

La gradation des fautes en droit du licenciement

par Mireille POIRIER,

Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV,
Directrice de l'Institut du travail

PLAN

I. L'approche fonctionnelle.

A – Une aggravation de la situation du salarié proportionnelle à l'importance de la faute reprochée.

1) L'absence de réflexion législative d'ensemble.

2) La sévérité à l'égard des salariés fautifs.

B – Une protection du salarié non proportionnée à la gravité de la faute reprochée.

1) Une protection issue de la combinaison de grands pans du droit du travail.

2) Une protection comparativement amoindrie.

II. L'approche conceptuelle.

A – Les clarifications jurisprudentielles.

1) La faute sérieuse.

2) La faute lourde.

3) La faute grave.

B – Les perspectives d'évolution.

1) Pour un nouveau cantonnement du pouvoir disciplinaire.

2) Pour une nouvelle gradation des fautes en droit du licenciement.

La question de la gradation des fautes en droit du licenciement offre une approche – un peu particulière, il est vrai – d'un thème cher à Christian Lapoyade-Deschamps (1). La faute est au cœur de la responsabilité civile – au cœur du droit civil. Elle est, assez souvent, au cœur d'un licenciement (2).

En droit du travail comme en droit civil, une gamme des fautes existe : des conséquences importantes, nées de la loi ou de la jurisprudence, sont attachées à différentes fautes. En droit du travail pas plus qu'en droit civil, il n'est cependant aisé de cerner exactement ces fautes « qualifiées » dans leur diversité : les notions sont voisines les unes des autres, leurs effets sont souvent beaucoup plus faciles à appréhender que leurs contours.

Si les problèmes posés apparaissent de même nature – qui s'en étonnera ? – les réponses apportées par le droit du travail se différencient de celles du droit civil. Au plan terminologique, tout d'abord, le droit du travail ne reprend pas la distinction civiliste entre la faute simple, la faute lourde et la faute intentionnelle (ou dolosive). La faute du salarié (3), à l'origine de son licenciement, pourra recevoir les qualifications de faute sérieuse, de faute grave ou de faute lourde. Au plan conceptuel, également, des différences doivent être relevées. Ainsi, en rupture avec le droit commun, la faute lourde du salarié se définit *toujours* comme celle commise dans l'intention de nuire – à l'employeur ou à l'entreprise (4). Autre caractéristique du droit du travail : un véritable système de gradation des fautes existe, l'adjonction de qualificatifs divers à la faute produisant une aggravation de la situation du salarié, par degrés successifs, de manière ascendante. La faute du salarié se distingue donc assez nettement de la faute civile – pour se rapprocher d'une autre catégorie de faute : la faute pénale (5).

Certes, la faute commise dans le cadre de la relation de travail (6) sera souvent une faute civile de nature contractuelle – lorsqu'elle résultera d'une mauvaise exécution des obligations nées du contrat de travail. Il faut ajouter à cela que la logique indemnitaire de la responsabilité civile trouve place dans les relations employeurs-salariés. L'employeur est en effet autorisé à exercer une action en réparation du préjudice subi en raison de la faute commise par son salarié – même si cette action est limitée. L'employeur est, de surcroît, autorisé à prendre des décisions qui ressemblent – à s'y méprendre – à des peines privées (7). En droit du licenciement, par exemple, la faute sérieuse pourra être utilisée pour rompre le contrat de travail, la faute grave pour le faire en privant le salarié du préavis et de l'indemnité de licenciement, la faute lourde pour supprimer, en plus, l'indemnité de congés payés. En dehors même d'une action en

(1) Cet article a été rédigé en vue d'une contribution aux Mélanges Christian Lapoyade-Deschamps, à paraître prochainement aux Presses universitaires de Bordeaux – ouvrage coordonné par M. le Professeur Antoine Vialard qui a eu la gentillesse d'autoriser cette publication.

(2) Sur le licenciement pour faute, cf. nota. : Pierre Ortscheidt, « Droit disciplinaire et droit du licenciement », Dr. soc. 1987, 11 ; Jean Pélissier, « Le licenciement disciplinaire », Dr. soc. 1992, 751 ; Marie-Armelle Souriac-Rotschild, « Rupture du contrat, licenciement individuel, faute grave, faute lourde », Juris-classeur – Travail, fascicule 30-70, 1996.

(3) Ne seront pas envisagées, dans le cadre de cette étude, les éventuelles fautes de l'employeur commises à l'occasion d'un licenciement. Sur cette question, cf. nota. Yves Saint-Jours, « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », D. 1990, chro. 113. Ne seront pas, non plus, envisagées les règles particulières qui régissent le licenciement des salariés dits « protégés » : représentants du personnel, grévistes, femmes enceintes ou en congés de maternité, victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles.

(4) Cass. soc. 29 novembre 1990, Laborie, Dr. soc. 1991, 107, Dr. Ouv. 92, 62.

(5) En dehors même de l'hypothèse où la faute du salarié constitue une infraction pénale.

(6) Cf. Marie-Cécile Amauger-Lattes, « La faute du salarié », D. 2001, chro., 2698.

(7) Sur la notion de peine privée, cf. nota. Geneviève Viney, « Introduction à la responsabilité », Traité de Droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ 2e éd. 1995, n° 74-3 ; Suzanne Carval, « La responsabilité civile dans sa logique de peine privée », LGDJ 1995.

responsabilité civile à l'encontre du salarié, les effets attachés aux fautes grave et lourde obéissent donc encore à la logique de réparation de la responsabilité civile dans la mesure où l'employeur – victime de la faute – se trouve dispensé du versement de certaines indemnités, voire de salaires, normalement dus aux salariés (8).

