses observations. Les modalités à adopter seront évidemment fonction de chaque cas d'espèce (*Lettre DGTE, Doc. TE n° 66/1974*).

Si la convocation à entretien préalable est obligatoire avant tout licenciement, l'absence d'entretien préalable n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse. Il s'agit d'une simple irrégularité de procédure (*Cass. soc., 16 sept. 2015, n° 14-10.325 P*).

Celle-ci est sanctionnée par des dommages-intérêts, sous réserve que le salarié soit en mesure de prouver l'existence d'un préjudice subi (*Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-16.066 ; Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 16-13.578 P*).

## - 87 CONTENU DE LA CONVOCATION

La convocation indique l'objet ainsi que la date, l'heure et le lieu de l'entretien (C. trav., art. R. 1232-1).

### Objet de l'entretien

La convocation à l'entretien doit indiquer au salarié la raison de cette convocation, à savoir qu'un licenciement pour motif disciplinaire est envisagé (Cass. soc., 16 janv. 2007, n° 05-43.443 ; Cass. soc., 31 janv. 2007, n° 05-40.540).

En revanche, l'employeur n'est pas tenu de préciser les motifs du licenciement envisagé et les griefs retenus contre le salarié (Cass. soc., 4 nov. 1992, n° 91-41.189 P ; Cass. soc., 13 mai 2009, n° 08-40.103). L'absence de motivation de la lettre de convocation à entretien préalable ne fait pas échec aux droits de la défense du salarié visés par l'article 7 de la Convention n° 158 de l'OIT (Cass. soc., 6 avr. 2016, n° 14-23.198 P).

### Date, heure et lieu de l'entretien

Le salarié a droit à une indemnité pour irrégularité de la procédure quand la convocation ne comporte pas la mention de la date, de l'heure (Cass. soc., 25 sept. 2007, n° 05-45.592) ou du lieu de l'entretien (Cass. soc., 13 mai 2009, n° 07-44.245 P ; Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-16.066). Cette indemnité ne peut être supérieure à un mois de salaire (C. trav., art. L. 1235-2).

L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou de la remise en main propre de la lettre de convocation (C. trav., art. L. 1232-2) et plus de deux mois à compter du jour où l'employeur a eu connaissance des faits fautifs (C. trav., art. L. 1332-4).

En principe, l'entretien a lieu pendant l'horaire de travail du salarié, mais la convocation en dehors du temps de travail ne constitue pas une irrégularité de procédure. L'intéressé peut alors prétendre au paiement du temps passé à l'entretien préalable comme temps de travail (Cass. soc., 7 avr. 2004, n° 02-40.359 P ; Cass. soc., 20 avr. 2005, n° 03-40.556).

Le lieu de l'entretien préalable est en principe le lieu où s'exécute le travail ou celui du siège social de l'entreprise, à moins que l'employeur ne justifie de circonstances particulières rendant impossible l'organisation de l'entretien dans ces lieux (Cass. soc., 20 oct. 2009, n° 08-42.155). Dans ce cas, le salarié a droit au remboursement de ses frais de déplacement (Cass. soc., 28 janv. 2005, n° 02-45.971 P).

### Possibilité pour le salarié de se faire assister

La lettre de convocation doit mentionner les modalités d'assistance du salarié. Le non-respect de ces dispositions constitue une irrégularité de procédure (Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-14.650 P). Le salarié peut alors prétendre à une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire (C. trav., art. L. 1235-2).

Le salarié peut se faire assister pour l'entretien préalable (C. trav., art. L. 1232-4 ; C. trav., art. R. 1232-1 ; Cass. soc., 19 févr. 2002, n° 00-40.657 P) :

dans les entreprises disposant d'institutions représentatives du personnel (membres du comité social et économique et délégués syndicaux) : par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. La lettre n'a pas à mentionner l'identité des représentants du personnel dans la lettre de convocation à entretien préalable (Cass. soc., 14 juin 2016, n° 15-12.522) ;  
 en l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise : par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou par un conseiller du salarié choisi sur la liste dressée par l'autorité administrative. La lettre précise l'adresse des services dans lesquels la liste de ces conseillers est tenue à la disposition du salarié, à savoir l'adresse de la mairie du domicile du salarié (ou du siège de l'entreprise si le salarié réside dans un département différent), et l'adresse de l'inspection du travail de rattachement de l'entreprise.

L'omission de la mention de l'une des adresses entraîne l'irrégularité de la procédure (Cass. soc., 25 juin 2002, n° 00-44.955 P ; Cass. soc., 29 avr. 2003, n° 01-41.364 P).

Dans une entreprise ayant des représentants du personnel, le fait de mentionner la possibilité de se faire assister par un conseiller extérieur ouvre au salarié une option qui n'existe pas et constitue une irrégularité (Cass. soc., 19 nov. 2008, n° 07-43.191).

L'absence de représentants du personnel s'apprécie au niveau de l'entreprise (Cass. soc., 26 nov. 1996, n° 95-42.457 P) : peu importe qu'il n'y ait pas de représentants du personnel au sein de l'établissement. De même, si l'entreprise n'est pas dotée de représentants du personnel mais fait partie d'une unité économique et sociale (UES) au sein de laquelle existent des représentants du personnel, la convocation n'a pas à faire mention de la possibilité de se faire assister par un conseiller extérieur (Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.810 P). Dans ce cas, la convocation doit préciser que le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel d'une des entités de l'UES (Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-14.650 P ; CE, 12 juin 2019, n° 408.970).

## - 88 PERSONNES HABILITÉES À ENVOYER LA CONVOCATION

La convocation, tout comme la sanction, peut être signée par toute personne représentant l'employeur, sous réserve qu'elle soit investie d'une délégation lui conférant cette compétence (voir n° 95).

## - 89 FORME DE LA CONVOCATION

La convocation à l'entretien préalable est obligatoirement écrite. Elle est effectuée par lettre (C. trav., art. L. 1232-2) :

soit remise en main propre contre décharge ;  
soit recommandée.

Cette exigence légale n'est cependant qu'un moyen de prévenir toute contestation sur la date de réception de la convocation. En l'absence de récépissé, l'employeur peut prouver la date de réception de la convocation par tout moyen (*Cass. soc.*, 28 févr. 2018, n° 16-19.934).

Il a été jugé que la convocation ne pouvait pas être adressée au salarié par télécopie (*Cass. soc.*, 13 sept. 2006, n° 04-45.698 P). Toutefois, elle peut être remise par voie d'huissier de justice (*Cass. soc.*, 30 mars 2011, n° 09-71.412 P) ou envoyée par un système de transport rapide de courrier dit « Chronopost » dans la mesure où ce système permet de justifier des dates d'expédition et de réception de la lettre (*Cass. soc.*, 8 févr. 2011, n° 09-40.027 P). L'envoi par courrier recommandé électronique est également possible (*D.* n° 2018-347, 9 mai 2018, JO 12 mai).

En cas de report de l'entretien préalable à la demande du salarié, l'employeur est simplement tenu d'aviser, en temps utile et par tous moyens, le salarié des nouvelles date et heure de cet entretien (*Cass. soc.*, 29 janv. 2014, n° 12-19.872 P).

## - 90 DÉLAIS

### Entre la convocation et la connaissance des faits fautifs

Sous peine de prescription des faits fautifs (*voir n° 21*), la convocation à l'entretien préalable ne peut être adressée au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur a connaissance des faits fautifs (*C. trav.*, art. L. 1332-4).

Le point de départ de ce délai correspond au jour où l'employeur a une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés au salarié (*voir n° 24*). Il appartient à l'employeur de justifier qu'il en a eu connaissance à l'intérieur de ce délai de deux mois (*Cass. soc.*, 15 déc. 2010, n° 09-42.573).

**EXEMPLE** Si des faits de harcèlement sont portés à sa connaissance dans le cadre d'une instance prud'homale l'opposant au salarié victime, l'employeur n'a pas à attendre l'issue de la procédure prud'homale pour effectuer les enquêtes et investigations nécessaires à la connaissance des faits fautifs et pour prendre les mesures appropriées (*Cass. soc.*, 29 juin 2011, n° 09-70.902 P). Le délai de deux mois court en effet à compter de la connaissance des faits.

### Entre la convocation et l'entretien

L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou de la remise en main propre de la lettre de convocation (*C. trav.*, art. L. 1232-2).

Lorsqu'un délai est exprimé en jours, le jour de la notification ne compte pas (*C. proc. civ.*, art. 641). Le décompte se fait donc à partir du lendemain de la remise en main propre ou de la présentation de la lettre recommandée. Le délai expire le dernier jour à minuit (*C. proc. civ.*, art. 642).

Ne sont donc pas comptabilisés dans le délai de cinq jours (*Cass. soc.*, 20 déc. 2006, n° 04-47.853 P ; *Cass. soc.*, 20 févr. 2008, n° 06-40.949 P ; *Cass. soc.*, 3 juin 2015, n° 14-12.245 P) : le jour de remise de la lettre, les jours non ouvrables, à savoir les dimanches et jours fériés chômés, ni le jour de l'entretien. En effet, le délai comprenant cinq jours ouvrables pleins, l'entretien intervient au plus tôt le sixième jour ouvrable.

**ATTENTION** Si le délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (*C. trav.*, art. R. 1231-1 ; *Cass. soc.*, 9 juin 1999, n° 97-41.349 P ; *Cass. soc.*, 10 juill. 2019, n° 18-11.528).

Dès lors que ce délai n'est pas respecté, la procédure est irrégulière (*Cass. soc.*, 28 juin 2005, n° 02-47.128 P).

**ATTENTION** En cas de report, à la demande du salarié, de l'entretien préalable au licenciement, le délai de cinq jours ouvrables court à compter de la présentation de la lettre recommandée ou de la remise en main propre de la lettre initiale de convocation (*Cass. soc.*, 24 nov. 2010, n° 09-66.616 P). L'employeur est simplement tenu d'aviser, en temps utile et par tout moyen, le salarié des nouvelles date et heure de l'entretien (*Cass. soc.*, 29 janv. 2014, n° 12-19.872 P).

