

Partie II

La rupture du contrat de travail

Chapitre 2

Le licenciement

088

Qu'est-ce que la cause réelle et sérieuse du licenciement ?

SOMMAIRE

Le licenciement : la cause réelle et sérieuse : notions clés	841	3/ Le licenciement pour motif économique est celui effectué par un employeur correspondant à une transformation d'emploi	846
I - La notion de cause réelle et sérieuse : le motif du licenciement	841	4/ Le licenciement pour motif économique est celui effectué par un employeur pour une cause résultant de difficultés économiques ou d'une mutation technologique	846
A) La nécessité d'une cause de licenciement	841	III - Comment rapporter la preuve d'une cause réelle et sérieuse ?	847
B) La cause réelle et sérieuse	842	A) La preuve du caractère réel et sérieux	847
1/ Un motif de licenciement réel	842	1/ Les preuves recevables	847
2/ Un motif de licenciement sérieux	842	2/ Les procédés clandestins	848
3/ Une cause légale	842	B) A quelles conditions ces preuves seront-elles recevables ?	848
C) Les limites au droit de licencier	842	1/ Les obligations préalables à la mise en place par l'employeur d'outils de contrôle de l'activité des salariés	848
1/ Les limites légales	842	2/ Le contrôle judiciaire des modes de preuve du comportement fautif du salarié	848
2/ Les limites conventionnelles	842	IV - Qui contrôle le caractère réel et sérieux du motif du licenciement ?	848
II - La diversité de la notion de cause réelle et sérieuse	843	A) Quand s'apprécie la cause réelle et sérieuse ?	848
A) La cause réelle et sérieuse liée à la personne du salarié : le licenciement pour motif personnel	843	B) Le pouvoir du juge	848
1/ Le motif disciplinaire, cause réelle et sérieuse de licenciement	843	1/ Le contenu du contrôle	848
2/ Le motif non disciplinaire, cause réelle et sérieuse de licenciement	844	2/ Le juge peut-il ordonner des mesures d'instruction ?	849
B) Le motif non inhérent à la personne du salarié : le licenciement économique	845	C) Le pouvoir du juge : limites	849
1/ Le licenciement pour motif économique est celui effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié	845	1/ L'incidence d'un contentieux pénal	849
2/ Le licenciement pour motif économique est celui effectué par un employeur correspondant à une suppression d'emploi	846	2/ L'incidence de l'avis de l'inspecteur du travail	849
		V - Les sanctions en l'absence de motif réel et sérieux	850
		A) Le salarié est-il toujours recevable à contester le motif de son licenciement ?	850

B) Absence de cause réelle et sérieuse et indemnisation ...	850	2/ Les entreprises de plus de 11 salariés	851
C) Quelles sont les sanctions applicables ?	850	E) Les sanctions en cas d'irrégularité de procédure	851
1/ L'ancienneté du salarié	850	1/ L'ancienneté du salarié	852
2/ La taille de l'entreprise	850	2/ La taille de l'entreprise	852
D) Quel est le contenu des sanctions ?	851	F) Tableau récapitulatif des sanctions	852
1/ Les entreprises de moins de 11 salariés : la réparation du préjudice subi	851		

Le licenciement : la cause réelle et sérieuse : notions clés

L'employeur peut rompre unilatéralement, c'est-à-dire de sa seule volonté, le contrat de travail en licenciant le salarié. Il doit alors invoquer un motif réel et sérieux pour justifier sa décision. Ce motif peut être lié soit au comportement du salarié (licenciement pour motif personnel) soit à des circonstances extérieures (licenciement pour motif économique).

La notion de cause réelle et sérieuse du licenciement recouvre deux types de justification du licenciement.

La première est liée au **comportement personnel** du salarié. Le salarié peut **commettre une faute** justifiant à titre de sanction un licenciement. Le salarié peut **ne pas commettre de faute**, mais une défaillance de ses aptitudes professionnelles peut rendre impossible le maintien de la relation de travail.

La seconde est la conséquence de **circonstances économiques** entraînant des difficultés dans le fonctionnement de l'entreprise. La qualification de licenciement économique est soumise au respect de 3 conditions cumulatives :

- le motif ne doit pas être inhérent (c'est-à-dire lié) à la personne du salarié ;
- le licenciement doit résulter d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle (c'est-à-dire essentielle) du contrat de travail ;
- ces suppressions ou modifications doivent être consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.

L'employeur doit **rapporter la preuve** de la cause réelle et sérieuse du licenciement. Il doit justifier d'un fait précis, objectif et contrôlable. Certains modes de preuve sont encadrés par la loi et la jurisprudence. Les dispositifs de contrôle doivent être portés, préalablement à leur mise en place, à la connaissance des salariés et garantir le respect de leurs libertés individuelles. Le juge se détermine en fonction des éléments apportés par les parties. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

En cas de contestation, le juge apprécie le caractère réel et sérieux du motif invoqué. Le juge doit vérifier si les faits retenus par l'employeur dans la lettre de licenciement sont établis. Il apprécie si ces motifs sont suffisamment sérieux pour justifier un licenciement. Le juge peut ordonner des mesures d'instruction pour s'informer et forger sa conviction. Dans l'hypothèse d'une procédure pénale concomitante à une instance prud'homale, le conseil de prud'hommes n'est pas tenu d'attendre la décision de la juridiction répressive avant de prendre position. Seule l'action civile en réparation du préjudice direct résultant de l'infraction pour laquelle le juge pénal a été saisi est suspendue.

Les salariés titulaires d'un mandat représentatif bénéficient d'une protection contre le licenciement. La rupture de leur contrat de travail est soumise à l'accord préalable de l'Inspection du travail.

Le licenciement qui ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse est un licenciement **abusif**, celui qui ne respecte pas les règles de procédure est qualifié **d'irrégulier**. Le salarié victime de telles mesures pourra prétendre à des dommages-intérêts en réparation de son préjudice. Les indemnités seront calculées selon l'**ancienneté** du salarié et la **taille** de l'entreprise. En outre, en cas de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'employeur peut être condamné à **rembourser** une partie des indemnités versées au salarié par l'ASSEDIC.

C'est au juge qu'il appartient de prononcer ces sanctions. Certains salariés peuvent prétendre à une **réintégration effective**. Il s'agit principalement des personnes titulaires d'un mandat représentatif (délégué du personnel, membre du comité d'entreprise...).

I - La notion de cause réelle et sérieuse : le motif du licenciement

A) La nécessité d'une cause de licenciement

Le licenciement caractérise la faculté qui est offerte à l'employeur de mettre fin au contrat de travail.

Juridiquement, il s'analyse comme une **rupture unilatérale** du contrat de travail à l'initiative de l'employeur.

Pour être valable, le licenciement doit être **fondé sur un motif**. La législation impose que ce dernier soit à la fois **réel et sérieux**.

Il existe 2 grandes catégories de motifs :

- le motif personnel : la cause du licenciement **est** directement imputable à la personne du salarié ;
- le motif économique : la cause du licenciement **n'est pas** imputable à la personne du salarié.

Aucun texte ne définit précisément la cause réelle et sérieuse. Le salarié garde donc la possibilité de soumettre le motif du licenciement à l'appréciation et au contrôle du juge.

La rupture de la période d'essai n'est pas un licenciement

Pendant la période d'essai, chaque partie au contrat de travail est libre de rompre son engagement sans justifier d'un motif. L'employeur **n'est pas tenu** par les règles relatives au licenciement.

Cette liberté est susceptible d'abus. Aussi, le juge a-t-il la possibilité de déclarer la rupture fautive.

En effet la période d'essai étant destinée à permettre à l'employeur d'apprécier la valeur professionnelle du salarié, si la résiliation du contrat de travail au cours de la période d'essai a pour raison un motif non lié à la personne du salarié, cette fin de période d'essai sera considérée comme abusive et ouvrira droit à indemnisation du salarié (Cass. soc., 20 novembre 2007, n° 06-41212).

B) La cause réelle et sérieuse

1/ Un motif de licenciement réel

Une cause réelle est une cause **objective**, qui trouve son origine soit dans le comportement du salarié, soit dans le contexte économique de l'entreprise.

Un employeur ne peut donc pas licencier un salarié pour des faits qu'il n'a pas encore commis.

Jurisprudence : aucune sanction disciplinaire ne peut être prononcée à titre préventif, même si le salarié a clairement manifesté son intention de ne pas respecter les directives de l'employeur (Cass. soc., 18 février 2004).

C'est une cause objective qui doit reposer sur des faits existants et matériellement vérifiables (Cass. soc., 14 mai 1996).

Un licenciement prononcé sans motif est abusif : le licenciement fondé sur des faits inexacts n'a pas de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 10 mai 1989). L'employeur ne peut pas aggraver la portée des griefs. En outre, il doit être en mesure de prouver les faits allégués.

La réalité du motif implique l'existence d'un élément matériel constitué par un fait concret lié à l'exécution du contrat de travail.

2/ Un motif de licenciement sérieux

Le motif de licenciement doit revêtir un degré de gravité suffisant rendant impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail.

Le motif invoqué doit être pertinent. Il doit avoir une intensité suffisante pour justifier la rupture de la relation de travail.

3/ Une cause légale

Le motif doit être légal et régulier pour être admis. Il ne peut pas aller à l'encontre des libertés et garanties constitutionnelles (par exemple le droit de grève ou le droit de se syndiquer) ou de la loi.