Si la faute du salarié à l'origine de son licenciement peut s'analyser comme une faute civile, elle s'en éloigne, cependant – notamment par ses effets. Ainsi, contrairement au principe selon lequel toute faute engage la responsabilité de son auteur, le droit du travail ne permet à l'employeur d'exercer une action en responsabilité civile contre le salarié qu'en cas de faute lourde de ce dernier (9). L'explication de cette limitation de responsabilité d'origine prétorienne doit être recherchée dans le rôle prééminent du chef d'entreprise au plan de l'organisation du travail salarié (10). Le salarié exécute, en effet, sa prestation de travail au profit et sous la subordination de son employeur – qui corollairement en assume, en principe, les risques financiers. C'est donc parce qu'il lui abandonne les fruits de son travail et se soumet à son pouvoir de direction que le salarié ne peut pas, sauf faute lourde, être poursuivi par l'employeur en réparation du préjudice résultant d'une exécution défectueuse du travail. Le pouvoir de direction du chef d'entreprise – assorti d'un pouvoir disciplinaire – explique donc, pour partie, la limitation de son action en responsabilité.

L'existence de ce pouvoir disciplinaire conduit, plus fondamentalement, à distinguer entre faute du salarié et faute civile (11). En effet, le salarié pourra être sanctionné non seulement s'il ne respecte pas ses obligations contractuelles, mais également s'il commet une infraction aux règles de discipline établies par l'employeur à l'intérieur de son entreprise. Dans les relations employeur-salarié, la faute du salarié reçoit ainsi la qualification particulière de « faute professionnelle », définie en jurisprudence comme une violation injustifiée d'une obligation née du contrat de travail ou de la relation de travail (12). La faute professionnelle pourra donc être contractuelle, mais aussi disciplinaire – le droit disciplinaire donnant à la faute du salarié une coloration originale, plus riche qu'en droit civil.

Coloration d'autant plus riche que la faute du salarié doit enfin être rapprochée de la faute pénale. En effet, s'il a toujours été reconnu au chef d'entreprise le pouvoir de sanctionner les fautes commises par ses salariés, de manière à assurer la discipline dans son entreprise, l'exercice de ce pouvoir patronal emprunte, à l'évidence, à la logique de maintien de l'ordre du droit pénal (13). Dans ce cadre, l'employeur apparaît *seul juge* de l'opportunité de poursuites disciplinaires. Il pourra aussi *librement choisir*, dans l'éventail des sanctions prévues par son règlement intérieur, celle qu'il considérera la plus adaptée, non seulement au comportement du salarié, mais aussi à la préservation du bon fonctionnement de son entreprise. Et si la décision prise par l'employeur n'amène pas – à elle seule – le salarié en prison, elle pourra quand même le priver de son travail – plus ou moins brutalement selon la catégorie de faute qui lui est reprochée. Il convient alors de s'assurer que le salarié est protégé contre toute décision arbitraire prise par l'employeur dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, en particulier lorsque cette décision prend la forme d'un licenciement.

Faute civile, mais aussi faute disciplinaire, placée au confluent de la logique civiliste de réparation et de la logique pénaliste de maintien de l'ordre, la faute professionnelle mérite donc à plus d'un titre une attention particulière destinée à éviter toute atteinte injustifiée aux droits des salariés. Dans cette optique, si pendant de nombreuses années, « la conception du pouvoir disciplinaire de l'employeur était celle d'un pouvoir très

(8) Et ce fait mérite d'être souligné ici car il réduit la portée de la limitation de l'action en responsabilité des employeurs (cf. infra). D'ailleurs, cette logique de peine privée est une explication plausible à la rareté des actions en responsabilité civile des employeurs à l'encontre de leurs salariés – même lourdement fautifs (action qui prend le plus souvent la forme d'une demande reconventionnelle).

(9) Cass. soc. 19 mai 1958, Bull. Civ. IV, n° 612; Cass. soc. 27 novembre 1958, Bull. Civ. IV, n° 1259.

(10) Sur les justifications de cette limitation de responsabilité, cf. Gérard Couturier, « Responsabilité civile et relations individuelles de travail », Dr. soc. 1988, 407; Alain Supiot, « Critique du droit du travail », PUF 1994, p. 98; Christophe Radé, « Droit du travail et

responsabilité civile », LGDJ 1997, n° 226 à 228; Geneviève Viney, « Les conditions de la responsabilité », Traité de Droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, 2e éd., 1998, n° 600.

(11) En ce sens Jean Pélissier, « Les ambiguïtés du droit disciplinaire », Écrits en l'honneur de Jean Savatier, PUF 1992, p. 367; cf. également Geneviève Viney, « Les conditions de la responsabilité », précité.

(12) Cass. soc. 26 février 1991, Vaz, RJS 1991, n° 448.

(13) Le droit du travail offre ainsi une illustration des rapprochements possibles entre responsabilité civile et responsabilité pénale. Cf. nota. Geneviève Viney, « Introduction à la responsabilité », précité, n° 74 et ss.

fortement affirmé » (14), il existe depuis 1982 un véritable droit disciplinaire qui encadre – et légitime – ce pouvoir (15). Désormais, certaines sanctions – comme les sanctions pécuniaires – sont prohibées par la loi ; l'employeur doit respecter l'échelle des sanctions prévues par son règlement intérieur ; une procédure disciplinaire a été instituée ; le juge, enfin, s'est vu confier un pouvoir d'annulation de la sanction prononcée – même si ce pouvoir est limité.