Délai minimum entre la convocation et l'entretien	
Date de remise ou de première présentation de la lettre de convocation	Date de l'entretien (au plus tôt) (1)
Lundi	Mardi (de la semaine suivante)
Mardi	Mardi (de la semaine suivante)
Mercredi	Mercredi (de la semaine suivante)
Jeudi	Jeudi (de la semaine suivante)
Vendredi	Vendredi (de la semaine suivante)
Samedi	Lundi (de la semaine N + 2)

## - 91 FINALITÉ

Au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique au salarié les motifs de la décision envisagée et recueille ses explications (*C. trav.*, art. L. 1232-3). Au cours de cet entretien, le salarié n'est pas fondé à demander à l'employeur de lui communiquer les pièces susceptibles de justifier la sanction (*Cass. soc.*, 18 févr. 2014, n° 12-17.557 P). L'entretien doit être mené dans une langue compréhensible par les deux parties. À défaut, il doit être fait appel à un interprète accepté par celles-ci (*Cass. soc.*, 8 janv. 1997, n° 95-41.085 P ; *Cass. soc.*, 6 mars 2007, n° 05-41.378).

S'il apparaît que le licenciement est déjà décidé, la procédure est irrégulière. Il en est ainsi lorsque :

le salarié reçoit le jour même de l'entretien le solde de son compte (*Cass. soc.*, 13 oct. 1988, n° 85-45.646 P) ;

l'employeur énonce au salarié à la fin de l'entretien, sa décision définitive de le licencier, cette irrégularité ne pouvant pas être réparée par l'envoi d'une lettre de licenciement respectant le délai légal (*Cass. soc., 15 nov. 1990, n° 88-42.261 P*). Mais elle n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse (*Cass. soc., 11 juill. 2007, n° 06-40.225*).

Au terme de l'entretien, l'employeur peut renoncer à poursuivre la procédure de licenciement qu'il a engagée, sauf détournement de procédure (*Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 06-44.583 P*).

## - 92 PARTICIPANTS

Sont présents à l'entretien, d'une part, l'employeur ou son représentant, d'autre part, le salarié, éventuellement assisté d'un autre salarié.

**ATTENTION** L'entretien préalable au licenciement d'un salarié revêt un caractère strictement individuel qui exclut qu'il soit entendu en présence de collègues contre lesquels il est également envisagé de prononcer une mesure de licenciement, quand bien même les faits reprochés seraient identiques (*Cass. soc., 23 avr. 2003, n° 01-40.817 P ; Cass. soc., 20 juin 2007, n° 06-41.823*).

### Assistant du salarié

#### Entreprise disposant de représentants du personnel

Dans les entreprises disposant de représentants du personnel, la personne qui assiste le salarié appartient au personnel de l'entreprise (*C. trav., art. L. 1232-4, voir n° 87*).

Le choix de la personne appelée à assister le salarié lui appartient (*Cass. soc., 31 oct. 2006, n° 04-47.856*). Le plus souvent, le salarié choisira pour l'assister un représentant du personnel qui bénéficie d'une protection au titre de son mandat et peut intervenir en utilisant ses heures de délégation.

#### Entreprise ne disposant pas de représentants du personnel

Dans les entreprises ne disposant pas de représentants du personnel, le salarié a le choix de se faire assister (*C. trav., art. L. 1232-4*) :

- soit par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative ;
- soit par une personne de son choix appartenant à l'entreprise.

**ATTENTION** Cette disposition ne s'applique pas aux sanctions disciplinaires autres que le licenciement (*voir n° 66*).

La liste des conseillers du salarié est arrêtée dans chaque département par le préfet et publiée au recueil des actes administratifs de la préfecture. Elle est tenue à la disposition des salariés dans chaque section d'inspection du travail et dans chaque mairie (*C. trav., art. D. 1232-5*).

Le salarié qui décide de recourir à un conseiller informe cette personne du lieu, de la date et de l'heure de l'entretien, et informe l'employeur de sa démarche (*C. trav., art. R. 1232-2*).

Le conseiller du salarié lui confirme sa venue ou lui fait connaître immédiatement, et par tous moyens, qu'il ne peut se rendre à l'entretien (*C. trav., art. R. 1232-3*). Il restera alors au salarié à faire appel soit à un autre conseiller figurant sur la liste établie par le préfet, soit à un salarié de l'entreprise.

L'absence de l'assistant n'a pas pour effet de rendre la procédure de licenciement irrégulière dès lors qu'elle n'est pas due à une interdiction ou à une manœuvre dissuasive de l'employeur (*Cass. soc., 5 juin 1985, n° 84-43.023 P*). Il en est de même de l'arrivée tardive du conseiller (*Cass. soc., 26 janv. 2010, n° 08-40.333*).

Le conseiller choisi par le salarié a pour mission de l'assister et le conseiller lors de l'entretien préalable. Il peut donc intervenir, demander des explications à l'employeur, compléter celles du salarié et présenter des observations. Le rôle du conseiller est strictement limité à cette fonction d'assistance et de conseil et n'implique pas d'autres fonctions (*Circ. DRT n° 91-16, 5 sept. 1991*).

**À NOTER** Aucun texte n'interdit au conseiller ayant assisté le salarié lors de l'entretien préalable d'établir une attestation relatant les faits auxquels il a assisté. Il appartient au juge d'apprécier souverainement l'objectivité du témoignage ainsi rapporté (*Cass. soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666 P ; Cass. soc., 12 févr. 2002, n° 99-45.634*). Il engage sa responsabilité pénale en cas de fausse attestation (*Cass. crim., 26 mars 2002, n° 01-84.215*).

### Assistance de l'employeur

Bien que la loi ne le mentionne pas, l'employeur peut se faire assister lors de l'entretien préalable. Toutefois, il ne peut se faire assister que (*Cass. soc., 12 mars 1986, n° 83-41.908 P*) :

- par une personne appartenant au personnel de l'entreprise (*Cass. soc., 27 mai 1998, n° 96-40.741 P ; Cass. soc., 28 oct. 2009, n° 08-44.241 P*). L'employeur ne peut donc pas être accompagné d'un huissier de justice (*Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71.412 P*) ;
- si la présence de cette personne ne fait pas grief aux intérêts du salarié.

Ainsi, la présence de plusieurs personnes peut transformer l'entretien en enquête, et détourne ainsi la procédure de son objet (*Cass. soc., 25 mars 2010, n° 07-43.384 ; Cass. soc., 12 déc. 2013, n° 12-21.046 ; Cass. soc., 20 janv. 2016, n° 14-21.346*).

Si la participation d'un représentant du personnel aux côtés de l'employeur durant l'entretien empêche le salarié de s'exprimer librement dans la mesure où il existe un différend important entre ce représentant et le salarié, la procédure est également détournée de son objet et le salarié peut en être indemnisé (*Cass. soc., 21 juin 2011, n° 10-11.690*).

L'intervention du salarié assistant l'employeur en une seule occasion pour confirmer des propos reprochés au salarié ne constitue pas un détournement de l'objet de cet entretien (*Cass. soc., 5 mai 2010, n° 09-40.737 P*).



## - 93 PROCÈS-VERBAL

Les dispositions légales ne prévoient pas la rédaction d'un procès-verbal de l'entretien.

L'Administration estime que les parties en présence peuvent rédiger et signer un compte rendu de l'entretien constatant son déroulement, les faits évoqués et les explications des parties. Ce compte rendu peut être produit en justice et constituer un moyen de preuve s'il est signé par les deux parties (*Circ. DRT n° 91-16, 5 sept. 1991*). En revanche, si le salarié ou l'employeur ne l'a pas signé, il n'a pas de force probante (*Cass. soc., 1<sup>er</sup> mars 2000, n° 97-45.731*).

On peut également admettre qu'un enregistrement sur une bande magnétique soit réalisé d'un commun accord par les parties. Cependant, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite (*Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.120 P*).

Toutefois, dans l'hypothèse où un enregistrement est effectué sans l'accord de l'employeur, aucun délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée ne peut être constitué si les propos revêtent un caractère exclusivement professionnel (*Cass. crim., 16 janv. 1990, n° 89-83.075 P*).

Dans le cadre d'un contentieux, le conseiller du salarié peut délivrer une attestation sur le contenu de l'entretien préalable (*voir n° 92*). Il en est de même pour le représentant de l'employeur : le juge apprécie la valeur et la portée d'un tel témoignage (*Cass. soc., 23 oct. 2013, n° 12-22.342 P ; Cass. soc., 13 nov. 2019, n° 18-13.785*).

## - 94 DÉFAUT D'ENTRETIEN

L'absence d'entretien préalable entraîne l'irrégularité de la procédure mais ne prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse (*Cass. soc., 11 sept. 2012, n° 11-20.371*). Aux termes de l'article L. 1235-2 du Code du travail, dans ce cas le juge accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire.

Le salarié menacé de licenciement n'a aucune obligation d'assister à l'entretien préalable. Il s'agit en effet d'une formalité prévue dans son seul intérêt et l'intéressé peut, par son absence, y renoncer, sans que cela ne constitue une faute (*Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-44.670 P ; Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-41.308 P ; Cass. soc., 28 nov. 2001, n° 99-46.031*).

Dans la mesure où, pour le salarié, l'entretien reste une simple faculté, son absence n'empêche pas la procédure de suivre son cours. Peu importe, d'ailleurs, que l'absence soit justifiée par une suspension du contrat de travail (maladie, congés) ou injustifiée. Dès lors que l'employeur a régulièrement convoqué le salarié, la jurisprudence considère que l'employeur peut poursuivre la procédure engagée. Le fait que le salarié ne se présente pas à l'entretien préalable ne rend pas à lui seul la procédure irrégulière (*Cass. soc., 17 sept. 2014, n° 13-16.756*).

Toutefois, si l'employeur ne respecte pas les règles de forme ou si la lettre de convocation à l'entretien n'est pas parvenue au salarié en raison d'une négligence de l'employeur, les juges vérifient, dans chaque cas d'espèce, la régularité de la procédure suivie (*voir n° 113 et s.*).

## - 95 NOTIFICATION

Si l'employeur persiste dans son projet de congédier le salarié, son licenciement doit lui être signifié. Jusqu'à la notification du licenciement, l'employeur peut, à tout moment, notamment s'il s'aperçoit que les faits reprochés au salarié ne lui sont pas imputables, renoncer à lui infliger une quelconque sanction.

### Forme

S'il décide de licencier le salarié, l'employeur lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception (*C. trav., art. L. 1232-6*). L'envoi par lettre recommandée électronique est également possible (*D. n° 2018-347, 9 mai 2018, JO 12 mai*).

Cependant l'envoi de la lettre recommandée avec avis de réception n'est qu'un moyen légal de prévenir toute contestation sur la date de notification du licenciement (*Cass. soc., 7 juill. 2010, n° 08-45.139*). Ainsi la rupture peut être notifiée par lettre simple contre récépissé au salarié (*Cass. soc., 15 déc. 1999, n° 97-44.431 ; Cass. soc., 16 juin 2009, n° 08-40.722 P*), ou par exploit d'huissier (*Cass. soc., 20 févr. 1986, n° 82-43.825*).