C) Les limites au droit de licencier

La cause réelle et sérieuse ne doit pas reposer sur des éléments subjectifs (soupçons, rumeurs...). Elle ne peut pas être caractérisée par un simple sentiment de l'employeur.

De plus, il existe des limites légales et conventionnelles à la liberté de licencier.

1/ Les limites légales

N'est jamais un motif réel et sérieux :

- le congé maladie régulier ;
- l'état de grossesse d'une salariée.

Attention :

il est absolument interdit de licencier une salariée pendant son congé maternité et dans les quatre semaines qui suivent ce congé.

Jurisprudence : le licenciement d'une salariée enceinte avant son congé maternité est cependant possible, mais uniquement s'il repose sur une faute grave de la salariée ou une impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif étranger à la grossesse. Tout

licenciement prononcé en méconnaissance de ce statut protecteur est nul et ouvre droit à dommages-intérêts pour la salariée, ou à réintégration dans l'entreprise si elle le demande (Cass. soc., 30 avril 2003).

Jurisprudence : le motif économique ne constitue pas en soi une impossibilité de maintenir le contrat de travail justifiant le licenciement d'une salariée enceinte (Cass. soc., 17 janv. 2006).

Attention :

il est interdit à l'employeur de différer les effets du licenciement au lendemain de l'expiration de la période de protection.

Jurisprudence : l'envoi d'un certificat médical justifiant l'état de grossesse d'une salariée à l'employeur qui l'ignorait n'a pas pour effet de suspendre le licenciement prononcé à son encontre, mais entraîne sa nullité de plein droit (Cass. soc., 7 avril 2004).

- Il est donc conseillé d'informer la salariée que son licenciement est annulé dès réception du certificat attestant son état de grossesse.
- le licenciement discriminatoire (C. trav., art. L. 122-45) fondé sur le sexe, l'état de santé, les convictions religieuses ou syndicales. **A noter** : l'employeur qui accepte que sa salariée porte le foulard islamique sur son lieu de travail pendant plusieurs mois ne peut ensuite la licencier au motif qu'elle a refusé de renoncer au port du foulard suite à un changement de son lieu de travail impliquant un contact avec la clientèle : « Dès lors que la lettre de rupture fait expressément référence au refus de la salariée de renoncer à la manifestation de ses convictions religieuses, le licenciement présente toutes les apparences d'une mesure prohibée au sens de l'article L. 122-45 du Code du travail » (CA de Paris, 19 juin 2003).
- le licenciement d'un salarié victime ou témoin d'actes de harcèlement sexuel ou moral ;
- le licenciement d'un salarié titulaire d'un mandat représentatif en raison de l'exercice de ses fonctions ;
- le licenciement d'un salarié dans le cadre de son droit d'expression (sauf si le salarié en abuse).

2/ Les limites conventionnelles

Des clauses contractuelles peuvent aménager le droit de licencier. Les dispositions légales n'interdisent pas les clauses de conventions ou accords collectifs limitant le licenciement à des causes déterminées.

Ces clauses étant plus favorables aux salariés, elles s'imposent au juge et à l'employeur.

Les conventions collectives et les clauses du contrat peuvent prévoir :

- la limitation des possibilités de licenciement en cas de maladie ;
- la limitation du licenciement au seul cas de faute grave ;
- une formalité préalable au licenciement par exemple :
 - une obligation de reclassement avant tout licenciement pour insuffisance professionnelle,
 - deux sanctions préalables avant tout licenciement pour faute grave ;
- des clauses de garantie d'emploi.

Jurisprudence : si un accord d'entreprise limite les possibilités de licenciement au cas où le salarié, muté par nécessité de service, refuse le poste disponible qui lui est proposé, le licenciement d'un salarié en dépit de son acceptation du poste proposé est sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 7 nov. 1995).

Jurisprudence : si les conventions et accords collectifs peuvent limiter les possibilités de licencier de l'employeur à des causes qu'ils déterminent, le licenciement prononcé pour un motif autre que ceux conventionnellement prévus n'est pas nul, mais seulement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Le salarié irrégulièrement licencié ne peut donc prétendre à sa réintégration (Cass. soc., 14 oct. 1997).

Attention :

Les parties à un accord collectif doivent préciser la sanction applicable en cas de non-respect de la clause limitant la faculté de licenciement. Cela permettra de savoir si le licenciement est nul ou non.

II - La diversité de la notion de cause réelle et sérieuse

Le licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse qui doit être en rapport, soit avec l'aptitude du salarié et/ou son comportement au travail, soit avec l'évolution de la structure de l'entreprise.

A) La cause réelle et sérieuse liée à la personne du salarié : le licenciement pour motif personnel

Le comportement du salarié peut être à l'origine du licenciement. Le salarié peut **commettre une faute** justifiant à titre de sanction un licenciement. Le salarié peut **ne pas commettre de faute**, mais son comportement ou ses aptitudes professionnelles peuvent rendre impossible le maintien de la relation de travail.

1/ Le motif disciplinaire, cause réelle et sérieuse de licenciement

Lorsque le comportement du salarié peut être considéré comme fautif, l'employeur qualifiera la faute en fonction de son règlement intérieur et dans le respect du Code du travail, c'est-à-dire qu'il définira, selon les faits, la gravité plus ou moins importante de la faute. Seules les fautes d'une certaine intensité peuvent être une cause réelle et sérieuse de licenciement. La faute légère constitue bien un motif réel, mais non sérieux. En effet, elle ne présente pas le degré de gravité nécessaire pouvant justifier la rupture du contrat.

Exemple :

des retards (4 en 1 an) ne justifient pas un licenciement.

La faute légère correspond à la marge d'erreur admissible d'un salarié dans l'exercice de son travail. L'employeur ne peut prétendre, en toutes circonstances, à une prestation de travail parfaite.

Toutes les fautes ne conduisent donc pas au licenciement ; l'employeur peut choisir une sanction plus adaptée au comportement du salarié.

Une gradation des fautes permet de préciser ses conséquences.

La faute peut être réelle et sérieuse

Elle ne présente pas un caractère de gravité suffisant pour imposer la cessation immédiate de la relation de travail. L'employeur doit, dans ce cas, respecter les règles de procédure relatives au préavis et verser des indemnités de licenciement au salarié (C. trav., art. L. 122-6, L. 122-8 et L. 122-9).

La difficulté réside dans l'appréciation de la gravité de la faute, le cas échéant, la question peut être soumise à l'appréciation des juges.

Ce type de faute peut concerner des indélicatesses dans l'exercice des fonctions, le refus d'effectuer son travail dans des conditions normales ou des négligences. La jurisprudence est riche d'exemples sur la reconnaissance de la faute réelle et sérieuse, ainsi :

- est une indélicatesse fautive, le fait pour un directeur des services comptables d'émettre un chèque sans provision au nom de la société (Cass. soc., 30 juin 1982) ;
- est une négligence fautive, le fait, pour un gardien, de laisser pénétrer dans l'enceinte d'une usine un automobiliste sans s'assurer de son identité (Cass. soc., 28 novembre 1984) ;
- est un refus fautif d'exécuter son travail, le fait de refuser de former un salarié sur une tâche particulière pendant les heures de travail (Cass. soc., 13 octobre 1982).

Il existe une faute grave qui justifie le licenciement immédiat

Elle résulte d'un ensemble de faits imputables au salarié en violation des obligations du contrat de travail. Ces faits sont d'une telle gravité qu'ils rendent impossible le maintien de la relation de travail, même pendant le préavis. Comme il n'existe pas de catalogues de faute, l'employeur qualifie les faits fautifs sous le contrôle du juge.

La faute grave est une faute commise dans l'exécution du contrat : les faits doivent constituer une violation grave des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail.

Par exemple, caractérisent la faute grave :

- des absences répétées et injustifiées qui désorganisent la bonne marche de l'entreprise (Cass. soc., 19 mars 1987) ;
- le refus d'un salarié d'exécuter les ordres d'un supérieur (Cass. soc., 2 avril 1981).

Ce peut être une accumulation de griefs, une action ou une omission fautive. La seule répétition des faits ne peut pas constituer une faute grave.

Jurisprudence : en effet, l'employeur ne peut se prévaloir d'une faute grave en cas de répétition de faits qu'il a tolérés (depuis 2 mois, 2 ans, 10 ans, etc.), sans y trouver jusqu'alors un motif de licenciement (Cass. soc., 16 juillet 1987 et 17 juin 1998).

La faute grave est exceptionnellement une faute commise en dehors de l'exécution du contrat de travail.

Cette faute doit être d'une exceptionnelle gravité et le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, doit créer un trouble caractérisé au sein de celle-ci.

Par exemple :

- un violent coup de pied au visage d'un salarié, dans les locaux de l'entreprise en dehors des heures de travail, est constitutif d'une faute grave (Cass. soc., 19 janvier 1999) ;
- le vol commis par un agent de surveillance d'une société de gardiennage au détriment d'un client de l'entreprise, en dehors du temps de travail, caractérise la faute grave (Cass. soc., 20 novembre 1991).

Dans tous les cas, l'intention de nuire aux intérêts de l'employeur n'a pas à être rapportée (ce qui n'est pas le cas pour la faute lourde). La gravité de la faute n'est pas subordonnée à l'existence et à la preuve d'un préjudice.