Cette protection, instituée il y a près de vingt ans, a fait l'objet d'une étude récente de M. le conseiller référendaire Gérard Soury (16) : « *dans le rapport de force inégalitaire opposant l'employeur et le salarié, qui est la caractéristique du contrat de travail, l'objet essentiel de cette réforme était de garantir, au travers du régime disciplinaire mis en place, les droits de la défense du salarié poursuivi* ». Cet objectif louable a le plus souvent été atteint : des progrès manifestes ont été réalisés, les juges n'hésitant pas à faire œuvre imaginative en ce sens (17). Aujourd'hui, constate cependant M. Gérard Soury, la mise en œuvre de ce pouvoir disciplinaire suscite un contentieux important et varié, en « formidable expansion » – l'essentiel de ce contentieux ayant trait au licenciement disciplinaire. Sur ce point, ajoute M. Gérard Soury, le bilan que l'on peut dresser de l'importante réforme du 4 août 1982 apparaît « nuancé » : en présence de faits à l'origine d'un conflit, les employeurs ont une propension « à privilégier le règlement de la situation par le recours à la voie disciplinaire même si celle-ci n'est pas la mieux appropriée, cette démarche s'accompagnant généralement d'une surévaluation des faits (...) avec allégation d'une faute grave ».

En effet, si le législateur de 1982 a mis en place un véritable droit disciplinaire du travail, il ne s'est curieusement pas intéressé au licenciement pour faute – sanction pourtant la plus élevée (18). Depuis, la doctrine et les juges ont, certes, dégagé du droit commun du licenciement cette catégorie particulière que constitue le licenciement pour faute. Cependant, ce licenciement – notamment pour faute grave – apparaît aujourd'hui très largement, et même trop largement, banalisé. Cette banalisation s'explique sans doute par les effets recherchés d'une surqualification de la faute par l'employeur : l'opération de préqualification des faits fautifs est souvent utilisée en vue de conforter la décision patronale, plutôt qu'en considération de la gravité de la faute. Pour prendre la mesure de ce problème, il convient, dans un premier temps, de se livrer à une approche fonctionnelle de notre système de gradation des fautes (I).

La parade des juges à cette stratégie juridique bien comprise de surqualification des faits a principalement été recherchée dans une approche conceptuelle des différentes catégories de fautes. Si utile qu'elle soit, cette approche conceptuelle ne permet cependant pas de protéger efficacement les salariés menacés de licenciement pour faute, notamment pour faute grave (II).

I.

L'approche fonctionnelle

Des conséquences particulières étant attachées à chaque catégorie de faute, en bonne logique, l'aggravation de la situation du salarié sera proportionnelle à l'importance de la faute reprochée (A). Cependant, l'employeur ayant toute liberté dans l'opération de préqualification des faits invoqués à l'appui de sa décision, la logique voudrait aussi qu'il soit dissuadé de surévaluer ces faits. Ce n'est pourtant pas ce que l'on observe : la protection du salarié

poursuivi n'est pas proportionnelle à la gravité de la faute alléguée par l'employeur (B).

A) Une aggravation de la situation du salarié proportionnelle à l'importance de la faute reprochée

Les effets de la qualification de la faute sur le régime du licenciement sont bien connus. La faute simple, ou légère, pourra être sanctionnée – sans toutefois

(14) Jean Pélissier, « Les ambiguïtés du droit disciplinaire », précité, p. 369. Cf. également Paul Bouaziz, « Du pouvoir souverain vers un droit disciplinaire », *Dr. Ouv.* 1982, 449.

(15) L'exercice de ce pouvoir a en effet été encadré par la loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

(16) Gérard Soury, « La protection du salarié – jurisprudence récente relative au droit disciplinaire dans l'entreprise », *Rapport d'activité*

de la Cour de cassation pour l'année 2000, La documentation française, p. 125.

(17) La lecture de l'étude de M. Gérard Soury (précité) est, à ce propos, édifiante.

(18) Curiosité relevée notamment par M. Jean Pélissier (articles précités).

entraîner une rupture du contrat de travail – par exemple par le prononcé d'un blâme, d'un avertissement, ou d'une mise à pied. La faute sérieuse pourra conduire à un licenciement « simple » – avec préavis, versement des indemnités de licenciement et de l'intégralité des salaires dus. La faute grave (19) justifiera, elle aussi, un licenciement, mais « sec et immédiat » : privation des droits au préavis et à l'indemnité de licenciement, prononcé éventuel d'une mise à pied à effet immédiat (20). La faute lourde (21) autorisera, enfin, un licenciement sec et immédiat – complété de la déchéance du droit aux congés payés, et de la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité civile du salarié. Vu sous cet angle, notre système de gradation des fautes présente une cohérence : par palliers successifs, en fonction de la gravité de la faute commise, le salarié est déchu de certains de ses droits, la perte de son emploi intervenant plus ou moins brutalement.

Cette cohérence, qui n'a pas été voulue – ni recherchée – par le législateur (1/), montre une grande sévérité envers les salariés fautifs (2/).

1) L'absence de réflexion législative d'ensemble

Un aperçu historique permet de s'apercevoir que les effets attachés aux différentes catégories de fautes résultent d'interventions législatives successives venant le plus souvent consacrer, au coup par coup, des solutions d'abord imaginées par la pratique. Ainsi, tant le préavis que les indemnités de licenciement ont dans un premier temps été institués par des usages, des règlements intérieurs (22) ou, surtout, des conventions collectives (23). Le droit au préavis et à l'indemnité de licenciement ont d'ailleurs donné lieu, à ce titre, à un abondant contentieux : la pratique liait déjà l'octroi de ces droits à l'absence de faute grave (24). Le législateur s'est contenté, ensuite, de généraliser ces solutions : avec la loi du 19 février 1958 pour le préavis, et la loi du 13 juillet 1973 pour l'indemnité de licenciement (25).