Par ailleurs, la preuve de la notification du licenciement peut être apportée par tout moyen, par exemple par témoignage (*Cass. soc., 29 sept. 2014, n° 12-26.932 P*).

**À NOTER** La remise de la lettre de licenciement à un tiers, en l'espèce le conseiller du salarié, entraîne une irrégularité de procédure mais ne prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse, dès lors que ce tiers a remis la lettre au salarié (*Cass. soc., 23 oct. 2013, n° 12-12.700 P*).

Un licenciement ne peut valablement pas être notifié verbalement. Le licenciement verbal rompt le contrat de travail malgré son irrégularité (*Cass. soc., 12 mars 1992, n° 90-44.174*) mais est dépourvu de cause réelle et sérieuse, dans la mesure où il n'existe pas de support exposant le motif de licenciement (*Cass. soc., 9 juill. 2003, n° 01-44.580*). Il y a licenciement verbal lorsque l'employeur annonce publiquement sa décision irrévocable de licencier un salarié au cours d'une réunion du personnel, avant l'entretien préalable du salarié (*Cass. soc., 23 oct. 2019, n° 17-28.800*).

L'employeur ne peut pas le régulariser par l'envoi postérieur d'une lettre de rupture (*Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 00-45.676*). La seule possibilité dont il dispose est de proposer au salarié de rétracter son licenciement, l'accord du salarié étant toutefois nécessaire (*Cass.*

*soc.*, 4 mars 2015, n° 13-16.148).

En revanche, si le licenciement verbal invoqué est postérieur à l'expédition de la lettre de licenciement, celui-ci n'est pas privé de cause réelle et sérieuse. En effet, la rupture du contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture (*Cass. soc.*, 6 mai 2009, n° 08-40.395 P).

Le licenciement est également privé de cause réelle et sérieuse si le salarié est informé de la rupture lors de la réception d'une attestation Pôle emploi, peu important l'envoi postérieur d'une lettre motivée (*Cass. soc.*, 23 janv. 2007, n° 05-43.428 P ; *Cass. soc.*, 30 nov. 2010, n° 08-45.279) ou par la remise du certificat de travail (*Cass. soc.*, 19 mars 2008, n° 06-46.145).

**ATTENTION** La transaction ayant pour objet de prévenir ou de terminer une contestation, celle-ci ne peut être valablement conclue par le salarié licencié que lorsqu'il a eu connaissance effective des motifs du licenciement par la réception de la lettre de licenciement (*Cass. soc.*, 14 juin 2006, n° 04-43.123 P). Il en résulte que la transaction est nulle quand elle a été conclue avant que le salarié n'ait reçu la lettre recommandée avec avis de réception (*Cass. soc.*, 26 mars 2002, n° 00-41.315 ; *Cass. soc.*, 10 oct. 2018, n° 17-10.066 P ; *Cass. soc.*, 12 févr. 2020, n° 18-19.149).

### Signataire

Une lettre de licenciement non signée est irrégulière (*Cass. soc.*, 14 juin 1990, n° 88-43.268 P ; *Cass. soc.*, 29 juin 1999, n° 97-42.208 P ; *Cass. soc.*, 5 janv. 2005, n° 02-47.290).

La notification doit émaner de l'employeur ou de son représentant, c'est-à-dire de la personne qui a reçu délégation permanente pour embaucher ou licencier le personnel (*Cass. soc.*, 19 mars 1987, n° 84-42.379 ; *Cass. soc.*, 29 janv. 2013, n° 11-23.267 P).

L'absence de pouvoir du signataire de la lettre de licenciement prive le licenciement de cause réelle et sérieuse (*Cass. soc.*, 30 sept. 2010, n° 09-40.114 P ; *Cass. soc.*, 25 oct. 2011, n° 10-17.155 ; *Cass. soc.*, 25 sept. 2013, n° 12-14.991).

Il n'est pas nécessaire que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit, aucune disposition légale n'exigeant cette condition (*Cass. soc.*, 18 nov. 2003, n° 01-43.608 P ; *Cass. soc.*, 19 janv. 2005, n° 02-45.675 P ; *Cass. soc.*, 6 mars 2012, n° 10-24.367). La délégation peut donc être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement, par exemple un responsable des ressources humaines (*Cass. soc.*, 23 sept. 2009, n° 07-44.200 P ; *Cass. soc.*, 29 sept. 2010, n° 09-42.296 P ; *Cass. ch. mixte*, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 P). Il a été admis que la lettre de licenciement peut être signée pour ordre au nom du directeur des ressources humaines (*Cass. soc.*, 10 nov. 2009, n° 08-41.076 P).

Concernant les représentants légaux des sociétés par actions simplifiées, ils ont la possibilité de déléguer le pouvoir de licencier les salariés de l'entreprise (*Cass. ch. mixte*, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 P ; *Cass. ch. mixte*, 19 nov. 2010, n° 10-30.215 P ; *Cass. soc.*, 2 mars 2011, n° 09-40.982).

S'agissant des associations, la délégation doit être conforme aux statuts (*Cass. soc.*, 17 mars 2015, n° 13-20.452 P). Dès lors que la délégation consentie par le président d'une association mentionne exclusivement la possibilité de recruter et de signer les contrats de travail, le licenciement prononcé par ce délégataire est sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc.*, 2 mars 2011, n° 08-45.422 P).

**ATTENTION** Le règlement intérieur peut parfois prévoir des dispositions spécifiques sur la personne ayant pouvoir de notifier le licenciement : le non-respect de ces dispositions a pour effet de rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc.*, 6 nov. 2013, n° 12-24.848).

Les règles relatives à la notification du licenciement interdisent à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise, comme son expert-comptable, pour notifier le licenciement (*Cass. soc.*, 26 mars 2002, n° 99-43.155 P ; *Cass. soc.*, 7 déc. 2011, n° 10-30.222 P ; *Cass. soc.*, 26 avr. 2017, n° 15-25.204 P).

Au sein des groupes d'entreprises, n'est pas considéré comme une personne étrangère :

- le directeur du personnel d'une société mère qui exerce également ses fonctions au sein des filiales (*Cass. soc.*, 19 janv. 2005, n° 02-45.675 P ; *Cass. soc.*, 23 sept. 2009, n° 07-44.200 P ; *Cass. soc.*, 15 déc. 2011, n° 10-21.926) ;
- le secrétaire général de la société mère qui peut recevoir mandat pour procéder au licenciement d'un salarié employé par une société filiale, sans qu'il soit nécessaire que la délégation soit écrite (*Cass. soc.*, 27 nov. 2019, n° 18-16.857) ;
- le directeur financier de la société mère qui détient la totalité des parts d'une filiale (*Cass. soc.*, 30 juin 2015, n° 13-28.146 P) ;
- le directeur général de la société mère (*Cass. soc.*, 13 juin 2018, n° 16-23.701 P).

De même, un travailleur temporaire n'est pas une personne étrangère à l'entreprise au sein de laquelle il travaille. Dès lors qu'il a pour mission l'assistance et le conseil au directeur des ressources humaines ainsi que son remplacement éventuel, il a le pouvoir de signer les lettres de licenciement (*Cass. soc.*, 2 mars 2011, n° 09-67.237 P).

Si une personne est salariée de deux sociétés d'un groupe, la lettre de licenciement signée par le mandataire de l'une des sociétés au nom des deux sociétés est valable si elle englobe les deux emplois occupés par le salarié (*Cass. soc.*, 6 mars 2002, n° 00-41.388).

## - 96 DÉLAI DE NOTIFICATION

La date de la notification correspond à la date d'envoi de la lettre de licenciement (*Cass. soc.*, 30 nov. 2010, n° 09-68.174).

### Délai minimum

La lettre notifiant au salarié son licenciement ne peut lui être expédiée moins de deux jours ouvrables après la date prévue de l'entretien préalable (*C. trav.*, art. L. 1232-6).

Par « jour ouvrable », il faut entendre tous les jours de la semaine, excepté le dimanche et les jours fériés chômés. Selon les règles du Code de procédure civile, lorsqu'un délai est exprimé en jours, le jour de la notification ne compte pas (*C. proc. civ.*, art. 641). Le décompte commence le lendemain du jour de l'entretien.

Si le délai expire un samedi, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (*C. trav.*, art. R. 1231-1).

L'employeur ne peut pas réparer, par l'envoi d'une seconde lettre, l'irrégularité commise en adressant prématurément, après l'entretien, une lettre de licenciement. Est irrégulier le licenciement lorsque l'employeur remet le courrier l'entérinant le jour même de l'entretien, peu important qu'il fasse parvenir une seconde lettre une semaine plus tard (*Cass. soc.*, 8 nov. 1995, n° 94-41.343 P ; *Cass. soc.*, 15 nov. 1990, n° 88-42.261 P). Le salarié a alors droit à une indemnité pour irrégularité de procédure (*Cass. soc.*, 27 nov. 2001, n° 99-44.889 P ; voir n° 114).

### Délai maximal

La lettre de licenciement ne peut être adressée plus d'un mois après l'entretien préalable (*C. trav.*, art. L. 1332-2 ; *Cass. soc.*, 16 mars 1995, n° 90-41.213 P ; *Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> déc. 1999, n° 97-44.131).

Le délai d'un mois expire à 24 heures le jour du mois suivant qui porte le même quantième que le jour fixé pour l'entretien. À défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois suivant à 24 heures (*C. trav.*, art. R. 1332-3).

**EXEMPLE** Si l'entretien a eu lieu le 31 octobre, la sanction ne pourra plus être notifiée après le 30 novembre à 24 heures.

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

Ce délai peut être dépassé lorsque l'employeur est tenu d'engager une procédure conventionnelle, à condition qu'elle soit mise en œuvre et que le salarié en soit informé dans le délai d'un mois (*Cass. soc.*, 13 févr. 2001, n° 98-45.912 P ; *Cass. soc.*, 23 juin 2004, n° 02-41.877 P ; voir n° 75). Il en est de même lorsque des investigations rendues nécessaires par les déclarations du salarié au cours de l'entretien doivent être accomplies et qu'elles ne peuvent pas l'être dans le délai maximal d'un mois (*Cass. soc.*, 13 févr. 2019, n° 17-13.749 ; voir n° 67).

**ATTENTION** Certaines conventions collectives peuvent prévoir un délai maximal plus court (*Cass. soc.*, 13 févr. 2019, n° 17-13.749).

### Point de départ du délai

Lorsque l'employeur est tenu de recueillir l'avis d'une instance disciplinaire (conseil ou commission de discipline), le délai d'un mois pour notifier la sanction ne court qu'à compter de l'avis rendu par cette instance (*Cass. soc.*, 3 avr. 1997, n° 94-44.575 P ; *Cass. soc.*, 31 oct. 2000, n° 95-45.349 P).