Jurisprudence : le fait pour un ingénieur d'établir des rapports mensongers faisant état de visites fictives à des entreprises est une faute grave (Cass. soc., 8 novembre 2000), même si l'entreprise ne subit pas de préjudice.

Le maintien du salarié dans l'entreprise est impossible

L'employeur ne peut pas garder le salarié dans l'entreprise, il considère qu'il y a urgence à s'en séparer. En conséquence, le salarié perd le bénéfice du préavis.

Jurisprudence : l'employeur qui a laissé le salarié exécuter son préavis ne peut plus invoquer de faute grave à son encontre (Cass. soc., 18 juin 1970).

Jurisprudence : en acceptant, au terme d'une transaction, de régler au salarié une indemnité compensatrice de préavis, les congés payés afférents, et de prévoir la conclusion d'un accord ultérieur sur l'indemnité de licenciement, l'employeur a renoncé à invoquer la faute grave (Cass. soc., 4 février 1998).

Attention :

si la convention collective ou le contrat de travail prévoit le paiement des indemnités de préavis en cas de rupture « pour quelque raison que ce soit », l'employeur est tenu de verser au salarié licencié pour faute grave les indemnités correspondantes (Cass. soc., 1^{er} octobre 2003).

Les conséquences de la faute grave

Le salarié quitte immédiatement l'entreprise sans préavis, ni indemnité compensatrice. La gravité de sa faute le prive des indemnités de licenciement. Si le droit à congés payés du salarié n'est pas épuisé, il conserve, en contrepartie, le bénéfice d'une indemnité compensatrice.

La faute lourde

C'est une faute d'une exceptionnelle gravité caractérisant l'intention de nuire du salarié aux intérêts de l'employeur.

Exemples :

- un boucher qui met de la viande avariée dans un hachoir pour nuire à l'entreprise (CA de Montpellier, 9 décembre 1993) ;
- un directeur adjoint de Caisse d'Epargne qui, pour pouvoir verser au personnel (et à lui-même) la prime d'association aux résultats de l'exercice d'une année, a volontairement et intentionnellement établi des comptes erronés faisant apparaître un bénéfice (Cass. soc., 10 novembre 1993).

La seule gravité du comportement ne suffit pas à prouver la faute lourde.

Seule l'intention de nuire est déterminante, même si le salarié a été condamné au pénal pour l'acte constitutif de la faute. En effet, l'élément moral de l'infraction n'implique pas automatiquement l'intention de nuire à l'employeur.

La jurisprudence donne des exemples de ce principe :

- la seule falsification des documents ne permet pas de déduire l'intention de nuire, si le débat n'a pas été porté sur le mobile (Cass. soc., 7 mars 1991) ;
- le vol de marchandises, facilité par la pratique de l'entreprise de vendre sans factures, alors que l'intéressé était déstabilisé par une situation financière difficile, n'est pas une faute lourde (Cass. soc., 25 janvier 1995).

Le maintien en fonction est impossible mais la faute lourde doit être immédiatement sanctionnée. Un licenciement trop longtemps différé interdit à l'employeur d'invoquer la faute lourde. Un délai de 8 à 15 jours est raisonnable pour la mise en œuvre de la procédure de licenciement.

Les conséquences de la faute lourde

Le salarié quitte immédiatement l'entreprise sans préavis, ni indemnité compensatrice. La faute lourde le prive des indemnités de licenciement, ainsi que de l'indemnité compensatrice de congés payés pour les jours dont il n'a pas bénéficié pour la période en cours (C. trav., art. L. 223-14).

2/ Le motif non disciplinaire, cause réelle et sérieuse de licenciement

L'employeur ne reproche pas au salarié une attitude fautive, mais il constate que son comportement rend impossible le maintien de la relation de travail.

Ces motifs personnels peuvent concerner l'attitude du salarié au travail, ses compétences (insuffisance professionnelle) ou l'insuffisance de ses résultats.

Le motif personnel peut également concerner la vie privée du salarié dans la mesure où elle cause un trouble à l'entreprise.

L'employeur peut enfin provoquer la rupture quand des éléments objectifs manifestent un désaccord profond vis-à-vis du salarié, signe du défaut d'intégration du salarié dans l'entreprise.

Le comportement du salarié

Le salarié a un comportement non fautif qui va justifier la rupture.

La **maladie** est, en principe, une cause de suspension du contrat de travail. Cependant, dans certains cas, la maladie peut entraîner la rupture du contrat de travail.

La maladie peut être une cause réelle et sérieuse de licenciement lorsqu'elle entraîne des conséquences dommageables pour l'entreprise, à savoir la désorganisation ou la perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise.

Les absences répétées du salarié pourront permettre d'engager une procédure de licenciement.

La jurisprudence considère que le nombre et la fréquence des absences déterminent le préjudice subi par l'entreprise. La durée et la répétition des absences sont appréciées par les juges.

Exemple :

- sont des absences répétées pouvant conduire au licenciement :
- 1.089 jours en 5 ans (Cass. soc., 20 juillet 1989) ;
 - 42 mois en 8 ans (Cass. soc., 10 décembre 1984) ;
 - 858 jours en 9 ans (Cass. soc., 8 janvier 1987).

La seule répétition des absences, sans preuve de la réalité d'un préjudice, ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Jurisprudence : l'employeur n'a pas à justifier du remplacement effectif du salarié pour légitimer le licenciement. Le juge doit pouvoir constater que les absences répétées ne permettent pas de compter sur une collaboration régulière du salarié, ou interdisent toute intégration dans une équipe de travail. Une simple gêne dans la gestion du service ne suffit pas à justifier la rupture (Cass. soc., 19 juin 1986).

Il est interdit de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail. Cependant, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée perturbe son fonctionnement (C. trav., art. L. 122-45).

Attention :

la convention collective peut prévoir une période de protection où il est impossible de rompre le contrat de travail.

En résumé, l'absence prolongée du salarié constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement lorsqu'elle engendre un trouble suffisamment grave dans le fonctionnement de l'entreprise pour qu'il apparaisse indispensable de pourvoir au remplacement définitif du salarié.

L'employeur ne doit pas faire preuve d'une hâte excessive à licencier le salarié absent.

Jurisprudence : est sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié absent depuis 2 mois alors que son retour est envisagé et que son remplacement n'a pas été assuré (Cass. soc., 1^{er} juin 1998). De même, le licenciement d'un salarié prononcé quelques jours avant sa reprise du travail (Cass. soc., 30 juin 1988).

La taille de l'entreprise ou de l'équipe de travail permet de démontrer le préjudice.

Jurisprudence : l'absence prolongée pour cause de maladie d'un salarié faisant partie d'une unité de travail de 6 salariés perturbe effectivement le fonctionnement de l'entreprise et nécessite son remplacement définitif (Cass. soc., 23 septembre 2003).

La validité du licenciement pour maladie prolongée est subordonnée à la nécessité de remplacement du salarié absent dans un délai rapide.

Cette condition est interprétée différemment selon le degré de responsabilités du salarié.

Si le salarié a des responsabilités importantes, l'employeur devra pourvoir à son remplacement définitif, ce qui permettra d'envisager la rupture. A l'inverse, si le salarié a des fonctions d'exécution, son remplacement provisoire sera suffisant, et n'autorisera pas le licenciement. Dans ces cas, le recours à l'intérim ou au CDD permettra d'éviter le licenciement.

Le **comportement extra-professionnel** relève naturellement de la vie privée et n'a pas, en principe, d'incidence sur la relation de travail.

En effet, pour éviter que de telles circonstances se produisent, le Code du travail protège les libertés individuelles du salarié de toutes restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir ou disproportionnées (C. trav., L. 120-2).

Ainsi, le salarié a-t-il le droit de choisir son mode de vie, son domicile, sa situation matrimoniale. Toutes les dispositions contractuelles ou du règlement intérieur contraires pourraient être annulées.

Le Code du travail (art. L. 122-45) prévoit le principe de non-discrimination dans la relation de travail. Il s'applique du recrutement à la rupture du contrat de travail.

Mais le comportement extra-professionnel a parfois une incidence sur la relation de travail

Le salarié en contact avec le public, celui qui représente l'image de l'entreprise, peut se voir reprocher un comportement issu de sa vie privée qui causera préjudice à l'entreprise en créant « *un trouble caractérisé au sein de cette dernière* ».

Ainsi est bien justifié le licenciement qui n'a pas pris en considération un fait de vie personnelle du salarié, mais l'incidence du retrait de permis de conduire sur le contrat de travail et a retenu que la bonne exécution de celui-ci exigeait que le salarié conduise lui-même son véhicule de fonctions (Cass. soc., 31 mars 1998 n° 95-44274).

La nature des fonctions et l'analyse de la finalité de l'entreprise permettent, ou non, le licenciement.

Les compétences du salarié

Les compétences du salarié dans l'entreprise peuvent justifier un licenciement pour cause réelle et sérieuse.

L'employeur dispose du pouvoir de direction dans l'entreprise ce qui lui permet de licencier un salarié pour insuffisance professionnelle ou insuffisance de résultats.

L'insuffisance professionnelle doit reposer sur des faits objectifs précis et vérifiables.