La mise à pied conservatoire a, quant à elle, longtemps été une pratique patronale d'abord admise en jurisprudence (26), avant d'être légalisée – de manière très laconique d'ailleurs – par la loi du 4 août 1982. Certes, dès 1946, le législateur a créé une « mise à pied spéciale » destinée à permettre aux employeurs d'écarter de l'entreprise les représentants du personnel accusés de faute grave, pendant l'accomplissement de la procédure spéciale de licenciement (27). Cette mise à pied des représentants du personnel fut, logiquement, entourée de garanties : la mesure conservatoire a été liée à l'engagement immédiat de la procédure statutaire de licenciement – avec des délais réduits (28).

Cependant, ces règles ne concernaient pas les salariés « ordinaires » (29). Et, dans le silence de la loi, les juges ont « avec hardiesse » (30) assez largement admis la mise à pied des salariés « non protégés » (31). Malgré cette jurisprudence discutable, le législateur de 1982 s'est contenté de préciser, au titre du droit disciplinaire, que « lorsque l'agissement du salarié a rendu indispensable une mesure conservatoire de mise à pied à effet immédiat », aucune sanction définitive relative à cet agissement ne peut être prise sans que la procédure disciplinaire n'ait été observée (32). Autant dire que le législateur de 1982 a pris nettement moins de précautions que le législateur de 1946 – alors qu'il aurait très bien pu s'inspirer des dispositions applicables encore aujourd'hui aux seuls « salariés protégés ».

Enfin, si la privation du droit aux congés payés en cas de faute lourde a été instituée par un décret pris en application de la loi du 20 juin 1936 (33), c'est à la jurisprudence qu'il revient d'avoir posé en principe que seule la faute lourde autorise l'employeur à engager la responsabilité civile du salarié (34). Ces solutions, les plus anciennes, trouvent une explication plausible dans la configuration du droit commun de l'époque – avec la renaissance de la faute lourde soulignée en doctrine (35).

(19) Sur la faute grave, cf. nota. Françoise Favennec-Héry, « Vers la relativité de la faute grave », RJS 2000, 603.

(20) Sur la mise à pied conservatoire, cf. nota. Henri Blaise, « La mise à pied conservatoire », Dr. soc. 1986, p. 220 ; Jean-Emmanuel Ray, « La mise à pied conservatoire avant licenciement, chronique de jurisprudence », Dr. soc. 1989, p. 287 et Jean Savatier « L'incidence sur la mise à pied conservatoire de l'issue de la poursuite disciplinaire », RJS 1995, p. 478.

(21) Sur la faute lourde, cf. nota. Gérard Couturier, « La faute lourde du salarié », Dr. soc. 1991, 105 ; Bernard Bossu, « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », Dr. soc. 1995, 26.

(22) De telles clauses ne peuvent plus figurer dans le règlement intérieur dont le contenu a été limité en 1982 (art. L. 122-34 C. trav.).

(23) Conventions et accords collectifs qui jouaient pleinement, à l'époque, leur rôle d'amélioration du statut salarial.

(24) Cf. André Brun, « La jurisprudence en droit du travail », Sirey 1967, n° 90-91, p. 291 et ss.

(25) L'ordonnance du 13 juillet 1967 exigeait auparavant que les conventions collectives susceptibles d'extension prévoient le versement d'une indemnité de licenciement.

(26) Cf. obs. Jean Pélissier sous Soc. 21 juin 1979, D. 1980, IR, 1989.

(27) Cf. nota. art. L. 436-1 C. trav.

(28) Cf. nota. art. R. 436-3 et R. 436-8 C. trav.

(29) C'est-à-dire ceux qui ne détiennent pas de mandat de représentant du personnel.

(30) L'expression est empruntée à M. Henri Blaise, précité.

(31) Cf. obs. critiques de Jean Pélissier sous Cass. Soc. 8 novembre 1978, Bancel, D. 1980, IR, 230.

(32) Art. L. 122-41 alinéa 3 C. trav.

(33) Décret du 1^{er} août 1936 fixant certaines modalités d'application de la loi du 20 juin 1936 sur les congés payés, Dalloz périodique 1937, IV, 127.

(34) Cf. supra.

(35) Cf. Jossierand, « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession », D.H. 1939, chro. 29 ; H. Lalou, « La gamme des fautes », D.H. 1940, chro., 17.

Les effets attachés aux différentes catégories de fautes sont donc issus d'interventions ponctuelles, le plus souvent législatives ou réglementaires, mais sans qu'à aucun moment une réflexion d'ensemble n'ait été véritablement menée par le Parlement sur la question de la gradation de ces diverses fautes (36). C'est, finalement, à la jurisprudence qu'il revient d'avoir clarifié la situation à cet égard. Et, si le résultat apparaît, somme toute, cohérent, il montre aussi une grande sévérité à l'égard des salariés.

2) La sévérité à l'égard des salariés fautifs

En première place dans l'échelle des fautes en droit du licenciement, la faute sérieuse conduit à la rupture du contrat de travail, donc à la perte de l'emploi. Un licenciement pour faute « simplement » sérieuse apparaît donc, déjà, comme une sanction bien sévère, tout particulièrement en période de fort taux de chômage.