De la même manière, lorsque l'employeur est tenu de recueillir l'autorisation de l'inspecteur du travail pour licencier un salarié protégé, le délai d'un mois pour notifier le licenciement court à compter du jour où l'employeur a reçu notification de cette autorisation (*Cass. soc.*, 28 oct. 2003, n° 01-42.404 P).

Quand l'employeur, informé de l'impossibilité dans laquelle se trouve le salarié de se présenter à l'entretien, reporte la date de l'entretien, c'est alors à compter de cette nouvelle date que court le délai d'un mois qui lui est imparti pour notifier la sanction (*Cass. soc.*, 7 juin 2006, n° 04-43.819 P ; *Cass. soc.*, 12 juin 2007, n° 05-43.957).

Mais le report de l'entretien préalable sur initiative patronale ne fait pas courir un nouveau délai d'un mois pour notifier le licenciement (*Cass. soc.*, 23 janv. 2013, n° 11-22.724 ; *Cass. soc.*, 20 mai 2014, n° 12-28.046 ; *Cass. soc.*, 27 nov. 2019, n° 18-15.195). Dans ce cas, le délai commence à courir au jour de la date initialement fixée.

Délai minimum entre l'entretien et l'envoi de la lettre de licenciement	
Date de l'entretien préalable	Date d'envoi de la lettre de licenciement (au plus tôt) (1)
Lundi	Jeudi
Mardi	Vendredi
Mercredi	Samedi
Jeudi	Mardi
Vendredi	Mardi

## - 97 GRAVITÉ DE LA FAUTE

L'employeur peut prononcer un licenciement (voir n° 14) :

pour faute. La rupture du contrat de travail intervient à l'issue du préavis légal ou conventionnel. Elle ouvre droit, pour le salarié, aux indemnités de rupture légales ou conventionnelles (indemnité de préavis, indemnité compensatrice de congés payés, indemnité de licenciement s'il remplit les conditions d'ancienneté requises) ;

pour faute grave. La fin du contrat de travail intervient dès la première présentation de la lettre recommandée de licenciement au domicile du salarié. L'intéressé perçoit la seule indemnité compensatrice de congés payés.

Pour invoquer la faute grave, l'employeur doit engager la procédure dans un délai restreint après avoir eu connaissance des faits fautifs. Toutefois, il bénéficie d'un délai supplémentaire pour procéder aux vérifications nécessaires (voir n° 24).

L'engagement de la procédure de licenciement au-delà du délai restreint empêche la qualification de faute grave mais ne fait pas obstacle à ce que le fait invoqué constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement (*Cass. soc.*, 22 janv. 2014, n° 12-23.565) ;

pour faute lourde. Cette faute prive le salarié de son indemnité de licenciement et exclut l'exécution du préavis. Le salarié perçoit cependant une indemnité compensatrice de congés payés. Si la faute commise a causé un préjudice à l'employeur, le salarié peut être condamné à lui verser des dommages-intérêts. Pour qu'il y ait faute lourde, l'intention du salarié de nuire à son employeur ou à l'entreprise doit être établie.

## - 98 MOTIVATION DU LICENCIEMENT

## Obligation de l'employeur

L'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs de sa décision dans la lettre de licenciement (*C. trav., art. L. 1232-6*).

Des dispositions contractuelles, conventionnelles ou statutaires ne peuvent ni dispenser l'employeur d'énoncer les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement, ni priver le juge de l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement (*Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 09-41.904 P*).

### Motivation précise

L'absence de motif précis dans la lettre de licenciement équivaut à une absence de motif et rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Peu importe :

- la référence aux motifs contenus dans la lettre de convocation à l'entretien préalable (*Cass. soc., 12 janv. 1994, n° 92-42.745 P ; Cass. ass. plén., 27 nov. 1998, n° 96-44.358 P*) ;
- les motifs allégués par l'employeur lors d'entretiens ayant précédé le licenciement (*Cass. soc., 10 janv. 1995, n° 92-44.800 P*) ;
- que la lettre de licenciement fasse allusion aux fautes reprochées au salarié lors de l'entretien préalable (*Cass. soc., 15 nov. 1994, n° 93-40.593 P*) ;
- la mention dans la lettre de licenciement de fautes professionnelles exposées dans de précédents courriers (*Cass. soc., 8 janv. 1997, n° 94-42.639 P*) ;
- que la lettre de licenciement fasse référence à une correspondance antérieure (*Cass. soc., 7 oct. 1997, n° 94-44.306*) ou à des motifs contenus dans un document envoyé antérieurement au salarié (*Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2001, n° 99-40.465*).

La seule référence à l'entretien préalable faite dans la lettre de notification d'une sanction contre le salarié est également insuffisante (*Cass. soc., 17 janv. 1995, n° 91-43.815 P*).

En revanche, la lettre de licenciement mentionnant qu'elle comporte en annexe l'énoncé précis des motifs de licenciement est suffisamment motivée (*Cass. soc., 10 oct. 2000, n° 98-40.496*).

Ont été jugés comme insuffisamment précis les motifs suivants :

- des « fautes extrêmement graves » commises par le salarié (*Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 88-44.308 P*) ;
- les « problèmes occasionnés » par le salarié (*Cass. soc., 23 mai 2000, n° 98-40.633 P*) ;
- un « différend d'incompréhension » (*Cass. soc., 14 nov. 2000, n° 98-44.072*).

**ATTENTION** L'article L. 1235-2 du Code du travail, issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 (*JO 23 sept.*) prévoit que l'employeur peut, de sa propre initiative ou à la demande du salarié, préciser les motifs énoncés dans la lettre de licenciement. À défaut pour le salarié d'avoir formulé une telle demande, dans les quinze jours suivant la notification du licenciement, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse. L'intéressé a alors droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire (*voir n° 99*).

**Modèles de lettre de licenciement** L'employeur a la possibilité de recourir à des modèles type de lettre de licenciement (*C. trav., art. L. 1232-6*). À l'origine, il était prévu qu'ils soient fixés par décret. Ainsi, le décret n° 2017-1820 du 29 décembre 2017 (*JO, 30 déc.*) propose notamment un modèle de lettre de licenciement pour motif personnel disciplinaire (faute sérieuse, grave ou lourde). À l'avenir, ces modèles pourront être modifiés par arrêté ministériel (*L. n° 2018-217, 29 mars 2018, JO 31 mars ; C. trav., art. L. 1232-6*).

Il s'agit de simples guides de rédaction, mais ils ne sont pas pour autant des modèles clés en main sécurisant définitivement le licenciement. L'employeur reste responsable du contenu de la lettre qu'il adresse, et peut devoir justifier de la motivation exposée en cas de contentieux devant le conseil de prud'hommes.

### Date des faits reprochés au salarié

L'employeur est tenu de motiver de manière précise et détaillée les faits reprochés au salarié. Toutefois, la datation, dans la lettre de licenciement, des faits invoqués n'est pas nécessaire (*Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 10-28.798 ; Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-13.719*).

Peu importe ainsi que les griefs invoqués n'aient pas de date certaine, seul compte le fait qu'ils soient matériellement vérifiables (*Cass. soc., 7 mars 1995, n° 93-43.596 ; Cass. soc., 14 mai 1996, n° 94-45.499 P*).

En pratique, il est préférable, pour des raisons de preuve, de dater les fautes justifiant la mesure de licenciement.

### Motifs non évoqués lors de l'entretien préalable

La circonstance que le grief, énoncé dans la lettre de licenciement, n'a pas été indiqué au salarié par l'employeur au cours de l'entretien préalable caractérise une irrégularité de forme, qui n'empêche pas le juge de décider que ce grief peut constituer une cause réelle et sérieuse du licenciement (*Cass. soc., 28 mai 1997, n° 94-42.835 P ; Cass. soc., 17 déc. 2014, n° 13-20.217*).

Le salarié pourra, en cas de préjudice, demander des dommages-intérêts pour irrégularité de la procédure (*Cass. soc., 26 oct. 2016, n° 14-27.153*).

### Contrôle par les juges

La lettre d'énonciation des motifs du licenciement fixe les limites du litige (*Cass. soc., 5 nov. 1992, n° 91-42.430 P ; Cass. soc., 22 janv. 1998, n° 95-41.496 P*). Cette lettre peut être complétée, le cas échéant, par un courrier apportant des précisions sur le ou les motifs de licenciement (*C. trav., art. L. 1235-2 ; voir n° 99*).

Il en résulte que l'employeur ne peut invoquer ensuite des faits non indiqués dans cette lettre, même s'ils ont été révélés par des vérifications en cours à la date de la lettre d'énonciation des motifs et ont suscité des réserves expresses dans cette correspondance (*Cass. soc., 13 oct. 1988, n° 85-44.973 P*).

Néanmoins, si le motif énoncé dans la lettre de licenciement est suffisamment précis, l'employeur peut, en cas de contestation, invoquer devant le juge toutes les circonstances de fait permettant de justifier le motif énoncé, même si elles ne sont pas inscrites dans la lettre de licenciement (*Cass. soc., 15 oct. 2013, n° 11-18.977 P*).

## - 99 POSSIBILITÉ DE PRÉCISER LE MOTIF DE LICENCIEMENT APRÈS SA NOTIFICATION

### Initiative de l'employeur ou du salarié

Depuis l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 (JO, 23 sept.), l'employeur a la possibilité d'apporter des précisions sur le motif de licenciement, par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé, dans les quinze jours suivant la notification du licenciement.

Le salarié peut également demander ces précisions de sa propre initiative, en adressant à son employeur une lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé, dans le même délai. La réception de cette demande fait courir, pour l'employeur, un délai de quinze jours pour transmettre les précisions au salarié selon les mêmes formalités (lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé ; C. trav., art. L. 1235-2 ; art. R. 1232-13).

Il n'existe pas de précisions quant à savoir si le délai de quinze jours se décompte en jours calendaires, en jours ouvrés ou en jours ouvrables. Si l'on se réfère au calcul du délai pour organiser la visite de reprise qui doit avoir lieu « dans un délai de huit jours », la logique voudrait que le même mode de décompte s'applique, c'est-à-dire un décompte en jours calendaires.

### Notion de précision du motif

Il est important de déterminer ce que recouvre la notion de « précision du motif » : c'est en effet la lettre de licenciement, le cas échéant précisée par l'employeur qui fixe les limites du litige en cas de contestation du licenciement (C. trav., art. L. 1235-2, al. 2).