La notion de faits précis et vérifiables n'est pas le seul grief du manque d'imagination, d'initiative et de dynamisme commercial (Cass. soc., 2 juin 1988). Par contre, ce peut être le manque de dynamisme ayant conduit à la perte de plusieurs clients (Cass. soc., 28 novembre 1991).

L'insuffisance de résultats se distingue de l'insuffisance professionnelle car elle naît du contrat de travail et de l'acceptation par le salarié du principe d'un résultat.

Des clauses d'objectifs peuvent être insérées dans le contrat de travail. Mais attention, l'objectif doit être réaliste et s'il n'est pas atteint, la cause doit être directement imputable au salarié.

Jurisprudence : *l'insuffisance de résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement. Les juges doivent vérifier si la baisse de résultats reprochée au salarié procède d'une insuffisance professionnelle ou d'une faute qui lui serait imputable (Cass. soc., 22 janvier 2003).*

En l'absence de clauses, l'insuffisance de résultats sera plus difficile à prouver et se rapproche de l'insuffisance professionnelle.

Attention :

un écart faible entre l'objectif fixé contractuellement à un salarié et les résultats obtenus par ce dernier ne peut justifier un licenciement (Cass. soc., 24 juin 2003).

Les **désaccords profonds** entre salarié et employeur peuvent être une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Le désaccord doit être imputable personnellement au salarié et rendre impossible le maintien de la relation de travail. La simple divergence de points de vue ne peut pas justifier la rupture.

Notez-le :

la simple incompatibilité d'humeur n'est pas une cause réelle et sérieuse de licenciement. Elle ne peut être invoquée comme motif de licenciement que si la lettre de licenciement énonce les faits précis reprochés au salarié (fautes commises dans l'exécution des tâches qui lui incombent, opposition totale préjudiciable au bon fonctionnement de l'entreprise, etc.).

Jurisprudence : *la lettre de licenciement qui invoque une simple « incompatibilité d'humeur », sans qu'aucun fait matériellement vérifiable ne soit énoncé, rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 17 janvier 2001).*

Si l'employeur est responsable de la dégradation de l'état des relations avec son subordonné, aucune cause réelle et sérieuse ne pourra être imputée au salarié.

Le désaccord peut être profond, lorsqu'il porte sur les **éléments essentiels** de la relation de travail :

- si le désaccord porte sur les méthodes de gestion, le contenu du contrat (CA de Chambéry, 3 mai 1984), les points essentiels des fonctions du salarié (Cass. soc., 20 avril 1989) et plus généralement sur des points essentiels pour l'entreprise, le licenciement pourra être justifié ;

- la divergence doit être « complète » (Cass. soc., 16 janvier 1992), « générale » (CA de Paris, 29 mai 1987), « totale » (Cass. soc., 6 novembre 1984).

Le désaccord peut être profond, lorsqu'il est persistant ou systématique, même s'il ne porte **pas** sur les **éléments essentiels** de la relation de travail :

- la répétition excessive des divergences mineures peut entraîner une situation conflictuelle persistante (Cass. soc., 1^{er} avril 1992) ;

- la divergence de points de vue peut entraîner « un conflit institutionnel grave et prolongé » (CA de Paris, 11 juillet 1984) ou un « état de tension » (Cass. soc., 19 juin 1985) rendant impossible le maintien du contrat de travail.

Le salarié doit conserver une certaine réserve dans la liberté de critique. Les propos irrespectueux ou injurieux, ainsi que toute forme violente de mécontentement, permettent d'envisager le licenciement.

Jurisprudence : *la procédure pour faute peut être engagée quand des propos diffamatoires sont échangés (CA de Nancy, 26 novembre 1993).*

Le désaccord perturbe le fonctionnement de l'entreprise : un désaccord ne remet en question la relation de travail que s'il porte atteinte au fonctionnement de l'entreprise, il doit entraîner une véritable perturbation de l'entreprise (Cass. soc., 3 octobre 1990).

Attention :

depuis un arrêt du 29 mai 2001, la perte de confiance n'est plus un motif valable de licenciement. La Cour de cassation précise : « *la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs ; que seul ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement, mais non la perte de confiance qui a pu en résulter* ».

Jurisprudence : *constitue par exemple une cause de licenciement le détournement d'outils et de matériel par un salarié, ayant entraîné une perte de confiance de l'employeur à son égard (Cass. soc., 31 mars 2004).*

B) Le motif non inhérent à la personne du salarié : le licenciement économique

Le licenciement économique est soumis à des règles spécifiques.

Pour pouvoir être qualifiée de motif économique, la rupture du contrat de travail doit répondre à un certain nombre de critères légaux et jurisprudentiels.

Trois conditions donnent au licenciement la qualification de licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 321-1) :

- le motif ne doit pas être inhérent à la personne du salarié ;
- le licenciement doit résulter d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail ;
- ces suppressions ou modifications doivent être consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.

A cette définition est venue se rajouter une dernière condition, selon laquelle le reclassement du ou des salariés doit être impossible (loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002).

1/ Le licenciement pour motif économique est celui effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié

Pour que ce licenciement soit valable le motif doit être extérieur à la personne du salarié (C. trav., art. L. 321-1).

En conséquence, le licenciement économique ne peut pas reposer sur un motif personnel. Une fausse qualification peut entraîner le versement de dommages-intérêts.

Exemple :

l'insuffisance professionnelle peut être la véritable cause du licenciement.

Jurisprudence : *l'employeur ne peut pas invoquer un motif économique pour l'inadaptation d'un salarié à l'évolution de son emploi, nécessitant une maîtrise de l'anglais et de la micro-informatique, ce que l'intéressé n'avait pas (Cass. soc., 19 octobre 1994).*

Que se passe-t-il en cas de coexistence de motifs ?

La frontière entre le motif économique et le motif personnel est fragile, en particulier lorsque l'insuffisance professionnelle est invoquée. Le licenciement est économique lorsque l'inaptitude est la conséquence d'une transformation d'emploi ou d'une modification de contrat après que l'employeur ait satisfait à son obligation d'adaptation.

La jurisprudence précise qu'en cas de coexistence d'un motif personnel et d'un motif économique, il convient de s'attacher à celui qui en a été la cause première et déterminante (Cass. soc., 10 octobre 1990).

2/ Le licenciement pour motif économique est celui effectué par un employeur correspondant à une suppression d'emploi

La suppression d'emploi doit être consécutive, notamment, à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.

Mais la jurisprudence précise que l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise peut constituer une cause économique de suppression d'emploi, même si l'entreprise ne connaît pas de difficultés économiques (Cass. soc., 2 juin 1993).

La suppression d'emploi implique que le salarié ne soit pas remplacé mais les tâches qu'il accomplissait peuvent avoir été réparties entre les autres salariés de l'entreprise (Cass. soc., 2 juin 1993) ou confiées aux dirigeants ou à un associé (Cass. soc., 9 avril 1992). De même, le licenciement pour cause économique n'implique pas nécessairement la diminution globale de l'effectif de l'entreprise (Cass. crim., 3 mai 1984). La suppression de l'emploi individuel peut même s'accompagner d'une augmentation de l'effectif global de l'entreprise.

Cependant la suppression du poste de travail concerné doit être effective. Le motif économique est retenu lorsque le poste du salarié a été supprimé sans que l'intéressé n'ait été remplacé (Cass. soc., 29 mai 1990).

Le motif économique n'existe pas si l'employeur engage un salarié pour occuper un poste similaire, peu après l'expiration du contrat de travail du salarié licencié, sans faire état de circonstances nouvelles (Cass. soc., 22 février 1995).

Attention :

pour qu'il y ait suppression d'emploi, le salarié ne doit pas avoir été remplacé par un ou plusieurs salariés extérieurs, que l'embauche ait eu lieu avant le licenciement, concomitamment ou postérieurement à celui-ci.

Le motif économique est écarté lorsque des emplois précaires remplacent l'intégralité des tâches du salarié licencié et présentent un caractère durable ou systématique.

3/ Le licenciement pour motif économique est celui effectué par un employeur correspondant à une transformation d'emploi

La transformation d'emploi, consécutive notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, constitue un licenciement économique dans la mesure où elle est refusée par le salarié.

Lorsque l'employeur envisage une modification substantielle des contrats de travail pour un motif économique, il doit en informer

individuellement les salariés par lettre recommandée avec accusé de réception, lesquels disposent alors d'un délai d'un mois pour faire connaître leur refus.

A défaut de réponse dans le délai d'un mois, les salariés sont réputés avoir accepté la modification proposée (C. trav., art. L. 321-1-2).

Attention :

l'inobservation du délai de réflexion d'un mois par l'employeur prive le licenciement de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 10 décembre 2003).

En cas de refus, l'employeur doit appliquer, selon le cas, la procédure du licenciement individuel ou celle du licenciement collectif (C. trav., art. L. 321-1-3).

Jurisprudence : *constitue un licenciement pour motif économique la rupture du contrat de travail d'une salariée, dont l'emploi a été transformé en raison de l'informatisation de l'entreprise, qui n'a pas pu s'adapter aux nouvelles exigences technologiques afférentes à cet emploi, ni aux autres postes qui lui ont été proposés (Cass. soc., 15 octobre 1992).*

4/ Le licenciement pour motif économique est celui effectué par un employeur pour une cause résultant de difficultés économiques ou d'une mutation technologique

La jurisprudence a donné des précisions sur la notion de difficultés économiques justifiant un licenciement.