En deuxième position dans l'échelle des fautes, la faute grave place le salarié dans cette situation de précarité du jour au lendemain – notamment lorsque l'employeur prononce une mise à pied conservatoire pour le temps nécessaire à l'accomplissement de la procédure de licenciement. L'absence de tout revenu caractérise cette période de mise à pied : le salarié ne recevra pas de salaire jusqu'à son licenciement ; placé dans les liens d'un contrat de travail, il ne pourra pas percevoir d'allocations de chômage – ni, le plus souvent, travailler pour le compte d'un autre employeur (37). Certes, en cas de faute grave l'employeur n'a pas obligation de recourir à une mise à pied conservatoire. Mais il en a la faculté – et le contentieux montre que cette faculté est assez souvent utilisée (38).

Une fois le licenciement pour faute grave prononcé, le salarié pourra, certes, obtenir le versement d'allocations de chômage (39). Mais il sera privé, s'il a plus de six mois d'ancienneté, d'un à deux mois de préavis (40). Il sera également privé de l'indemnité légale de licenciement égale à un dixième de mois de salaire par année de présence pour les salariés plus de deux ans d'ancienneté – indemnité récemment majorée d'un quinzième au-delà de dix ans d'ancienneté (41). Selon l'ancienneté du salarié, la privation des

indemnités de licenciement peut ainsi porter sur une somme non négligeable en situation de perte d'emploi.

En troisième et dernière position dans l'échelle des fautes, la faute lourde entraînera en plus de la situation qui vient d'être décrite, l'engagement éventuel de la responsabilité civile du salarié, et la perte de l'indemnité compensatrice correspondant à la fraction de jours de congés payés acquis, mais non pris (42). Au moment de la création de cette règle, cela équivalait à deux semaines de travail au plus ; depuis 1982, cinq semaines de congés payés sont en jeu – ou à tout le moins une fraction de cette durée. L'allongement des congés payés a ainsi eu pour effet de plus que doubler la sanction, réservée par le Code du travail, au salarié lourdement fautif.

L'évolution récente de la réglementation du temps de travail risque d'ailleurs, de ce point de vue, d'entraîner quelques perturbations. En effet, les possibilités de reporter les congés payés se multiplient (43). Si un tel report est institué, le salarié licencié pour faute lourde perd-il l'indemnité compensatrice correspondant à ces congés reportés ? La loi n'est pas explicite à ce sujet. Néanmoins, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que l'indemnité compensatrice prévue à l'article L. 223-14 du Code du travail – dont est privé le salarié lourdement fautif – ne concerne que les congés non pris par le salarié au titre de la période de référence en cours à la date de la rupture du contrat (44). Le report des congés payés n'aura donc pas d'incidence sur la privation du droit aux congés payés des salariés licenciés pour faute lourde (45).

Malgré ces dernières précisions, il faut souligner que le choix de qualification des faits entre faute sérieuse, faute grave ou faute lourde est toujours « lourd » de conséquences pour le salarié – qui sera privé de son emploi dans des conditions plus ou moins désastreuses pour lui et sa famille. Il est donc assez paradoxal de constater, en poussant plus loin l'analyse, que le salarié menacé de licenciement pour faute apparaît moins bien protégé par la loi que le salarié, par exemple, menacé d'un simple avertissement ou d'une mise à pied disciplinaire.

(36) En ce sens Marie-Armelle Souriac-Rotschild, précité, n° 6.

(37) La difficulté est, ici, plus d'ordre pratique que juridique – sauf clauses d'exclusivité ou de non concurrence.

(38) Il est fréquent, en pratique, que les employeurs (ou leurs conseils) croient, à tort, qu'en cas de faute grave (ou lourde) le prononcé d'une mise à pied conservatoire est nécessaire. Il s'agit là d'une mauvaise interprétation de la jurisprudence qui n'admet pas une réaction tardive de l'employeur en cas de faute grave.

(39) Contrairement à certains régimes d'assurance-chômage étrangers, le système français n'écarte pas l'indemnisation du chômage en cas de licenciement pour faute grave ou lourde – solution heureuse dans la mesure où l'employeur dispose, seul, du pouvoir de préqualifier les motifs de licenciement. Cf. « Le droit de l'emploi », ouvrage collectif sous la direction de Jean Pélissier, Dalloz-Action 1999, n° 3508.

(40) Sauf disposition conventionnelle plus favorable, la durée du préavis est d'un mois pour les salariés ayant entre six mois et deux ans d'ancienneté, de deux mois au-delà de deux ans d'ancienneté (art. L. 122-6 C. trav.).

(41) Art. L. 122-9 C. trav. Le montant de l'indemnité légale de licenciement a été dernièrement modifié par le décret du 3 mai 2002 pris en application de la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JO du 5 mai 2002).

(42) Art. L. 223-14 C. trav.

(43) Cf. art. L. 227-1 alinéa 3 ou L. 222-3 C. trav.

(44) Cass. Soc. 11 octobre 1995, RJS 1996 n° 31.

(45) Pas plus, d'ailleurs, qu'une faute lourde n'aura d'incidence sur les nouveaux « jours de congés RTT » institués par la loi du 19 janvier 2000 : seuls les congés payés annuels acquis au cours de l'année de référence sont perdus.

B) Une protection du salarié non proportionnée à la gravité de la faute reprochée

Qu'il s'agisse de la procédure à suivre, des justifications à donner, ou des sanctions encourues, rien n'est prévu par la loi (46) pour dissuader les employeurs de surévaluer les faits reprochés aux salariés. Il existe, bien évidemment, des règles protectrices à respecter – mais ces règles ne sont pas spécifiques au licenciement pour faute (1/). Le salarié menacé d'une telle décision est comparativement moins bien protégé que d'autres catégories de salariés (2/).

1) Une protection issue de la combinaison de grands pans du droit du travail

La protection contre le licenciement pour faute doit en effet être recherchée dans le droit commun du licenciement, dans le droit commun disciplinaire, ou dans le droit commun de l'administration de la preuve. La combinaison de ces groupes de normes autorise, dans un premier temps, à dégager du droit commun cette catégorie particulière qu'est le licenciement pour faute – et la protection qui en résulte est loin d'être négligeable.