La précision du motif ne peut logiquement pas venir combler une absence de motif. Elle ne peut pas non plus ajouter de nouveaux motifs de licenciement, ou encore modifier le motif du licenciement.

Il faut toutefois s'attendre, notamment pour les licenciements disciplinaires, à ce que les lettres de précisions fassent débat : la frontière peut en effet être tenue entre l'ajout d'un nouveau grief, l'ajout d'un nouveau motif de licenciement et la précision du motif.

### Conséquences de l'absence de demande de précisions par le salarié

En l'absence de demande de précision, par le salarié, dans les quinze jours suivant la notification de son licenciement, l'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne peut plus avoir pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse : elle constitue une simple irrégularité, qui ouvre droit à une indemnité qui ne peut pas excéder un mois de salaire (C. trav., art. L. 1235-2, al. 3).

En cas de contentieux, l'employeur peut présenter devant le juge les éléments justificatifs du motif de licenciement. À l'issue de l'examen de ces éléments et de ceux apportés par le salarié, le juge décide si le licenciement est ou non dépourvu de cause réelle et sérieuse.

En cas de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, le préjudice qui résulte du vice de motivation de la lettre de rupture est réparé par les dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (C. trav., art. L. 1235-2, al. 4). Il y a donc *a priori* exclusion du cumul entre l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et l'indemnité sanctionnant le vice de motivation.

## - 100 DATE ET EFFET DE LA RUPTURE DU CONTRAT

La lettre de rupture a pour effet de fixer la date du licenciement et, le cas échéant, le point de départ du préavis.

La rupture du contrat se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée de licenciement et non à la date de première présentation au domicile du salarié (Cass. soc., 26 sept. 2006, n° 05-43.841 P ; Cass. soc., 6 mai 2009, n° 08-40.395 P).

Une fois la notification effectuée, l'accord du salarié est nécessaire à l'employeur pour revenir sur le licenciement qu'il a prononcé (Cass. soc., 12 mai 2004, n° 02-41.173).

→ **Pour en savoir plus** sur la procédure et les conséquences du licenciement pour motif personnel, voir *Liaisons sociales – les Thématiques*, « Le licenciement pour motif personnel ».

### - Introduction

#### Introduction

Le juge judiciaire contrôle l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire.

Le contrôle des sanctions disciplinaires, à l'exception du licenciement, porte sur la régularité de la procédure, la justification de la sanction et sur l'absence de disproportion entre la faute et la sanction. Le contrôle du licenciement disciplinaire est, quant à lui, régi par les règles de droit commun du licenciement et porte donc sur la régularité de la procédure et sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Le juge peut annuler une sanction irrégulière, injustifiée ou disproportionnée à la faute commise, mais non un licenciement disciplinaire, à moins qu'il ne soit fondé sur un motif interdit par la loi (motif discriminatoire, par exemple).

## - 101 ÉTENDUE DE SON POUVOIR

« 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 » (C. trav., art. L. 1333-1).

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

## - 102 SANCTIONS CONTRÔLÉES

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

Sont donc concernées aussi bien les sanctions soumises à la procédure renforcée que l'avertissement ou le blâme (Cass. soc., 3 mars 1988, n° 85-42.006 P).

Lorsque la sanction contestée est un licenciement, les dispositions relatives au contrôle juridictionnel du droit disciplinaire ne sont pas applicables. Dans ce cas, le conseil de prud'hommes applique les dispositions du chapitre portant sur les contestations et sanctions des irrégularités du licenciement fixées aux articles L. 1235-1 et suivants du Code du travail (C. trav., art. L. 1333-3).

## - 103 RÉGULARITÉ DE LA PROCÉDURE

### Contrôle formel

Le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie (C. trav., art. L. 1333-1). Il s'agit là d'un contrôle formel portant sur :

- la procédure à suivre en fonction de la nature de la sanction ;
- les modalités de la procédure applicable, notamment le respect du délai de deux mois de prescription de la faute institué par l'article L. 1332-4 du Code du travail (voir n° 21).

Sur ce point, il appartient au salarié d'invoquer la prescription devant les juges du fond, qui ne peuvent pas la soulever d'office (C. civ., art. 2247 ; Cass. soc., 21 juin 2000, n° 98-41.485 ; Cass. soc., 31 mai 2005, n° 03-40.439).

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

Pour les autres sanctions, le juge vérifie que l'employeur a respecté les différentes étapes de la procédure légale et, le cas échéant de la procédure conventionnelle. Il contrôle :

- la régularité de la convocation à un entretien préalable ;
- l'existence et le déroulement de l'entretien préalable. Il vérifie notamment que le salarié a pu être assisté ;
- la notification de la sanction, son contenu et les délais dans lesquels elle doit intervenir ;
- la motivation de la sanction ;
- le respect des éventuelles garanties conventionnelles et statutaires (Cass. soc., 7 mai 1996, n° 92-40.931 P ; Cass. soc., 3 déc. 2008, n° 07-43.582).

### Conséquences d'une irrégularité formelle

Le contrôle de la régularité de la procédure suivie laisse au juge le pouvoir d'apprécier l'incidence d'une telle irrégularité. Dans certains cas, le juge peut estimer que l'irrégularité justifie l'annulation de la sanction.

Tel sera le cas si le vice qui affecte la procédure a eu pour effet de priver le salarié de la possibilité de se défendre utilement (Cass. soc., 22 oct. 2014, n° 13-17.065 P).

En pratique, le contrôle de la régularité de la sanction ne pose pas de difficultés majeures dans la mesure où il s'appuie sur des éléments objectifs et vérifiables.

## - 104 JUSTIFICATION DE LA SANCTION

### Existence de faits fautifs

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

Le contrôle s'exerce sur l'existence des faits, leur qualification de faute et leur imputabilité au salarié concerné. Le juge vérifie donc :

- que les faits reprochés existent,
- qu'ils sont fautifs (*voir n° 5 et s.*),
- que la faute ne constitue pas un prétexte pour infliger une sanction au salarié.

Lorsque l'employeur évoque à l'appui du caractère fautif des faits reprochés au salarié une clause du règlement intérieur (ou d'une note de service), le conseil des prud'hommes peut en écarter l'application dès lors que celle-ci n'a pas à figurer au règlement intérieur ou est contraire aux lois, aux règlements, aux conventions ou accords collectifs applicables à l'entreprise (*C. trav., art. L. 1322-4*). Une copie du jugement est adressée à l'inspecteur du travail et aux membres du comité social et économique.

#### **Contrôle de la sanction**

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

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

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

- pécuniaire (*voir n° 42 et s.*) ;
- discriminatoire ou prise en violation de l'interdiction du harcèlement, ou portant atteinte à une liberté fondamentale (*voir n° 48 et s.*) ;
- fondée sur des faits déjà sanctionnés (*voir n° 50*).

### **- 105 PROPORTIONNALITÉ DE LA SANCTION**

Les juges contrôlent que la sanction prononcée n'est pas disproportionnée à la faute commise (*C. trav., art. L. 1333-2 ; Cass. soc., 14 nov. 2000, n° 98-45.309 P*).

Ils vérifient l'adéquation entre la faute du salarié et la sanction au vu d'éléments objectifs propres à chaque espèce tels que :

- l'ancienneté du salarié ;
- l'existence ou non de reproches antérieurs ;
- la fréquence des faits fautifs dans l'entreprise ;
- les conditions particulières de travail ou les relations dans l'entreprise ;
- les conséquences de l'agissement incriminé.

### **- 106 CHARGE DE LA PREUVE**

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

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

Tout comme en matière de licenciement, la procédure est contradictoire, le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties. Toutefois, « si un doute subsiste, il profite au salarié » (*C. trav., art. L. 1333-1*).

### **- 107 ANNULATION DE LA SANCTION**

#### **Une faculté**

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

L'annulation est pour le juge une faculté dont le choix lui incombe (*Cass. soc., 13 oct. 1988, n° 85-42.854 P ; Cass. soc., 7 déc. 1995, n° 92-44.278*). Les juges du fond disposent d'un pouvoir d'appréciation souverain sur l'opportunité d'annuler ou non la sanction.

À défaut d'annulation, le juge peut condamner l'employeur à réparer le préjudice causé au salarié (*Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-42.216 P*).

Toutefois, le juge est tenu d'annuler les sanctions déclarées nulles :

- par la loi : sanctions pécuniaires (*C. trav., art. L. 1331-2 ; voir n° 42*), sanctions discriminatoires ou liées à un fait de harcèlement sexuel ou moral ou portant atteinte à une liberté fondamentale (*C. trav., art. 1132-4, art. L. 1152-3 et art. L. 1153-4 ; voir n° 48 et s.*) ;
- par la jurisprudence : sanctions prononcées pour des faits prescrits (*voir n° 21*), au-delà du délai de notification d'un mois (*voir*

n° 67), ou pour des faits déjà sanctionnés (voir n° 50).

**ATTENTION** Les licenciements disciplinaires étant exclus du champ d'application de l'article L. 1333-2 du Code du travail, le juge ne peut, sauf exceptions, annuler un licenciement irrégulier, injustifié ou disproportionné à la faute commise (C. trav., art. 1333-3 ; voir n° 112 et s.).

### Sanction irrégulière

Le juge du fond a la possibilité d'annuler une sanction irrégulière en la forme. Ce pouvoir s'exerce, non seulement en cas d'inobservation des règles légales mais également des règles conventionnelles ou statutaires comportant, pour les salariés faisant l'objet de poursuites disciplinaires, des garanties supérieures ou des avantages supplémentaires à ceux prévus par la loi (Cass. soc., 7 mai 1996, n° 92-40.931 P).

Il peut décider d'annuler une sanction irrégulière en la forme dans l'hypothèse d'irrégularités graves telles que :

l'absence d'entretien préalable (Cass. soc., 14 nov. 1995, n° 92-40.972 P ; Cass. soc., 13 févr. 2008, n° 06-42.969) ;  
l'absence de notification de la sanction ;  
l'imprécision, voire l'absence de motivation de la sanction ;  
la notification d'une sanction qui n'est pas prévue par le règlement intérieur (Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-42.740 P ; voir n° 55).

### Sanction injustifiée

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

Il en a été jugé ainsi :

d'une mise à pied pour non-respect des instructions de l'employeur et pour non-respect des horaires, alors que le salarié n'a pas eu matériellement le temps d'exécuter les instructions et n'a donc pas commis de faute et que l'employeur n'apporte pas la preuve du non-respect des horaires (Cass. soc., 26 juin 1986, n° 84-44.349) ;  
d'un avertissement pour faible productivité dès lors que le médecin du travail a émis des réserves de nature à expliquer cette insuffisance, et que l'employeur n'a pas cherché à fournir au salarié un poste compatible avec les recommandations de ce médecin (Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-43.918 P).