Les difficultés économiques

Seules des difficultés économiques sérieuses justifient un licenciement économique. Le juge est chargé d'apprécier la gravité des difficultés économiques.

Ce qui **est le cas** pour :

- une société qui connaît de fortes pertes financières (Cass. soc., 12 décembre 1991) ;
- une société qui a un endettement très important (Cass. soc., 2 décembre 1992) ;
- ou de graves difficultés de trésorerie, de déficit budgétaire important et de déficit d'exploitation considérable (Cass. soc., 26 mars 1992), ou une détérioration des résultats et du chiffre d'affaires (Cass. soc., 7 décembre 1993) ;
- lorsque la société est virtuellement en état de cessation des paiements (Cass. soc., 20 novembre 1991).

Ce qui **n'est pas le cas** pour :

- une légère baisse de l'activité (Cass. soc., 26 juin 1991) ;
- un simple ralentissement des ventes (Cass. soc., 22 février 1994) ;
- le juge doit apprécier la réalité des difficultés économiques invoquées. La baisse du chiffre d'affaires d'une société ne saurait suffire, dans son principe, à entraîner la conviction du juge quant au caractère réel et sérieux du licenciement contesté (Cass. soc., 12 décembre 1991).

Dans certains cas, l'entreprise va vouloir anticiper les évolutions économiques et sauvegarder son activité en réalisant des économies.

Quand il s'agit seulement de préserver l'avenir de l'entreprise, la jurisprudence encadre la notion de difficultés économiques :

- le fait qu'un salarié coûte trop cher ne peut pas constituer un motif économique dans une entreprise où les profits sont considérables (Cass. soc., 24 avril 1990) ;
- un licenciement n'est pas justifié par un motif économique si la société se borne à faire état de sa volonté de réduire les charges sociales (Cass. soc., 12 novembre 1997).

La situation économique invoquée pour justifier les licenciements peut résulter d'une attitude frauduleuse de l'employeur ou d'une négligence coupable. Dans ces cas, les juges ont pu décider que le licenciement ne procédait pas d'un motif économique.

Jurisprudence : les difficultés économiques ne sont pas réelles si les résultats négatifs de l'entreprise sont dus aux prélèvements personnels de l'employeur, supérieurs au chiffre d'affaires (Cass. soc., 5 octobre 1999).

Les licenciements dus à la réorganisation de l'entreprise ont-ils un motif économique ?

La jurisprudence a d'abord considéré qu'une réorganisation peut constituer une cause économique de suppression ou transformation d'emploi ou une modification substantielle du contrat de travail, à la condition d'être décidée dans l'intérêt de l'entreprise (Cass. soc., 1^{er} avril 1992).

Puis, un critère plus précis et plus restrictif a été utilisé par la Cour de cassation pour restreindre la justification économique de la réorganisation de l'entreprise : celui de la sauvegarde de la compétitivité.

Jurisprudence : la réorganisation non liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise (Cass. soc., 5 avril 1995).

Jurisprudence : lorsqu'une société n'éprouve pas de difficultés économiques particulières et que la réorganisation ne se justifie que par la volonté de réaliser des bénéfices plus importants, et non par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du groupe, le licenciement n'est pas justifié par une cause économique (Cass. soc., 26 novembre 1996).

Attention :

le fait qu'une entreprise cherche à être plus performante ne justifie pas à lui seul une réorganisation se traduisant par des licenciements économiques ; la survie de l'entreprise doit être en cause.

III - Comment rapporter la preuve d'une cause réelle et sérieuse ?

A) La preuve du caractère réel et sérieux

Il convient de recueillir les preuves de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

C'est au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux de la faute selon sa conviction au regard des éléments fournis par les parties. Ces éléments peuvent être des témoignages, des rapports, des attestations, etc. (C. trav., art. L. 122-14-3).

Jurisprudence : les attestations établies postérieurement au licenciement peuvent également être retenues comme moyen de preuve (Cass. soc., 31 mai 2006).

Le juge peut ordonner toute mesure d'instruction (enquête, rapport d'expertise, audition de témoins...) qu'il estime utile.

La procédure est donc contradictoire et le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis.

Jurisprudence : ainsi, la régularité et la valeur probante des éléments relèvent du pouvoir d'appréciation souverain des juges (Cass. soc., 17 mars 1999).

A l'issue de l'instruction, lorsque les deux parties ont fourni au juge tous les éléments qu'ils détenaient pour prouver l'existence ou non d'une cause réelle et sérieuse, et si, malgré ces éléments, le doute subsiste dans l'esprit du juge, ce doute profitera au salarié.

1/ Les preuves recevables

Il est important de choisir des modes de preuves licites et recevables. A défaut, l'ensemble de la procédure pourra être remis en question par le juge.

Inventaire des modes de preuve

En principe, la preuve du motif du licenciement peut être fournie par tous moyens.

L'aveu du salarié peut constituer un indice recevable, s'il peut être prouvé qu'il n'a pas été extorqué sous la contrainte.

Les mesures d'instruction prévues à l'article L. 122-14-3 du Code du travail autorisent la production de **témoignages**. Ces témoignages peuvent être en faveur du salarié ou de l'employeur.

Les témoignages en faveur du salarié

Les autres salariés de l'entreprise, présents et au courant des faits peuvent porter témoignage dans les conditions des articles 202 du Nouveau code de procédure civile.

En présence d'une attestation non conforme aux règles édictées par l'article 202 du Code de procédure civile, les juges apprécient souverainement (c'est-à-dire sans être soumis au contrôle de la Cour de cassation) si cette attestation présente ou non des garanties suffisantes pour être retenue comme preuve.

Jurisprudence : ces témoignages ne peuvent pas constituer, sauf abus, une faute ou une cause de licenciement pour le salarié qui témoigne (Cass. soc., 23 nov. 1994).

Les témoignages en faveur de l'employeur

L'employeur ne peut contraindre un salarié de son entreprise à témoigner. Le consentement du salarié doit être rapporté.

Jurisprudence : un chef du personnel, même si c'est lui qui a prononcé les licenciements litigieux, peut fournir une attestation et être entendu à l'occasion d'une mesure d'instruction (Cass. soc., 19 juin 1985).

L'employeur peut être tenté de recourir à des professionnels extérieurs pour se ménager la preuve du comportement du salarié. La question se pose de la validité de ces preuves.

Les détectives privés

Ces techniques de surveillance sont utilisées à l'insu du salarié, ce sont donc **des procédés de contrôle illicites**. Les comptes rendus de filature ne pourront pas être utilisés à titre de preuve par l'employeur, même si la faute est réelle et caractérisée. Par exemple, un compte rendu de filature établi par un détective privé chargé par l'employeur de suivre à son insu un technico-commercial n'est pas un moyen de preuve licite. L'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail mais il ne peut pas mettre en place un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés (Cass. soc., 22 mai 1995).

Notez-le :

le rapport d'une filature effectuée par le supérieur hiérarchique d'un salarié constitue également un mode de preuve illicite si elle a été faite à l'insu du salarié. Ainsi, une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, non justifiée par les intérêts légitimes du salarié (Cass. soc., 26 nov. 2002).

Les procès-verbaux d'huissiers

Un huissier peut être contacté pour dresser un procès-verbal. Ce procès-verbal ne pourra mentionner que des faits constatés par l'huissier lui-même, agissant en sa qualité d'officier public et ministériel. Les juges ne peuvent pas retenir, à titre de preuve d'actes de concurrence, un procès-verbal dressé en violation des obligations professionnelles.

L'utilisation de moyens techniques de contrôle

Avec l'apparition des nouvelles technologies, de nouveaux moyens de contrôle peuvent permettre à l'employeur de recueillir des preuves sur le comportement fautif du salarié.

A coté des modes classiques de contrôle (le badge, la vidéosurveillance), certains logiciels sont dévolus au contrôle de la productivité et permettent de réaliser des études du comportement du salarié (temps passé par tâche).

Les messages écrits téléphoniques

Les messages écrits téléphoniques - dits SMS - constituent un mode de preuve licite, obtenu loyalement, car celui qui les a envoyés sait que les SMS sont enregistrés par le téléphone du destinataire (Cass. soc., 23 mai 2007).

2/ Les procédés clandestins

Le Code du travail (art. L. 120-2) prévoit que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnelle au but recherché ».

La jurisprudence précise qu'une entreprise n'est pas une zone où les salariés ne peuvent avoir que des conversations professionnelles ou renoncent à leur droit à l'image. En conséquence, l'employeur ne peut pas « espionner » ses salariés, en vertu de son pouvoir disciplinaire (Cass. soc., 20 nov. 1991).

Jurisprudence : les procédés clandestins sont illégaux (Cass. soc., 22 mai 1995). Le salarié doit connaître les moyens par lesquels il peut être contrôlé.

B) A quelles conditions ces preuves seront-elles recevables ?

1/ Les obligations préalables à la mise en place par l'employeur d'outils de contrôle de l'activité des salariés

Le salarié doit connaître **préalablement à la mise en place** du système technique, son existence, les conséquences individuelles qui pourront en résulter (sanctions en cas de non-respect par le salarié des règles), les moyens par lesquels il va être contrôlé, et le temps précis pendant lequel ces enregistrements vont être conservés. En outre, le comité d'entreprise doit être consulté.