Ainsi, l'exercice du droit disciplinaire est enfermé dans des règles qui sont absentes du droit du licenciement, mais qui viendront à s'appliquer au licenciement pour faute : délai de prescription de deux mois à compter du jour où l'employeur a connaissance des faits fautifs (47) ; délai de forclusion d'un mois entre l'entretien préalable et la notification du licenciement (48) ; interdiction du cumul de sanctions (49). D'autres fois, le droit du licenciement impose des règles protectrices absentes du droit disciplinaire. C'est le cas, encore aujourd'hui, en matière d'assistance du salarié lors de l'entretien préalable : en l'absence de représentants du personnel dans son entreprise, le salarié menacé d'un licenciement pour faute pourra chercher assistance auprès d'un conseiller du salarié extérieur à l'entreprise, à la différence du salarié menacé d'une sanction moindre, à qui cette possibilité n'est curieusement pas offerte.

Autre illustration : s'agissant des règles de forme, la jurisprudence selon laquelle le défaut d'énonciation des motifs de licenciement, comme l'imprécision de ces motifs, laisse présumer de manière irréfragable

l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement, trouve à s'appliquer depuis longtemps au licenciement pour faute – avant même que le législateur n'ait décidé, en 1982, d'imposer la motivation de la notification de toute sanction disciplinaire. À cet égard, il est d'ailleurs significatif de constater que les arrêts de principe relatifs à la portée de l'énonciation des motifs de licenciement l'ont tous été dans des affaires où le salarié avait été licencié pour faute : salarié licencié sans préavis – ce qui laisse supposer l'imputation d'une faute grave, dans l'arrêt *Janousek* de 1976 (50) ; salarié licencié en raison de « fautes extrêmement graves » dans l'arrêt *Rogie* (51) ; salarié(e)s licencié(e)s pour fautes graves ou lourdes dans les arrêts d'Assemblée plénière de 1998 (52). Certes, les critiques adressées à cette jurisprudence (53) se focalisent – à juste titre – sur le licenciement disciplinaire : il est surprenant d'indemniser un salarié fautif, voire lourdement fautif, en raison d'une simple négligence de forme de la part de l'employeur. La surprise passée, il faut se rappeler que l'exigence d'énonciation des motifs de licenciement dans la lettre de licenciement constitue un formalisme protecteur que l'on ne peut pas écarter pour des raisons d'équité ou d'espèce – sans faire courir un grand risque au principe lui-même (54).

Enfin, le droit commun de la preuve impose des règles particulières applicables aux seuls licenciements pour faute grave ou lourde. En effet, le licenciement pour faute sérieuse obéit aux règles prévues par le droit du licenciement : la charge de l'allégation repose sur l'employeur, la charge de la preuve sur le juge, et le risque de la preuve sur l'employeur (55). Cependant, en cas de faute grave ou lourde, l'employeur étant libéré de ses obligations en matière de préavis, d'indemnité de licenciement, voire de congés payés, l'alinéa 2 de l'article 1315 du Code civil trouve à s'appliquer : le chef d'entreprise supporte, en plus, la charge de la preuve (56).

L'application cumulative de ces grands pans de notre droit – droit disciplinaire, droit du licenciement, droit de la preuve – confère ainsi, à première vue, une protection non négligeable aux salariés poursuivis de licenciement disciplinaire. Il ne suffit pourtant pas de s'en tenir à cette première vision, incomplète, sinon trompeuse.

(46) À noter qu'il existe, en la matière, des dispositions conventionnelles plus favorables que la loi auxquelles la jurisprudence confère une large portée. Cf. Cass. soc. 23 mars 1999, Mme Jauréguy, Dr. soc. 1999, 634, note Jean Savatier.

(47) Art. L. 122-44 C. trav.

(48) Art. L. 122-41 C. trav.

(49) Règle d'origine prétorienne. Cf. Joëlle Pralus-Dupuy, « Cumul et non-cumul de sanctions en droit disciplinaire », D. 1993, chro. 135.

(50) Cass. soc. 26 octobre 1976, *Janousek*, Dalloz 1977, jp, 544, note Antoine Jeammaud.

(51) Cass. soc. 29 novembre 1990, *Rogie*, Dr. soc. 1991, 103 (article de M. Jean Savatier, « L'obligation d'énoncer les motifs du licenciement et sa sanction », p. 99).

(52) Ass. Plén. 27 novembre 1998 (trois arrêts), Dr. soc. 1999, 19 (Conclusions de M. l'avocat général Louis Joinet, « La lettre de licenciement : ce qui se conçoit bien s'énonce clairement », p. 13) ; Dr. Ouv. 99, 438 (en annexe à Gaëlle Buseine « La lettre de licenciement : la forme ou le fond »).

(53) Cf. Jean Savatier, « L'obligation d'énoncer les motifs du licenciement et sa sanction », précité.

(54) Cf. les conclusions de M. l'Avocat général Louis Joinet relatives aux arrêts d'Assemblée plénière du 27 novembre 1998, précité.

(55) Art. L. 122-14-3 C. trav.

(56) Jurisprudence ancienne et constante, cf. Cass. soc. 5 mars 1981, Bull. civ. V, n° 187.

2) Une protection comparativement amoindrie

Aussi étonnant que cela paraisse, la protection contre le licenciement disciplinaire ne tient aucun compte de la gradation des fautes. Certes, s'agissant de l'administration de la preuve, le droit civil est venu au secours du droit du travail pour doter d'une protection spécifique les salariés accusés de fautes graves ou lourdes. Le résultat est heureux. Il ne permet cependant pas, à lui seul, de conclure que la protection conférée aux salariés est proportionnelle aux risques que fait peser sur eux les allégations de l'employeur.