Le conseil de prud'hommes qui annule une sanction disciplinaire précise en quoi elle est injustifiée (Cass. soc., 23 avr. 1986, n° 83-45.637 P).

### Sanction disproportionnée

Le juge peut annuler une sanction disproportionnée à la faute commise (C. trav., art. L. 1333-2 ; Cass. soc., 14 nov. 2000, n° 98-45.309 P ; Cass. soc., 3 déc. 2008, n° 07-40.567).

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

A ainsi été jugée disproportionnée une mutation, eu égard à la qualité du travail de l'intéressé et au fait que le caractère délibérément mensonger des états de frais de transport et de repas ayant justifié la sanction n'était pas établi (Cass. soc., 6 mai 1997, n° 94-45.214).

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

Cependant, si les juges du fond considèrent la sanction disproportionnée, ils ne peuvent lui substituer une sanction moindre (voir n° 109).

## - 108 EFFETS DE L'ANNULATION

L'annulation d'une sanction replace les parties dans la situation où elles se trouvaient à l'issue de l'entretien préalable. Suivant le motif de l'annulation, l'employeur pourra donc ou non reprendre la procédure disciplinaire et prononcer une autre sanction aux lieu et place de la sanction annulée.

### Disparition rétroactive de la sanction

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

La question est plus délicate lorsque la sanction annulée est une rétrogradation. En effet, son annulation par le juge entraîne l'obligation pour l'employeur de réintégrer le salarié dans ses anciennes fonctions ou dans un autre emploi disponible de la même qualification (Cass. soc., 16 nov. 1993, n° 90-45.945 ; Cass. soc., 18 janv. 1995, n° 90-42.087 P).

Si la convention collective subordonne le licenciement à la condition que le salarié ait déjà fait l'objet de deux sanctions de moindre importance, l'annulation par le juge de ces sanctions rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41.993 P).

**ATTENTION** En aucun cas une sanction annulée ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction pour de nouveaux faits fautifs.

### Notification d'une nouvelle sanction

Au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation, la possibilité de prononcer une nouvelle sanction varie en fonction des motifs d'annulation.

### Sanction annulée car disproportionnée



L'employeur peut notifier à l'intéressé une sanction moindre pour la même faute, à condition que les poursuites disciplinaires ayant donné lieu à la sanction annulée aient été engagées dans le délai de deux mois suivant les faits fautifs. En effet, l'annulation de la sanction pour disproportion à la faute commise laisse subsister la procédure antérieure. Cette nouvelle sanction doit alors être notifiée dans le délai d'un mois suivant la notification de la décision d'annulation de la précédente sanction (*Cass. soc., 4 févr. 1993, n° 88-42.599 P*).

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

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

#### **Sanction annulée car irrégulière en la forme**

Selon l'Administration, l'employeur peut recommencer la procédure en respectant cette fois les formes (*Circ. DRT n° 5-83, 15 mars 1983*), sous réserve des délais de prescription.

Par conséquent, dans l'hypothèse où la sanction est annulée pour absence d'entretien préalable, aucun acte d'engagement des poursuites n'a pu interrompre le délai de prescription des faits fautifs. Cela interdit à l'employeur de prononcer une nouvelle sanction, le délai de deux mois pour engager les poursuites disciplinaires ayant expiré (*Cass. soc., 18 janv. 1995, n° 90-42.087 P*).

Un salarié a été rétrogradé sans avoir été convoqué à un entretien préalable. Cette sanction ayant été annulée par les juges du fond, l'employeur a engagé une nouvelle procédure disciplinaire. Après un entretien préalable, il a notifié au salarié la même sanction que celle annulée précédemment pour irrégularité de forme. La Cour de cassation casse la décision des juges du fond, au motif que la nouvelle sanction se heurtait à la prescription de l'article L. 1332-4 du Code du travail.

#### **Sanction annulée car injustifiée**

Dans ce cas, soit les faits incriminés n'existent pas, soit ils ne sont pas reconnus comme fautifs. L'employeur ne peut donc pas prononcer une nouvelle sanction pour les mêmes faits (*Circ. DRT n° 5-83, 15 mars 1983, précitée*).

### **- 109 IMPOSSIBILITÉ DE MODIFIER LA SANCTION**

Si le Conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière, en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise, il n'a pas pour autant le pouvoir de la modifier (*Cass. soc., 23 avr. 1986, n° 84-40.453 P ; Cass. soc., 16 juill. 1987, n° 82-42.249 P*).

Ont été cassées les décisions des juges du fond :

réduisant la durée d'une mise à pied (*Cass. soc., 18 juin 1986, n° 84-42.210 P ; Cass. soc., 16 déc. 2003, n° 01-46.553 ; Cass. soc., 24 janv. 2018, n° 16-22.594*) ;  
substituant une rétrogradation dans la classe « agents de maîtrise » à une rétrogradation dans la classe « employés » (*Cass. soc., 16 juill. 1987, n° 82-42.249 P*).

### **- 110 DOMMAGES-INTÉRÊTS**

En plus d'annuler la sanction, le juge peut accorder au salarié des dommages-intérêts. En effet, une sanction disciplinaire décidée à l'encontre d'un salarié peut lui occasionner un préjudice même si elle est par la suite annulée (*Cass. soc., 24 sept. 2013, n° 12-17.625*).

Le montant des dommages-intérêts est apprécié souverainement par les juges en fonction du préjudice subi par l'intéressé (*Cass. soc., 5 nov. 1987, n° 84-43.121 ; Cass. soc., 8 juill. 1985, n° 85-41.507 P*).

En outre, l'employeur qui engage une procédure disciplinaire de façon inconsidérée et humiliante à l'égard du salarié, agit de manière fautive et est condamné à des dommages-intérêts (*Cass. soc., 27 janv. 1993, n° 91-45.777 P*).

### **- 111 APPEL DE LA DÉCISION DU CONSEIL DE PRUD'HOMMES**

Les décisions des conseils de prud'hommes peuvent faire l'objet d'un recours :

soit devant la cour d'appel puis devant la Cour de cassation si le jugement a été rendu en premier ressort. Il en est ainsi, par exemple, lorsque la demande présente un caractère indéterminé. Le jugement sur une demande tendant à obtenir l'annulation d'une mise à pied présentant un tel caractère est donc susceptible d'appel (*Cass. soc., 27 mai 1997, n° 95-42.660*) ;  
soit directement devant la Cour de cassation lorsque le jugement est prononcé par le conseil de prud'hommes en dernier ressort.

## - 112 RÈGLES DE DROIT COMMUN

Le licenciement disciplinaire est régi par les règles de droit commun applicables aux licenciements (*C. trav., art. L. 1333-3*).

En cas de litige, l'employeur et le salarié peuvent convenir d'y mettre un terme par accord dans le cadre de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1 du Code du travail.

Le bureau de conciliation et d'orientation du Conseil des prud'hommes peut également proposer aux parties ce type d'accord. L'accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé en fonction de l'ancienneté du salarié (*C. trav., art. L. 1235-1 ; C. trav., art. D. 1235-21*).

À défaut d'accord, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles (*C. trav., art. L. 1235-1*).

Le contrôle porte sur la procédure suivie et sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse.

## - 113 FORMALITÉS LÉGALES ET CONVENTIONNELLES

Le juge vérifie que l'employeur a respecté les différentes étapes de la procédure légale et, le cas échéant, de la procédure conventionnelle.

Il contrôle :

- le respect du délai de prescription qui lui interdit d'engager des poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter de la connaissance des faits fautifs (*C. trav., art. L. 1332-4*), sous réserve que ce délai de prescription ait été soulevé par le salarié (*C. civ., art. 2247*) ;
- la régularité de la convocation à un entretien préalable au licenciement, qui doit en particulier mentionner la possibilité donnée au salarié de se faire assister au cours de cet entretien ;
- l'existence et le déroulement de l'entretien préalable. Il vérifie notamment que le salarié a pu être assisté ;
- la notification du licenciement, les délais dans lesquels elle doit être faite et sa motivation ;
- le respect des garanties conventionnelles et statutaires.

→ **Pour plus de détails sur la procédure, voir n° 78 et s.**

L'article L. 1235-2 du Code du travail prévoit désormais que « lorsqu'une irrégularité a été commise au cours de la procédure, notamment si le licenciement d'un salarié intervient sans que la procédure requise aux articles L. 1232-2, L. 1232-3, L. 1232-4, L. 1232-11, L. 1232-12 et L. 1232-13 ait été observée ou sans que la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ait été respectée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ».

Cette rédaction, issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, remet en cause la jurisprudence qui créait une distinction entre les irrégularités qui n'affectaient pas la validité du licenciement et celles qui rendaient nécessairement sans cause réelle et sérieuse le licenciement.

Si l'on se réfère à la liste énoncée par le texte, serait ainsi remise en cause la jurisprudence écartant l'absence de cause réelle et sérieuse en cas de non-respect des règles relatives à l'entretien préalable (*C. trav., art. L. 1232-2 à art. L. 1232-4*) : modalités de convocation, contenu de la lettre de convocation, délai, contenu de l'entretien, assistance du salarié au cours de l'entretien.

Sur ce terrain, cela n'entraînera pas de grands bouleversements, car la Cour de cassation jugeait en la matière que :

- l'inobservation par l'employeur du délai de deux jours entre l'entretien préalable et l'envoi de la lettre de licenciement constitue une irrégularité de forme devant être réparée par l'allocation d'une indemnité (*Cass. soc., 27 nov. 2001, n° 99-44.889 P* : un jour franc à l'époque des faits) ;
- le fait que le grief énoncé dans la lettre de licenciement n'ait pas été indiqué au salarié lors de l'entretien préalable constitue une irrégularité de forme, mais ne suffit pas à rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-43.070*).

L'article L. 1235-2 du Code du travail vise par ailleurs le non-respect de la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement, ce qui placerait désormais au rang de simples irrégularités des garanties qui avaient jusqu'à présent été qualifiées de garanties de fond affectant la validité du licenciement (*Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-43.411 P ; voir n° 76*).

Reste que la liste n'est pas exhaustive, du fait de l'emploi du terme « notamment » : il revient donc aux juges de déterminer la portée de ce texte. À ce jour, on peut se demander si la jurisprudence selon laquelle la méconnaissance de certaines garanties procédurales, instituant des garanties de fond privant le licenciement de cause réelle et sérieuse, perdureront. Il s'agit notamment :

- du non-respect du délai maximal d'un mois après l'entretien préalable pour notifier le licenciement (*Cass. soc., 21 mars 2000, n° 98-40.345*) ;
- du non-respect du délai de notification du licenciement fixé à dix jours par la convention collective (*Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-20.737 P*).

