

## Editorial

### Sécuriser un licenciement pour faute et diminuer les risques de condamnation en cas de litige prud'homal ?



Confronté à la faute d'un salarié, l'employeur doit s'interroger pour savoir si cette faute peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement ou justifie une sanction de moindre importance, tel un avertissement ou une mise à pied disciplinaire.

La faute se définit comme un manquement à une obligation, le Code du travail n'en dresse pas de catalogue. Les juges apprécient donc au cas par cas si cette faute justifie ou non un licenciement en tenant compte pour ce faire des circonstances et du contexte.

Trop souvent l'entreprise prend la décision de licencier un salarié sans avoir préparé cette mesure.

Or, le licenciement d'un salarié constitue un risque financier pour l'entreprise si le salarié licencié conteste le motif en saisissant le Conseil de prud'hommes qui devra juger si le motif retenu constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Pour éviter une condamnation, il faut respecter scrupuleusement la procédure et s'assurer que le motif retenu dans la lettre de licenciement constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement et pourra être prouvé par l'employeur.

Cette lettre d'information a pour objectif de rappeler les règles essentielles trop souvent ignorées et de donner une méthode pour sécuriser autant que possible un licenciement disciplinaire.

### Les dommages et intérêts en cas de licenciement injustifié

L'employeur sera condamné à réparer le préjudice subi par le salarié résultant de ce licenciement. Ce préjudice sera d'un minimum de 6 mois de salaire si le salarié a plus de 2 ans d'ancienneté et si l'entreprise a plus de 11 salariés(1). Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, l'indemnité allouée au salarié sera évaluée en fonction du préjudice subi qui sera fixé en fonction notamment de son ancienneté, de son âge et du temps pendant lequel il est resté privé d'emploi.

(1) Si ces conditions sont remplies, le juge pourra mettre à la charge de l'employeur le remboursement aux Assedic des allocations perçues par le salarié dans la limite de 6 mois de salaire.

(2) Le délai de deux mois commence à courir lorsque le comportement prend fin et à compter du moment où son supérieur hiérarchique a connaissance de ces faits.

### Les spécificités de la procédure en cas de licenciement pour faute

L'employeur dispose d'un délai de 2 mois pour engager la procédure(2).

L'employeur peut décider une mise à pied conservatoire pendant le temps de la procédure de licenciement en raison de la gravité des faits. Cette mise à pied qui ne constitue pas une sanction sera rémunérée si l'employeur ne retient pas l'existence d'une faute grave, mais elle ne le sera pas dans le cas inverse.

#### La conduite de l'entretien

L'employeur doit exposer au salarié les griefs pour lesquels il envisage son licenciement sans lui indiquer si sa décision est prise.

L'employeur, comme le salarié, peut être assisté par un autre salarié à condition de ne pas transformer l'objet de cet entretien. Ce salarié pourra par exemple établir un compte rendu de l'entretien qui pourra constituer un moyen de preuve s'il est signé par le salarié qui y reconnaît sa faute.

#### Les motifs contenus dans lettre de licenciement

Si le licenciement est contesté, l'employeur ne peut le justifier par d'autres motifs que ceux contenus dans la lettre qui fixe les limites du litige(3).

Les motifs énoncés doivent être précis c'est-à-dire matériellement vérifiables pour pouvoir être discutés devant le juge en cas de litige. Leur absence rend nécessairement le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

#### L'envoi de la lettre de licenciement

La lettre de licenciement ne peut être expédiée moins de deux jours ouvrables après l'entretien et doit parvenir au salarié au plus tard un mois après l'entretien préalable.

#### La graduation des fautes

La faute si elle est grave ou lourde peut justifier une fin immédiate du contrat de travail.

**La faute grave** empêche le maintien du salarié dans ses fonctions pendant le temps du préavis et implique une réaction immédiate de l'employeur. La réitération de faits déjà sanctionnés peut fonder une faute grave. En revanche, des agissements longuement tolérés ne peuvent en principe la fonder. La faute grave prive le salarié du paiement du préavis et de l'indemnité de licenciement.

**La faute lourde** implique une intention de nuire à l'employeur. Outre les effets de la faute grave, elle prive le salarié de l'indemnité de congés payés.

(3) Lorsque les faits motivant le licenciement peuvent constituer une infraction pénale comme par exemple un vol, la motivation de la lettre de licenciement nécessite de prendre des précautions. Notamment, l'employeur ne doit pas mentionner ces faits sous leur qualification pénale sauf si une condamnation définitive a été prononcée.