Les procédures de contrôle mettant en œuvre des fichiers comportant des données nominatives concernant les salariés doivent faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL.

Le dispositif de contrôle doit être justifié par un intérêt légitime, et sa mise en place doit se faire dans le respect des libertés individuelles et publiques.

2/ Le contrôle judiciaire des modes de preuve du comportement fautif du salarié

L'utilisation à des fins personnelles de l'outil informatique peut justifier un licenciement. La difficulté réside dans la recevabilité des preuves. Au-delà de la réalité non contestable de la faute du salarié, c'est bien la preuve de ce comportement fautif qui doit être rapportée.

Le conseil de prud'hommes de Nanterre, en janvier 2000, a considéré que le licenciement d'un salarié, pour « consultation des sites pornographiques » à partir de son ordinateur dans l'entreprise, n'était pas justifié au regard des preuves apportées, la société ayant seulement produit un disque dur en prétendant que c'était celui du salarié.

Jurisprudence : la Cour de cassation déclare abusifs les licenciements dont les preuves fournies étaient altérables, modifiables, falsifiables ou obtenues dans des conditions critiquables ou « ne présentaient pas de garanties suffisantes d'authenticité, d'impartialité de sincérité » (CA d'Aix-en-Provence, 4 janv. 1994).

Remarque :

la chambre sociale a encore rappelé dans un arrêt du 14 mars 2000 que « l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, que seul l'emploi de procédés clandestins est illicite ».

Jurisprudence : l'employeur n'a pas le droit de prendre connaissance des messages personnels que le salarié émet ou reçoit sur l'ordinateur mis à sa disposition et cela, même s'il a interdit l'utilisation à des fins personnelles de l'ordinateur (Cass. soc., 2 octobre 2001).

Jurisprudence : cependant, s'il a un motif légitime et que cela est nécessaire à la protection de ses droits, l'employeur peut saisir le juge d'une demande permettant à un huissier d'accéder à toutes les données, même personnelles, contenues dans les ordinateurs des salariés. Cette démarche lui permettra de recueillir des preuves en vue d'une éventuelle action en justice (Cass. soc., 23 mai 2007).

Jurisprudence : par ailleurs, 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, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès en dehors de sa présence (Cass. soc., 18 octobre 2006).

Le danger lié aux nouvelles technologies a attiré l'attention de la CNIL.

Une étude, devant aboutir à la rédaction d'une recommandation, a été publiée appelant l'attention de l'ensemble des acteurs :

- sur les mesures techniques devant être prises pour sécuriser les réseaux (analyse des connexions) ;
- sur les capacités de la technologie à produire des traces qui, rassemblées, conservées et combinées, identifieraient chacun à partir de processus ;
- sur la nécessaire information des salariés à l'égard de l'usage que l'employeur pourrait faire des données de connexion, en particulier sur les durées de conservation.

IV - Qui contrôle le caractère réel et sérieux du motif du licenciement ?

Le conseil de prud'hommes est compétent pour apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement (C. trav., art. L. 122-14-3). Le juge peut contrôler tous les licenciements quels que soient l'effectif de l'entreprise et l'ancienneté des salariés.

A) Quand s'apprécie la cause réelle et sérieuse ?

La cause s'apprécie à la date de la rupture du contrat de travail :

- le juge doit se placer au moment du licenciement pour apprécier l'existence de la cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 22 octobre 1984) ;
- il doit apprécier le caractère réel et sérieux au vu des éléments fournis par les parties à la date à laquelle le litige lui est soumis (CA d'Aix-en-Provence, 25 juin 1996).

B) Le pouvoir du juge

1/ Le contenu du contrôle

Le juge vérifie que les faits invoqués par l'employeur sont établis.

Jurisprudence : l'absence de cause réelle et sérieuse ne résulte pas nécessairement de l'inexactitude d'un des motifs invoqués par l'employeur. Les juges ont l'obligation d'examiner l'ensemble des griefs allégués (Cass. soc., 4 décembre 1986).

Attention :

la lettre de licenciement détermine les limites du litige. Le juge ne peut pas examiner des motifs non invoqués dans la lettre de licenciement et ne peut pas porter d'appréciations personnelles sur des faits non évoqués dans le litige.

Jurisprudence : le juge doit apprécier si les motifs sont suffisamment sérieux pour justifier un licenciement (Cass. soc., 6 juill. 1979).

En matière disciplinaire, les règles de contrôle sont particulières.

Le juge apprécie le degré de gravité de la faute commise par le salarié. La lettre de licenciement ne détermine les limites du litige que pour les griefs qui y sont énoncés.

Dès lors, le juge n'est pas lié par l'appréciation initiale de l'employeur, l'avis antérieur de l'inspecteur du travail ou les qualifications contractuelles données au fait.

2/ Le juge peut-il ordonner des mesures d'instruction ?

Le juge peut chercher à s'informer davantage par des mesures d'instruction. Ces mesures peuvent concerner :

- la demande de communication de pièces détenues par une partie ou un tiers ;
- une enquête sur site ;
- une expertise ;
- la citation à comparaître de témoins.

Cependant, il n'est pas obligé de le faire. Il peut s'estimer suffisamment informé grâce aux preuves fournies par les parties.

Quels sont les pouvoirs de requalification des juges ?

Les juges doivent apprécier tous les motifs énoncés par l'employeur. Ils ne peuvent pas les écarter pour en retenir d'autres.

Par exemple :

- en décidant que si la faute professionnelle n'est pas établie, il y a cependant, à leurs yeux, une mésentente qui justifie la rupture (Cass. soc., 9 avril. 1987 et 21 févr. 1990) ;
- cependant, ils peuvent, pour apprécier le sérieux du motif allégué, tenir compte d'un incident antérieur de même nature ayant donné lieu à un avertissement (Cass. soc., 26 févr. 1992) ;
- la lettre de licenciement fixe les limites du litige quant aux faits, mais le juge reste tenu de rechercher au-delà des mentions de la lettre la véritable cause du licenciement (Cass. soc., 23 oct. 1991).

La jurisprudence autorise les juges à procéder à une requalification, lorsque l'employeur a commis une erreur manifeste dans un sens défavorable au salarié.

Jurisprudence : le juge ne peut pas ajouter d'autres faits à ceux invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement. Il doit rechercher si ces faits, à défaut de caractériser une faute grave, ne constituent pas, néanmoins, une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 26 juin 1991).

Le juge doit s'en tenir aux motifs évoqués dans la lettre et en tirer les conséquences. Il peut alors transformer la faute grave ou lourde en cause réelle et sérieuse.

La lettre de licenciement fixe les limites du litige en figeant les griefs qui y sont énoncés. Il appartient au juge (NCPC art. 12, al. 2) de donner ou de restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, sans s'arrêter à la qualification donnée par les parties.

Que fait le juge qui ne peut pas se forger une conviction ?

Si les preuves apportées par les parties n'emportent pas sa conviction, le doute doit profiter au salarié (C. trav., art. L. 122-14-3, al. 2).

C) Le pouvoir du juge : limites

Le pouvoir du juge prud'homal peut se trouver limité par la coexistence d'un autre type de contentieux.

1/ L'incidence d'un contentieux pénal

Le conseil de prud'hommes n'est pas tenu d'attendre la décision du juge pénal avant de prendre position. Il n'y a donc pas de sursis à statuer automatique par principe, sauf si la procédure devant le conseil de prud'hommes a pour but de réparer un préjudice résultant directement de l'infraction pour laquelle le juge pénal est saisi (loi n° 2007-291 du 5 mars 2007).

2/ L'incidence de l'avis de l'inspecteur du travail

L'avis sur l'aptitude du salarié

L'inspecteur du travail peut être amené à prendre une décision, après avis du médecin-inspecteur du travail, lorsque l'employeur conteste l'avis du médecin du travail sur l'état de santé d'un salarié ou le genre de poste pouvant lui convenir (C. trav., art. L. 241-10-1).

Jurisprudence : aucune disposition légale ne subordonne le licenciement du salarié inapte à une autorisation de l'inspecteur du travail

(Cass. crim., 5 mai 1981). L'inspecteur du travail ne peut intervenir sur le fondement des dispositions de l'article L. 241-10-1 du Code du travail qu'en cas de contestation par l'employeur de l'appréciation émise par le médecin du travail sur l'état de santé du travailleur ou la nature des postes que cet état de santé lui permet d'occuper (CE, 27 juillet 1984).

De ce fait, la décision émise par l'inspecteur du travail ne lie pas l'employeur, mais, en cas de licenciement, elle est un indicateur pour le juge prud'homal.

En effet, l'avis de l'Inspection du travail permettra de mieux comprendre le contexte de la rupture et donc de rechercher la cause réelle et sérieuse.

L'avis de l'Inspection du travail sur le licenciement des salariés protégés pendant la durée de leur mandat

Le licenciement des salariés investis de fonctions représentatives est soumis à l'accord préalable de l'Inspection du travail. Cette protection exceptionnelle concerne tous les licenciements.

Jurisprudence : l'employeur doit engager une procédure de licenciement, et donc demander l'autorisation de l'inspecteur du travail, en cas de refus par un salarié protégé d'une modification de son contrat, que celle-ci soit substantielle ou non (Cass. soc., 12 déc. 1990).