## - 114 SANCTIONS

La sanction des irrégularités de licenciement a été harmonisée par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et ne varie plus en fonction de l'ancienneté du salarié et de l'effectif de l'entreprise. L'irrégularité de procédure ouvre droit, pour le salarié, à des dommages-intérêts d'un montant plafonné à un mois de salaire (*C. trav., art. L. 1235-2*).

Le juge ne peut plus, comme c'était le cas auparavant, imposer à l'employeur d'accomplir la procédure (*C. trav., art. L. 1235-2 ancien*).

L'article L. 1235-2 du Code du travail ne prévoit cependant la possibilité d'accorder au salarié des dommages-intérêts pour procédure irrégulière qu'à la condition que le licenciement soit justifié par une cause réelle et sérieuse.

Est donc *a priori* exclu le cumul des dommages-intérêts pour irrégularité de procédure et de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

S'agissant du cas précis du vice de motivation de la lettre de licenciement, le législateur précise qu'en l'absence de cause réelle et sérieuse, le préjudice est réparé par l'indemnité allouée au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse. La formulation manque malheureusement de clarté et ne permet pas de manière certaine de savoir si le vice de motivation peut être pris en compte de manière distincte par le juge pour apprécier le préjudice.

## - 115 ÉTENDUE DU CONTRÔLE DU JUGE

### Principe

En cas de litige, le juge à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié (*C. trav., art. L. 1235-1*).

Cette règle s'applique quels que soient l'effectif de l'entreprise et l'ancienneté du salarié licencié. Elle concerne tous les licenciements, y compris disciplinaires.

### Existence et qualification de faits fautifs

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

La lettre de licenciement fixe les termes et les limites du litige (*Cass. soc., 23 janv. 2001, n° 98-44.843 P ; Cass. soc. 12 févr. 2014, n° 12-11.554 P*). C'est donc au regard des motifs énoncés dans la lettre que s'apprécie le bienfondé du licenciement (*Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-17.469*).

Avec la possibilité désormais ouverte de préciser les motifs du licenciement (*voir n° 99*), la lettre de précisions vient compléter la lettre de licenciement pour fixer les termes et limites du litige.

Il en résulte que le juge est tenu d'examiner :

l'ensemble des griefs énoncés dans la lettre de licenciement (*Cass. soc., 14 janv. 2014, n° 12-12.744 P*) et, le cas échéant, dans la lettre de précisions ;  
seulement ces motifs (*Cass. soc., 19 mars 2014, n° 12-28.206*).

Cependant, il relève du pouvoir du juge de rechercher, au-delà des motifs énoncés dans la lettre de licenciement, la véritable cause de la rupture (*Cass. soc., 6 avr. 2011, n° 09-66.818 P*).

Le juge peut, par exemple, rechercher si un licenciement pour faute n'a pas pour véritable motif la suppression d'un poste, auquel cas le licenciement doit être jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse dans la mesure où le véritable motif du licenciement n'est pas mentionné dans la lettre de licenciement (*Cass. soc., 13 févr. 2008, n° 06-43.849*).

En conséquence, le juge doit vérifier que les faits :

reprochés dans la lettre existent, sachant que si le doute subsiste, il profite au salarié (*C. trav., art. L. 1235-1*) ;  
sont fautifs ;  
invoqués ne sont pas prescrits et qu'ils n'ont pas déjà été sanctionnés (*voir nos 21 et 50*) ;  
ne constituent pas un motif interdit, à savoir un motif discriminatoire ou lié à l'interdiction du harcèlement, ou attentatoire à une liberté fondamentale, ayant pour effet de rendre nulle la mesure de licenciement sans qu'il soit nécessaire que le juge examine les autres griefs (*Cass. soc., 6 déc. 2011, n° 10-18.440 ; Cass. soc., 13 févr. 2013, n° 11-28.339 ; Cass. soc., 3 févr. 2016, n° 14-18.600 P*).

→ **Sur la nécessité d'examiner les autres griefs** en cas d'atteinte à une liberté fondamentale pour l'évaluation du préjudice, *voir n° 117*.

Lorsque l'employeur évoque à l'appui du caractère fautif des faits reprochés au salarié une clause du règlement intérieur, le conseil des prud'hommes peut en écarter l'application (*C. trav., art. L. 1322-4*) :

si elle n'a pas à figurer dans le règlement intérieur ;  
ou est contraire aux lois et règlements ou aux conventions ou accords collectifs applicables à l'entreprise.

### Justification du licenciement et gravité de la faute retenue

Le juge vérifie :

que les faits fautifs sont de nature à justifier un licenciement ;  
et la qualification de faute grave ou lourde.

À ce titre, le juge peut minorer la qualification de la faute retenue par l'employeur : il peut ainsi disqualifier une faute lourde en retenant

que les faits reprochés justifient un licenciement pour faute grave (*Cass. soc.*, 8 févr. 2017, n° 15-21.064 P), ou disqualifier une faute grave en licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc.*, 6 juill. 2017, n° 16-11.519). Il peut encore considérer que les faits reprochés ne sont ni constitutifs d'une faute grave, ni d'une cause réelle et sérieuse (*Cass. soc.*, 25 oct. 2017, n° 16-11.173 P).

En revanche il ne peut pas l'aggraver (*Cass. soc.*, 26 juin 2013, n° 11-27.413 P ; *Cass. soc.*, 20 déc. 2017, n° 16-17.199 P).

Le juge s'appuie sur les circonstances de fait avancées par l'employeur pour justifier le motif du licenciement et les éléments apportés par le salarié. Les éléments régulièrement retenus par les juridictions sont :

- l'ancienneté du salarié et l'existence ou non de reproches antérieurs (*Cass. soc.*, 30 nov. 2010, n° 08-43.499 P ; *Cass. soc.*, 15 déc. 2011, n° 10-22.713 ; *Cass. soc.*, 4 juill. 2018, n° 16-26.859) ;
- la fréquence des faits fautifs dans l'atelier, dans le service ou dans l'entreprise (*Cass. soc.*, 21 juin 2018, n° 16-21.299) ;
- les conséquences de l'agissement incriminé ;
- les conditions particulières de travail ;
- les relations dans l'entreprise.

→ **Pour des exemples** des modalités du contrôle juridictionnel, voir *tableaux jurisprudentiels des fautes ayant donné lieu à sanction ou licenciement*, p. 31 et s.

## - 116 CHARGE DE LA PREUVE

### Procédure contradictoire

Le conseil de prud'hommes forme sa conviction « au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles » (*C. trav.*, art. L. 1235-1).

La procédure est contradictoire. L'employeur et le salarié doivent apporter tous les éléments susceptibles d'étayer leur propre thèse concernant les faits mentionnés dans la lettre de licenciement.

Si la lettre doit énoncer des motifs précis et matériellement vérifiables, l'employeur est en droit, en cas de contestation, d'invoquer toutes les circonstances de fait qui permettent de justifier ces motifs (*Cass. soc.*, 15 oct. 2013, n° 11-18.977 P).

Ainsi, si la lettre de licenciement invoque la participation des salariés à un mouvement de cessation collective de travail illicite, il incombe au juge de se prononcer sur les éléments avancés par l'employeur pour en justifier.

Le juge peut également, en application de l'article L. 1235-1 du Code du travail, ordonner toute mesure d'instruction qu'il estime utile telle que des consultations, des constatations, des expertises, des auditions de témoins, etc. Il s'agit là d'une simple faculté pour le juge qui n'y est pas tenu (*Cass. soc.*, 17 avr. 1985, n° 84-41.400 P).

### Modes de preuve

En matière prud'homale, la preuve est libre (*Cass. soc.*, 27 mars 2011, n° 98-44.666 P). Elle peut être administrée par tous moyens, tels que des témoignages mais également des rapports d'experts, des documents techniques comme les fiches de travaux, etc.

**À NOTER** Selon la Cour de cassation, le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes (*Cass. soc.*, 4 juill. 2018, n° 17-18.241 P).

Cependant, certains moyens de preuve sont illicites et donc irrecevables. Il en est ainsi des moyens de preuve obtenus grâce à un stratagème (*Cass. soc.*, 4 juill. 2012, n° 11-30.266 P ; voir n° 18 et p. 24).

Concernant le salarié, il peut produire, à l'occasion d'un procès prud'homal, des documents appartenant à l'entreprise à la double condition (*Cass. crim.*, 16 juin 2011, n° 10-85.079 P ; *Cass. soc.*, 5 juill. 2011, n° 09-42.959) :

- qu'il en ait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ;
- que ces documents soient strictement nécessaires à la défense de ses intérêts dans le litige prud'homal l'opposant à son employeur.

### Le doute profite au salarié

Si un doute subsiste, il profite au salarié (*C. trav.*, art. L. 1235-1). Le doute résulte d'une confrontation non décisive des éléments de preuve fournis par les parties concernées.

## - 117 SANCTIONS

### Réintégration

Si le licenciement survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis (*C. trav.*, art. L. 1235-3). La réintégration est une option ouverte :

- pour le juge, qui n'est pas tenu de l'ordonner ;
- et pour chacune des deux parties, qui peuvent la refuser.

En revanche, elle est de plein droit lorsque le licenciement est expressément frappé de nullité.

### Indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

Dans l'hypothèse où le juge décide que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse et qu'il n'y a pas réintégration du salarié dans l'entreprise, le juge octroie au salarié une indemnité dont le montant est établi conformément au barème d'indemnisation prud'homale (*C. trav., art. L. 1235-3*).

Ce barème, mis en place par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, fixe un plancher et un plafond d'indemnisation.

Auparavant, pour les salariés justifiant d'au moins deux ans d'ancienneté et employés dans les entreprises d'au moins 11 salariés, l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement entraînait l'octroi d'une indemnisation dont le montant minimal était égal aux salaires des six derniers mois (*C. trav., art. L. 1235-3 ancien*). Pour les autres salariés, l'indemnisation était évaluée en fonction du préjudice subi par le salarié (*C. trav., art. L. 1235-5 ancien*).

### Comment déterminer l'ancienneté et l'effectif ? Appréciation de l'ancienneté du salarié

Lorsque le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'indemnisation prévue par le barème varie en fonction de « l'ancienneté du salarié dans l'entreprise » (*C. trav., art. L. 1235-3*).

L'ancienneté du salarié se calcule à compter de la date d'entrée du salarié dans l'entreprise jusqu'au jour où l'employeur envoie la lettre recommandée de licenciement (*Cass. soc., 26 sept. 2006, n° 05-43.841 P*).