## Réagir à la faute d'un salarié

L'employeur ne doit pas se contenter d'observations verbales dont il ne pourra pas rapporter la preuve. La sanction d'une faute, même par un avertissement, permet à l'entreprise de se constituer un « dossier ». L'employeur peut prendre en compte les sanctions décidées depuis moins de trois ans pour sanctionner plus sévèrement une récidive.

- Dans une situation d'insubordination persistante, l'employeur a intérêt à mettre le salarié en demeure de s'exécuter. Le refus pour un salarié, malgré les injonctions répétées de son employeur d'exécuter des travaux relevant de ses attributions, peut constituer une faute grave.

- L'employeur peut demander des explications par écrit au salarié. Une réponse maladroite du salarié peut le conduire à reconnaître les faits, voire même leur absence de justification.

### Les questions que l'employeur doit se poser avant de prendre sa décision

#### - Les faits reprochés au salarié n'ont-ils pas déjà été sanctionnés ou amnistiés ?

Un même fait ne peut être sanctionné deux fois. Les lois votées à la suite des élections présidentielles amnistient généralement les fautes professionnelles sauf si elles portent atteintes à la probité, à l'honneur ou aux bonnes moeurs.

#### - La situation du salarié permet-elle son licenciement ?

L'autorisation de l'Inspecteur du travail est nécessaire pour licencier un représentant du personnel. La rupture d'un contrat à durée déterminée avant son terme ne s'analyse pas en un licenciement au sens de la loi mais elle exige la commission d'une faute grave et le respect d'une procédure disciplinaire particulière. La victime d'un accident du travail bénéficie de la protection des accidentés du travail contre le licenciement tant qu'il n'a pas subi une visite de reprise même s'il a réintégré son poste.

#### - Le salarié peut-il justifier sa faute par une cause étrangère ?

Par exemple, un dysfonctionnement de l'entreprise, une carence de l'employeur ou une absence de moyens pour accomplir son travail.

#### - Le salarié peut-il contester l'existence de sa faute au motif que cet agissement serait courant dans l'entreprise ?

Le comportement fautif ne doit pas être une pratique courante dans l'entreprise connue de l'employeur comme par exemple, l'usage de matériel de l'entreprise à des fins personnelles sauf si l'employeur a sanctionné les autres utilisateurs.

#### - La faute correspond-elle à une tâche relevant de la qualification contractuelle acceptée par le salarié ?

Si le contrat de travail du salarié a été modifié et si la faute concerne une tâche afférente aux nouvelles fonctions du salarié, l'employeur devra rapporter la preuve de l'acceptation par le salarié de la modification de son contrat de travail. Dans le cas inverse, le salarié pourra prétendre ne pas avoir accepté cette modification ce qui conduira à l'illégitimité de son licenciement.

### Les facteurs dont l'employeur doit tenir compte

- **L'ancienneté du salarié et sa position hiérarchique.** Un salarié sera d'autant plus sanctionné que sa position hiérarchique est élevée et qu'il doit montrer l'exemple. Au contraire, l'ancienneté importante du salarié peut constituer une circonstance atténuante s'il n'a jamais été sanctionné auparavant.

- **L'existence ou non d'un préjudice pour l'entreprise.** En pratique, certains juges y seront très attentifs. Par exemple, l'absence injustifiée d'un salarié empêche ses collègues de travailler ou donne une très mauvaise image de l'entreprise auprès des clients subissant ce retard.

### Un impératif : prouver la faute du salarié

En cas de contestation, le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les deux parties. La loi prévoit que le doute profite au salarié. L'employeur doit être en mesure de rapporter seul la preuve d'une faute grave. L'employeur doit donc se préoccuper de cette question avant même le licenciement.

Les principaux moyens de preuve sont les attestations. La jurisprudence donne cependant plus de poids aux attestations de tiers comme par exemple celles de clients ou de partenaires de l'entreprise qu'à celles de salariés qui sont des subordonnés de l'employeur. La production de documents de l'entreprise comme par exemple des factures détaillées de téléphone ou des rapports d'activité sont un autre moyen de démontrer la faute du salarié.

En revanche, un dispositif de contrôle des salariés peut être pris en compte si et seulement si son utilisation a été portée à la connaissance du salarié comme par exemple un système de contrôle d'accès ou l'enregistrement de conversations téléphoniques. L'employeur ne peut se servir de moyens de preuve portant atteinte à la vie privée comme par exemple, une enquête de détective privé. Sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut avoir accès qu'en la présence du salarié aux fichiers identifiés comme personnels sur son ordinateur.

Julien BOUTIRON  
Avocat à la Cour  
69, avenue Victor Hugo  
75783 PARIS Cedex 16

Tél : 01 45 01 93 50  
Fax : 01 45 01 24 71  
jb@boutironavocat.com  
www.boutironavocat.com