Jurisprudence : l'autorisation administrative est nécessaire seulement lorsque le salarié protégé refuse la modification proposée par l'employeur et que celui-ci envisage de rompre le contrat de travail ; la simple proposition de la modification du contrat n'est pas soumise à la procédure exceptionnelle (Cass. soc., 6 avril 1999).

Le juge appelé à rechercher la cause réelle et sérieuse du licenciement devra s'intéresser à l'avis de l'Inspection du travail pour en tirer les conséquences. En effet, le licenciement d'un salarié protégé ne peut pas être prononcé sans l'autorisation de l'inspecteur du travail.

Si l'inspecteur n'autorise pas le licenciement, alors qu'une mise à pied a été prononcée, cette dernière est annulée et ses effets supprimés de plein droit (C. trav., art. L. 412-18, al. 3, L. 425-1, al. 3, L. 436-1, al. 2).

L'employeur doit donc réintégrer immédiatement le salarié dans son emploi et dans ses fonctions représentatives, et lui régler les salaires correspondant à la durée de la mise à pied, puisque celle-ci se trouve annulée rétroactivement.

Une transaction, conclue après le licenciement, est valable, même s'il a été prononcé sans autorisation de l'inspecteur du travail. En effet, si les salariés investis de fonctions représentatives ne peuvent pas renoncer par avance aux dispositions protectrices instituées en leur faveur, rien ne les empêche, lorsqu'un licenciement leur a été notifié sans que la procédure légale n'ait été observée, de conclure avec l'employeur un accord librement consenti, en vue de régler les conséquences pécuniaires de la rupture du contrat de travail.

Jurisprudence : si un tel accord ne fait pas obstacle à ce que l'employeur puisse être poursuivi pénalement pour l'atteinte aux fonctions des délégués du personnel résultant de l'inobservation de la procédure de licenciement (délit d'entrave), il interdit au salarié, qui a accepté et obtenu la réparation indemnitaire tant des conséquences du licenciement lui-même que de celles résultant de son irrégularité, de poursuivre le chef d'entreprise pour avoir refusé une demande de réintégration. Les 2 systèmes ne peuvent pas se cumuler (Cass. crim., 4 févr. 1992).

A la fin de la période de protection

Les représentants du personnel sont protégés pendant la durée de leur mandat et pendant une certaine durée après la fin de ce mandat.

Lorsque la période de protection est expirée, le licenciement d'un ancien représentant du personnel ne nécessite plus d'autorisation administrative. Toutefois, le juge peut déclarer le licenciement abusif s'il trouve des indices qui démontrent que l'employeur a entendu se fonder sur un motif existant pendant la période de protection et qui n'avait pas conduit l'inspecteur du travail à autoriser le licenciement.

Jurisprudence : le licenciement peut être jugé abusif s'il est prononcé dès le lendemain de l'expiration de la période de protection, pour un motif qui avait déjà été invoqué par l'employeur à l'appui d'une demande d'autorisation de licenciement refusée par l'inspecteur du travail (Cass. soc., 19 déc. 1990).

V - Les sanctions en l'absence de motif réel et sérieux

La législation sociale soumet la validité du licenciement à deux obligations :

- le respect des conditions de **fond**. Le licenciement doit être fondé sur un motif. La loi impose que ce dernier soit réel et sérieux ;
- le respect des conditions de **forme**. Pour assurer une information et une protection minimale du salarié, le licenciement ne sera prononcé qu'à l'issue d'une procédure.

La rupture intervenue sans que soient respectées ces règles entraînera la qualification, respectivement, d'abusives et d'irrégulières.

A) Le salarié est-il toujours recevable à contester le motif de son licenciement ?

En principe, tout salarié peut contester la cause de son licenciement quel que soit le motif choisi par l'employeur.

Cependant, dans certains cas, cette possibilité est exclue.

Le salarié ayant accepté un reclassement externe semble ne plus pouvoir contester le licenciement économique. Il est à noter que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur ce problème.

Jurisprudence : le salarié qui, dans le cadre d'un licenciement collectif, accepte un poste au titre du reclassement externe, ne peut ensuite revenir sur son accord et remettre en cause la réalité du motif économique (CA de Toulouse, 3 mai 1996).

Le salarié licencié dans le cadre d'une procédure collective est placé sous l'autorité du juge-commissaire.

Lorsque l'ordonnance du juge-commissaire, autorisant les licenciements pendant la période d'observation, est devenue définitive, le caractère économique du motif de licenciement ne peut plus être contesté.

Le juge conserve cependant la faculté d'apprécier le respect par l'employeur de son obligation de reclassement.

Les salariés ayant adhéré à une convention d'allocation spéciale FNE ne peuvent remettre en question la régularité et la légitimité de la rupture de leur contrat de travail à moins d'établir l'existence, d'une fraude commise par l'employeur ou d'un vice du consentement (Cass. soc., 8 janvier 1997).

B) Absence de cause réelle et sérieuse et indemnisation

En estimant qu'un licenciement est sans cause réelle et sérieuse, les juges peuvent en déduire qu'il est abusif au sens des articles L. 122-14-4 et L. 122-14-5 du Code du travail.

Jurisprudence : les sanctions prévues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse sont applicables de ce seul chef, peu importe que la procédure ait été respectée ou non (Cass. soc., 3 mars 1977). Le seul fait que les formalités légales n'aient pas été respectées n'implique pas que le licenciement soit sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 23 mai 1984).

Cependant, l'inobservation de certaines règles de procédure équivaut à l'absence de cause réelle et sérieuse. Par exemple, la non-motivation de la lettre de licenciement équivaut à l'absence de cause réelle et sérieuse.

C) Quelles sont les sanctions applicables ?

Les sanctions sont différentes selon l'ancienneté du salarié, plus ou moins de 2 ans d'ancienneté, et/ou la taille de l'entreprise, plus ou moins de 11 salariés (C. trav., art. L. 122-14-4 et L. 122-14-5).

1/ L'ancienneté du salarié

L'ancienneté se calcule de la date d'entrée du salarié dans l'entreprise jusqu'à la date de la première présentation de la lettre recommandée avec accusé de réception de notification du licenciement.

Les périodes de suspension (interruption) du contrat de travail ne sont pas décomptées.

Le seuil retenu est celui de **2 ans**.

Jurisprudence : l'ancienneté doit s'entendre de l'appartenance à l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de retrancher les périodes de simple suspension du contrat de travail (Cass. soc., 17 octobre 1979). L'ancienneté s'apprécie à la date où l'employeur a pris l'initiative de la rupture, c'est-à-dire la date de première présentation de la lettre de licenciement (Cass. soc., 1^{er} avril 1992).

2/ La taille de l'entreprise

Le décompte de l'effectif, pour le seuil de 11 salariés, doit se faire par rapport au nombre de salariés occupés habituellement par l'employeur (C. trav., art. L. 122-14-5).

La notion d'emploi habituel est une question de fait qui doit être appréciée compte tenu de l'activité normale de l'entreprise (circ. DRT 5/83, 15 mars 1983).

Le nombre précis de mois n'est pas fixé par la loi, le délai peut être généralement de 6 mois. Le seuil de 11 salariés doit avoir été atteint ou dépassé pendant 6 mois de suite (circ. DRT n° 5-83, 15 mars 1983).

L'effectif habituel de 11 salariés se calcule selon les règles applicables, de façon générale, en droit du travail et non pas selon les modalités particulières édictées pour la représentation du personnel.

Par conséquent, doivent être comptés comme une unité tous les salariés liés par un contrat de travail qu'il soit à durée indéterminée ou déterminée, qu'il soit en cours ou suspendu, y compris les travailleurs à domicile.

Sont des salariés comptabilisés :

- les travailleurs à temps partiel. La prise en compte se fait suivant la règle du prorata selon les modalités de l'article R. 212-1 du Code du travail.
- les travailleurs temporaires. Selon les règles de l'article L. 124-14 du Code du travail, on ajoute au nombre des salariés permanents de l'entreprise utilisatrice, le nombre moyen par jour ouvrable des intérimaires mis à disposition au cours de l'exercice ;

Attention :

pour les entreprises qui utilisent ce type de main-d'œuvre, si le seuil de 10 salariés permanents n'est pas atteint, le calcul du nombre moyen de jours intérimaires doit être opéré en fin d'exercice.

La jurisprudence précise que sont comptabilisés :

- les salariés qui sont également dirigeants de l'entreprise (Cass. soc., 18 janvier 1995) ;
- les seuls salariés travaillant en France pour une société étrangère (Cass. soc., 7 décembre 1978).

Ne **sont pas** des salariés comptabilisés les apprentis (C. trav., art. L. 117-11-1).

L'effectif global d'une entreprise doit-il être pris en compte pour le calcul de l'effectif ?

Le Code du travail semble permettre le calcul de l'effectif, dans le cadre de chaque établissement, mais aussi au niveau de l'entreprise lorsque celle-ci a des établissements multiples.

La Cour de cassation a rendu des décisions contradictoires en relevant des critères différents :

- ne constituent pas une entreprise, au sens de la loi sur le licenciement, trois entreprises qui ne justifient pas de liens étroits entre elles et qui ont des objets totalement distincts (Cass. soc., 24 avril 1980) ;
- le salarié d'une société holding, employant moins de 10 personnes, peut se prévaloir de ces dispositions, dès lors que le groupe et ses filiales constituaient une seule unité économique par laquelle la société holding assurait une politique économique commune et un contrôle effectif sur les autres sociétés (Cass. soc., 1^{er} juin 1988).