Au contraire : en droit du travail, plus on monte dans l'échelle des fautes invoquées à l'appui d'un licenciement, moins le salarié reçoit protection. Ainsi, et la curiosité a depuis longtemps été relevée (57), si les juges sont dotés depuis 1982 d'un pouvoir d'annulation de la sanction disciplinaire irrégulière dans la forme, ou injustifiée, ou disproportionnée à la faute commise, ce pouvoir d'annulation est écarté en matière de licenciement (58). Cette situation est de nature à inciter les employeurs à recourir au licenciement disciplinaire – assurés qu'ils sont, dans ce cas et dans ce cas seulement, que leur décision ne pourra pas être remise en cause par les juges.

Il faut d'ailleurs souligner, au passage, qu'au sein des évolutions récentes du droit du travail, le licenciement disciplinaire fait figure de parent pauvre en comparaison avec d'autres grandes catégories de licenciement – qu'il s'agisse, par exemple, du licenciement pour motif économique, du licenciement fondé sur des motifs discriminatoires, ou encore du licenciement des salariés physiquement inaptes. Cette situation explique sans aucun doute la propension actuelle des employeurs, relevée par M. le Conseiller Gérard Soury, à choisir la voie disciplinaire « *même si elle n'est pas la mieux appropriée* » (59). S'il convient donc de saluer les nombreuses évolutions destinées à tout faire pour éviter la rupture du contrat de travail, on peut regretter que le licenciement pour faute ne soit pas l'objet de plus d'attentions en ce sens de la part du législateur : ce type de licenciement ne pourrait pas être utilisé comme solution de refuge permettant d'éluder les contraintes qui pèsent sur d'autres catégories de licenciement.

Autre curiosité aujourd'hui bien connue : l'employeur peut, sans grand risque, préférer un licenciement pour faute grave – voire pour faute lourde – à un licenciement pour faute sérieuse. Il y trouve même intérêt. Tout d'abord, cela lui offre la possibilité de s'abstenir de verser des sommes normalement dues au salarié au moment de la rupture du contrat de travail – du moins en l'absence de contentieux. Si le juge est

saisi, la faute grave (ou lourde) pourra, certes, être requalifiée en faute sérieuse, voire en faute légère : l'employeur ne sera finalement condamné qu'à remplir le salarié de certains de ses droits – un peu plus tard que prévu. Ensuite, en se plaçant sur le terrain de la faute grave, l'employeur alourdit délibérément le débat judiciaire : il peut espérer qu'à défaut de la faute grave, les juges retiendront au moins la faute sérieuse justificative du licenciement. Il est de notoriété publique, en effet, que cette stratégie judiciaire s'avère parfois efficace (60) – notamment devant les conseils de prud'hommes (61). Il apparaît à cet égard souhaitable que, même dans l'hypothèse d'un licenciement pour faute grave, les juges portent d'abord leur regard sur la réalité et le sérieux de la faute invoquée par l'employeur, avant de s'engager sur le terrain de la qualification en faute grave. Cela permet d'éviter qu'au moment du délibéré le débat sur la qualification de faute grave n'occulte celui sur la faute sérieuse, celui sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Une dernière curiosité mérite enfin d'être soulignée. Il s'agit de la possibilité largement donnée aux employeurs de prononcer une mise à pied conservatoire. Certes, cette mesure n'est admise qu'en matière de faute grave ou lourde. Mais, puisque les employeurs sont seuls juges de la préqualification des faits fautifs, il suffit qu'ils placent leur décision de licencier sur ce terrain juridique pour se voir ouvrir la possibilité de l'accompagner d'une mesure conservatoire. Conséquence : le salarié se trouvera privé de son emploi, du jour au lendemain, dans l'attente de la décision finalement prise par l'employeur après l'entretien préalable – sans que la durée de cette mise à pied conservatoire n'ait été limitée par la loi. Une limitation de la durée de cette catégorie de mise à pied peut, certes, être recherchée dans les délais de la procédure disciplinaire : l'employeur doit prendre une décision dans un délai d'un mois au plus après l'entretien préalable. Autrement dit, un salarié pourra être placé en mise à pied conservatoire pendant plusieurs semaines – sans revenu – dans l'attente de la décision finalement prise par l'employeur... C'est bien long !

L'approche fonctionnelle de notre système de gradation des fautes en droit du licenciement invite finalement à la prudence : prudence en raison de la sévérité des sanctions encourues ; prudence à l'égard de la préqualification des faits réalisée par le seul employeur. *In fine*, les juges trancheront l'éventuel débat sur la qualification des faits fautifs. Occasion leur est ainsi donnée de cantonner chaque catégorie de faute dans le domaine qui lui revient – en se livrant à une approche conceptuelle des différentes fautes pouvant être invoquées à l'appui d'un licenciement.

(57) Cf. Jean Pélissier, « Les ambiguïtés du droit disciplinaire », précité.

(58) Art. L. 122-43 C. trav.

(59) Cf. supra.

(60) Cf. Françoise Favennec-Héry, article précité, p. 603.

(61) La lecture des décisions donne d'ailleurs l'impression que les conseils de prud'hommes sont plus sévères à l'égard des salariés que ne l'est la Cour de cassation, en admettant plus facilement la qualification de faute grave, voire de faute sérieuse.