En cas de contrats successifs, l'ancienneté à prendre en considération est celle résultant du contrat de travail au cours duquel le licenciement est prononcé, à l'exclusion des contrats antérieurs exécutés pour le compte du même employeur (*Cass. soc., 27 mai 1992, n° 89-40.297 P*), sauf en présence d'une clause de reprise d'ancienneté (*Cass. soc., 9 oct. 2002, n° 00-43.863*).

Les périodes de suspension du contrat de travail, notamment pour maladie, sont prises en compte (*Cass. soc., 7 déc. 2011, n° 10-14.156 P*).

### Appréciation de l'effectif de l'entreprise

Les sanctions du licenciement diffèrent selon que l'entreprise occupe habituellement plus ou moins de 11 salariés (*C. trav., art. L. 1235-3 et art. L. 1235-5*).

L'effectif habituel de 11 salariés est calculé conformément à la règle générale posée aux articles L. 1111-2 et L. 1111-3 du Code du travail.

À défaut de restriction apportée par le Code du travail au terme de salarié, le directeur ou le cogérant sont donc compris dans l'effectif dès lors qu'ils sont salariés (*Cass. soc., 18 janv. 1995, n° 91-41.090 P* ; *Cass. soc., 20 mars 1997, n° 95-40.084* ; *Cass. soc., 5 nov. 2003, n° 01-44.754*).

À notre avis et en l'absence de précisions légales, le cadre à retenir pour le calcul de l'effectif est l'entreprise dans son ensemble, même si elle comporte plusieurs établissements.

Quant à la notion d'unité économique et sociale, elle est avant tout prise en compte en matière de représentation du personnel et n'est pas, à notre connaissance, mobilisée par la Cour de cassation en matière de licenciement pour motif personnel (*Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 1981, n° 79-41.557 P* ; *Cass. soc., 5 mai 1983, n° 80-40.707 P*).

Quoi qu'il en soit, il s'agit de l'effectif habituel de l'entreprise (*Cass. soc., 27 mai 1992, n° 89-42.593 P* ; *Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 06-40.796*).

Le montant du plancher varie en fonction de l'ancienneté du salarié et de l'effectif de l'entreprise.

Dans les entreprises de 11 salariés et plus, le plancher est égal à :

- un mois de salaire brut à partir d'un an d'ancienneté ;
- trois mois de salaire brut à partir de deux ans d'ancienneté.

Dans les entreprises de moins de 11 salariés, le plancher est égal à :

- 0,5 mois de salaire brut pour un et deux ans d'ancienneté ;
- 1 mois de salaire brut pour trois et quatre ans d'ancienneté ;
- 1,5 mois de salaire brut pour cinq et six ans d'ancienneté ;
- 2 mois de salaire brut pour sept et huit ans d'ancienneté ;
- 2,5 mois de salaire brut pour neuf et dix ans d'ancienneté ;
- 3 mois de salaire brut à partir de 11 ans d'ancienneté.

Par exception, il n'y a pas de plancher applicable aux salariés ayant moins d'un an d'ancienneté dans l'entreprise.

Le plafond d'indemnisation varie quant à lui uniquement en fonction de l'ancienneté du salarié, quel que soit l'effectif de l'entreprise. Il est d'un mois de salaire brut pour les salariés justifiant de moins d'un an d'ancienneté. Il augmente en fonction de l'ancienneté pour atteindre 20 mois de salaire brut à partir de 29 ans d'ancienneté.

Le législateur n'a pas précisé les modalités de calcul du mois de salaire brut pris en référence. Auparavant, pour les salariés justifiant d'au moins deux ans d'ancienneté et employés dans les entreprises d'au moins 11 salariés, celui-ci était établi sur la base de la rémunération brute perçue par le salarié pendant les six mois précédant la rupture (*Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 03-43.780 P* ; *Cass. soc., 31 mars 2010, n° 08-42.767*). Étaient pris en compte les primes et avantages en nature éventuels (*Cass. soc., 3 déc. 1992, n° 91-45.617*), ainsi que les heures supplémentaires accomplies par le salarié au cours des six mois précédant la rupture du contrat de travail (*Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-43.585*).

Sous réserve du respect de ce barème, le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est apprécié souverainement par les juges du fond. Ils doivent justifier, dans leur jugement, du montant des indemnités qu'ils octroient (*C. trav., art. L. 1235-1, al. 4*).

Pour fixer ce montant, le juge peut tenir compte des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, à l'exception de l'indemnité légale de licenciement (*C. trav., art. L. 1235-3, al. 4*) : le juge peut donc octroyer au salarié des dommages-intérêts moins importants si le salarié bénéficie d'une indemnité conventionnelle de licenciement plus favorable que l'indemnité légale.

→ **Sur la question du cumul** de cette indemnité avec l'indemnité pour procédure irrégulière, voir n° 114.

→ **Sur les cas d'exclusion du barème**, voir plus loin l'indemnisation du licenciement nul.

### Remboursement des allocations de chômage

Quand le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif à Pôle emploi de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé. Ce remboursement est ordonné d'office lorsque Pôle emploi n'est pas intervenu à l'instance ou n'a pas fait connaître le montant des indemnités versées (*C. trav., art. L. 1235-4*).

Ces dispositions ne sont cependant pas applicables au licenciement d'un salarié de moins de deux ans d'ancienneté et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de 11 salariés (*C. trav., art. L. 1235-5*).

Le juge du fond apprécie souverainement, dans la limite de six mois, la part d'indemnités de chômage devant être remboursée à Pôle emploi (*Cass. soc., 13 mai 2009, n° 07-43.893 P*).

Ce remboursement n'a pas à être ordonné par le juge lorsque le salarié se désiste de son action en cours d'instance (*Cass. soc., 14 janv. 1982, n° 79-42.492 P*). En effet, le remboursement des allocations de chômage suppose la condamnation de l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. En revanche, un désistement au cours de la procédure d'appel, suite à la signature d'une transaction par exemple, n'est pas opposable à Pôle emploi, qui peut se prévaloir du jugement de première instance ordonnant le remboursement des allocations de chômage (*Cass. soc., 19 févr. 1997, n° 95-15.992*).

Lorsque le jugement ordonnant d'office le remboursement des allocations de chômage est exécutoire, Pôle emploi peut adresser une mise en demeure à l'employeur, suivie d'une éventuelle contrainte si la mise en demeure reste sans effet (*C. trav., art. R. 1235-2 et, art. R. 1235-3*). L'employeur a la possibilité de saisir le tribunal judiciaire d'une opposition à cette contrainte (*C. trav., art. R. 1235-4 et s.*).

### Licenciement nul

Par exception, certains licenciements sont déclarés nuls par la loi. C'est le cas lorsque le licenciement relève de l'un des cas de nullité suivants (*C. trav., art. L. 1235-3-1*) :

- violation d'une liberté fondamentale (*voir n° 48*) ;
- faits de harcèlement moral ou sexuel (*C. trav., art. L. 1152-3 et art. L. 1153-4 ; voir n° 48*) ;
- licenciement discriminatoire (*C. trav., art. L. 1132-4 et art. L. 1134-4 ; voir n° 48*) ;
- licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (*C. trav., art. L. 1144-3*) ;
- licenciement consécutif à une dénonciation de crimes et délits ;
- licenciement d'un salarié protégé en raison de l'exercice de son mandat ;
- licenciement en méconnaissance des protections applicables à la grossesse, à la maternité, la paternité, l'adoption et l'éducation des enfants (*C. trav., art. L. 1225-71*) ;
- licenciement en méconnaissance de la protection applicable aux salariés victimes d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle (*C. trav., art. L. 1226-13*).

**Plafonnement des indemnités de licenciement et conventions internationales** Depuis son entrée en vigueur, le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse divise les juridictions. En effet, plusieurs conseils de prud'hommes (Troyes, Amiens, Lyon, Grenoble...) n'ont pas appliqué les plafonds fixés à l'article L. 1235-3 du Code du travail, au motif que le barème ne permettrait pas dans tous les cas une indemnité adéquate ou une réparation appropriée du préjudice au sens des articles 10 de la Convention n° 158 de l'OIT et 24 de la Charte sociale européenne. Dans deux avis en date du 17 juillet 2019, la Cour de cassation, intervenant en formation plénière, a conclu à la conformité du barème avec la convention n° 158 de l'OIT, l'article 24 de la Charte n'étant, pour sa part, pas invocable par les salariés devant les juridictions nationales (*Cass. avis, 17 juill. 2019, n° 15012 P et n° 15013 P*). Les cours d'appel sont également divisées sur cette question : si elles considèrent que le dispositif n'est pas contraire, dans son principe, aux textes internationaux, certaines admettent qu'un salarié pourrait faire valoir que l'application du plafond porte à une atteinte disproportionnée à ses droits (*CA Reims, 25 sept. 2019, n° 19/00003 ; CA Chambéry, 14 nov. 2019, n° 18/02184 ; CA Caen, 12 déc. 2019, n° 18/02368*). La question de la validité du barème n'a donc pas fini de faire débat, étant par ailleurs rappelé que le Comité européen des Droits sociaux (CEDS) est également saisi d'un recours contre le barème français. Or ce comité a déjà eu l'occasion d'invalider le barème mis en place en Finlande (*CEDS, 8 sept. 2016, n° 106/2014, Finnish Society Social Rights c./Finlande*) et en Italie (*CEDS, 11 févr. 2020, n° 158/2017, Confederazione Generale Italiana del Lavoro c./ Italie*).

L'annulation permet au salarié d'obtenir :

- soit sa réintégration de plein droit dans l'entreprise et le versement des salaires dus au titre de la période d'éviction ;
- soit son indemnisation. En plus des indemnités de rupture, il bénéficie de l'indemnité réparant le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois (*C. trav., art. L. 1235-3-1*). Le barème d'indemnisation prud'homale ne s'applique pas.

Si la lettre de licenciement énonce plusieurs motifs, le fait que l'un des motifs porte atteinte à une liberté fondamentale du salarié (*voir n° 49*) entraîne automatiquement la nullité du licenciement. Toutefois, en application de l'article L. 1235-2-1 du Code du travail, le juge doit tout de même examiner l'ensemble des griefs énoncés afin d'en tenir compte, le cas échéant, pour procéder à l'évaluation de l'indemnité allouée. Ainsi, si les griefs autres que le motif portant atteinte à la liberté fondamentale sont justifiés, le juge peut accorder une indemnité plus limitée, sous réserve de respecter le seuil minimal de six mois de salaire. À l'inverse, si les griefs ne sont pas avérés, le juge devrait donc logiquement majorer l'évaluation de l'indemnité accordée.