L'effectif s'apprécie à la date de présentation de la lettre de licenciement.

D) Quel est le contenu des sanctions ?

1/ Les entreprises de moins de 11 salariés : la réparation du préjudice subi

Les salariés victimes d'un licenciement abusif bénéficieront d'une indemnité calculée en fonction du préjudice subi (C. trav., art. L. 122-14-5). Quelques règles interprétées par la jurisprudence permettent de comprendre le mode de calcul de cette indemnité.

Le juge apprécie l'étendue du préjudice. Cette indemnité n'est pas proportionnée à la gravité de l'abus. Elle est fonction du préjudice subi par le salarié.

Jurisprudence : *il y a nécessairement et obligatoirement préjudice et, en conséquence, application obligatoire d'une indemnisation, dès lors que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il appartient au juge d'apprécier l'étendue du préjudice (Cass. soc., 25 septembre 1991).*

Ces indemnités sont dues, même si le salarié perçoit des indemnités de chômage.

Jurisprudence : *la seule constatation de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement doit entraîner la condamnation de l'employeur à réparer le préjudice subi par le salarié. Est cassé l'arrêt qui, pour débouter un salarié de sa demande, énonce que l'intéressé percevait des indemnités de chômage et ne justifiait pas d'un préjudice précis (Cass. soc., 7 décembre 1995).*

Le salarié doit apporter au juge des éléments matérialisant son préjudice.

Le préjudice peut être fixé par comparaison entre le montant du salaire net d'activité et des allocations chômage perçues jusqu'au reclassement (Cass. soc., 16 juin 1988).

Notez-le :

l'âge et l'ancienneté du salarié sont pris en compte par les juges pour évaluer le préjudice subi.

2/ Les entreprises de plus de 11 salariés

Il convient de distinguer le cas des salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté et les autres.

Jurisprudence : *cette ancienneté s'apprécie au jour où l'employeur a envoyé la lettre recommandée notifiant le licenciement et non pas au jour de première présentation (Cass. soc., 26 septembre 2006).*

Les salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté

En cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'inobservation de la procédure de licenciement, les salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise peuvent prétendre à une indemnité calculée en fonction du préjudice subi.

Leur situation est comparable à celle des salariés occupés dans une entreprise de moins de 11 salariés.

Les salariés justifiant d'au moins 2 ans d'ancienneté et travaillant dans une entreprise occupant au moins 11 salariés

Dans ce cas, le licenciement prononcé « sans motif réel et sérieux » à l'encontre d'un salarié entraîne deux sanctions :

- la réintégration du salarié ou, à défaut d'accord des parties pour cette réintégration, le versement d'une indemnité ;
- le remboursement à l'ASSEDIC d'une partie des indemnités de chômage perçues par le travailleur licencié.

Jurisprudence : *lorsque le salarié a plus de 2 ans d'ancienneté et que l'entreprise occupe plus de 10 salariés, les indemnités prévues en cas de rupture dépourvue de motif réel et sérieux ne se cumulent pas avec celles sanctionnant l'inobservation des règles de forme (Cass. soc., 24 janvier 1996).*

Peut-on obliger l'employeur à réintégrer le salarié ?

La réponse est négative. C'est une proposition de réintégration que le juge peut soumettre aux parties. Elles ne sont pas tenues de l'accepter.

Par exception, le Code du travail prévoit la réintégration « forcée », en cas de licenciement d'un salarié protégé.

En pratique, le juge ne proposera pas la réintégration aux parties lorsque les éléments qu'il aura recueillis au cours du litige l'auront convaincu que celle-ci n'est pas opportune.

Dans ce cas, il pourra se prononcer immédiatement pour l'octroi d'une indemnité au salarié.

Jurisprudence : *l'indemnisation doit trouver application chaque fois que le licenciement a été effectué sans cause réelle et sérieuse et qu'il n'y a pas de réintégration, que celle-ci ait été ou non proposée par le juge (Cass. soc., 18 décembre 1975).*

Comment se calcule l'indemnisation pour licenciement abusif ?

La loi fixe le minimum à **6 mois** de salaire. C'est un plancher d'indemnisation. Il doit être dépassé pour réparer « l'intégralité du préjudice causé » (décl. min. Trav. 29 mai 1973).

Jurisprudence : *l'indemnité doit être calculée à partir des salaires bruts des 6 derniers mois précédant la rupture du contrat (Cass. soc., 22 juin 1993).*

C'est aux juges qu'il appartient d'apprécier la valeur et la portée des éléments produits par le salarié pour justifier d'un préjudice nécessitant une indemnité supérieure à 6 mois.

L'employeur doit-il procéder au remboursement des allocations chômage ?

Le juge peut ordonner le remboursement par l'employeur des indemnités de chômage payées au travailleur licencié dans la limite d'un plafond (C. trav., art. L. 122-14-4).

Le remboursement porte sur les indemnités de chômage payées du jour du licenciement au jour du jugement.

Le montant du remboursement est limité à 6 mois d'indemnités de chômage pour chaque salarié concerné (C. trav., art. L. 122-14-4, al. 2).

Les juges peuvent ordonner d'office le remboursement des allocations chômage dans les cas où les ASSEDIC ne sont pas intervenues à l'instance et/ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées (C. trav., art. L. 122-14-4, al. 3).

Si les juges ont omis d'ordonner le remboursement, l'ASSEDIC peut déposer une requête en omission de statuer en application de l'article 463 du Nouveau code de procédure civile, dans le délai d'un an après que la décision de justice concernée soit passée en force de chose jugée.

Le montant de l'indemnité ne dépend pas de la durée de la procédure. Le juge a la faculté de moduler le remboursement en fonction du préjudice subi.

Jurisprudence : *les juges apprécient souverainement le montant de ce remboursement (Cass. soc., 22 avril 1992).*

Jurisprudence : *pour être régulière, la notification doit indiquer la mention, le délai et les modalités d'exercice du ou des recours pouvant être exercés (Cass. soc., 27 février 1991).*

E) Les sanctions en cas d'irrégularité de procédure

Attention :

le licenciement n'est pas nul.

En principe, les indemnités liées au licenciement irrégulier ne se cumulent pas avec les sanctions pour licenciement abusif, sauf pour les salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté et/ou travaillant dans une entreprise de moins de 11 salariés.

Les sanctions varient selon l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise.

1/ L'ancienneté du salarié

Le seuil retenu est celui de 2 ans.

Jurisprudence : l'ancienneté doit s'entendre de l'appartenance à l'entreprise sans qu'il y ait lieu de retrancher les périodes de simple suspension du contrat de travail (Cass. soc., 17 octobre 1979).

Jurisprudence : l'ancienneté s'apprécie à la date où l'employeur a pris l'initiative de la rupture, date de première présentation de la lettre de licenciement (Cass. soc., 1^{er} avril 1992).

2/ La taille de l'entreprise

L'effectif habituel de 11 salariés au moins se calcule en référence à la notion d'emploi habituel généralement sur une période de 6 mois, c'est une question de fait qui doit être appréciée compte tenu de l'activité normale de l'entreprise (circ. DRT 5-83, 15 mars 1983).

Pour les salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté ou dans les entreprises de moins de 11 salariés, les salariés bénéficieront d'une indemnité calculée en fonction du préjudice subi. L'irrégularité de procédure constitue nécessairement un préjudice pour le salarié.

Le juge apprécie l'étendue du préjudice. Le salarié doit apporter au juge des éléments matérialisant son préjudice.

Attention :

la jurisprudence a fixé une limite lorsque l'irrégularité est liée à la méconnaissance par l'employeur des règles relatives à l'assistance du salarié par un conseiller extérieur en l'absence de représentants du personnel : l'indemnité ne peut alors excéder un mois de salaire (Cass. soc., 5 février 2003).

Pour les salariés justifiant d'au moins 2 ans d'ancienneté et travaillant dans une entreprise occupant au moins 11 salariés, le tribunal doit imposer à l'employeur la reprise de la procédure (si cela est encore opportun) et accorder au salarié une indemnité qui ne peut pas être supérieure à 1 mois de salaire. Pour le calcul, le salaire à retenir est celui du dernier mois précédant la rupture, éventuellement augmenté d'une partie des sommes versées régulièrement. Cette indemnité ne se cumule pas avec l'indemnité pour irrégularité de fond.

F) Tableau récapitulatif des sanctions

	Salariés ayant au moins 2 ans d'ancienneté et appartenant à une entreprise d'au moins 11 salariés	Salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté ou appartenant à une entreprise de moins de 11 salariés
Irrégularité de procédure	Indemnité égale à un mois de salaire maximum (C. trav., art. L. 122-14-4 al. 1 ^{er})	Violation des dispositions relatives à l'assistance du salarié par un conseiller : indemnité égale à un mois de salaire maximum. Pour toute autre irrégularité : indemnité fixée par le juge en fonction du préjudice subi par le salarié.
Absence de cause réelle et sérieuse	Indemnité au minimum égale aux salaires des 6 derniers mois (C. trav., art. L. 122-14-4 al. 1 ^{er})	Indemnité fixée par le juge en fonction du préjudice subi par le salarié (C. trav., art. L. 122-14-5 al. 2)
Cumul d'indemnités	Non	Oui