II. L'approche conceptuelle

Dans une perspective conceptuelle, s'il est nécessaire de cerner les contours de chaque catégorie de faute, cette définition doit aussi permettre de situer chaque faute par rapport aux autres. Ce travail de définition est crucial : il permet de guider les employeurs dans la préqualification des faits invoqués à l'appui de leur décision ; il permet aussi de réserver un domaine à chaque catégorie de faute. En l'absence de définition légale, les juges se sont fondés sur les effets attachés aux fautes qualifiées pour apporter un certain nombre de précisions aujourd'hui bien utiles. Malgré ces précieuses clarifications jurisprudentielles (A), des évolutions apparaissent sinon souhaitables, du moins envisageables (B).

A) Les clarifications jurisprudentielles

Le législateur ne s'est donc jamais risqué à donner une définition de la faute grave ou lourde – pas plus, il est vrai, qu'en 1973, il ne s'est risqué à livrer une définition de la cause réelle et sérieuse de licenciement. D'ailleurs, après l'adoption de la loi du 13 juillet 1973, qui a introduit l'exigence de cause réelle et sérieuse de licenciement, la doctrine a pu s'interroger sur le point de savoir si, désormais, seul le licenciement pour faute grave serait admis en jurisprudence. Près de vingt ans après ces premiers débats, qui ont permis de dégager l'existence d'une faute sérieuse (1/), les juges ont fourni une définition précise de la faute lourde (2/), puis ont cerné les contours de la faute grave – intermédiaire entre la faute sérieuse et la faute lourde (3/).

1) La faute sérieuse

Lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 13 juillet 1973, le Ministre du travail de l'époque a déclaré : « une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité qui rend impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement » (62). Devenait-il nécessaire, à compter de 1973, que la faute du salarié soit « grave » pour que l'employeur ait le droit de licencier ? Cette importante question a fait l'objet de discussions doctrinales (63). En faveur d'une réponse affirmative, argument a été pris des propos précités du Ministre du travail, ainsi que de la finalité de la loi du 13 juillet 1973 – à savoir un cantonnement du pouvoir de licencier dévolu à l'employeur. En faveur de la négative, a été avancée l'idée qu'une distinction entre faute grave et faute sérieuse, en introduisant une catégorie intermédiaire entre la faute grave et la faute

légère, offrait aux juges la possibilité d'adopter des solutions nuancées.

Coupant court ce débat qui s'était engagé à la suite de la loi du 13 juillet 1973, les juges ont admis, en 1976, qu'il existait une catégorie de faute, la faute sérieuse – cause de licenciement – intermédiaire entre la faute simple ne justifiant pas un licenciement, et la faute grave privative des indemnités de rupture (64). Il est vrai qu'adopter une solution contraire aurait conduit à priver systématiquement le salarié licencié pour faute du préavis et de l'indemnité de licenciement puisque seule la faute grave aurait permis un licenciement...

Poursuivant son travail de clarification la Cour de cassation souligna en 1991, dans son rapport annuel : « Depuis la loi du 13 juillet 1973, l'employeur ne peut rompre le contrat de travail que pour une cause réelle et sérieuse. Quand le licenciement est prononcé pour faute, il faut donc que celle-ci soit non seulement réelle mais sérieuse. L'exigence d'une faute "sérieuse" pour que le licenciement puisse être considéré comme justifié, a pour effet nécessaire de relever le niveau à partir duquel on pourra retenir une faute grave, et, plus encore une faute lourde. Une distinction très nette entre faute simple (qui peut justifier une sanction), faute sérieuse (qui justifie le licenciement), faute grave (qui entraîne la perte des indemnités de rupture), et faute lourde (qui fait perdre le droit aux congés payés et qui permet d'engager la responsabilité du salarié) était donc indispensable. Soucieuse d'apporter aux juges du fond des directives précises sur cette graduation entre les fautes, la Chambre sociale s'est engagée dans la voie d'une rénovation du droit disciplinaire en retenant une nouvelle définition de la faute grave et de la faute lourde » (65).

2) La faute lourde

En 1990, la Chambre sociale adopte en effet une conception résolument restrictive de la faute lourde : elle généralise la solution selon laquelle, quelle que soit son importance, pour être qualifiée de lourde, la faute nécessite l'intention de nuire du salarié vis-à-vis de l'employeur ou de l'entreprise (66). Ce critère de l'intention de nuire est en harmonie avec l'une des conséquences attachées depuis longtemps, par la jurisprudence, à la faute lourde : l'engagement, à titre exceptionnel, de la responsabilité civile du salarié intentionnellement fautif. Ce critère peut également être utilisé pour justifier que le salarié lourdement fautif soit privé d'une partie de sa rémunération, c'est-à-dire de ses indemnités compensatrices de congés payés.

(62) Débats A.N. 1973, p. 1441.

(63) Cf. Jean Pélissier, « Le nouveau droit du licenciement », Sirey 1974, p. 100 et ss.

(64) Cass. Soc. 10 juin 1976, Dr. soc. 1977, 21, note Jean Pélissier.

(65) Page 201 du rapport publié par La documentation française.

(66) Cass. soc. 19 mai 1990, RJS n° 562, Cass. soc. 29 nov. 90, Dr. soc. 1991, 107, Dr. Ouv. 92, 62.

Désormais, donc, la faute lourde est enfermée dans des limites précisément définies, qui ont permis son cantonnement : sans avoir disparu, la faute lourde est aujourd'hui assez rarement invoquée à l'appui d'un licenciement disciplinaire. Les employeurs – et leurs conseils, ont bien intégré cette jurisprudence.

Cette position restrictive de la jurisprudence en matière de faute lourde rendait d'autant plus nécessaire une délimitation de la faute grave. Une ligne de partage relativement claire était tracée entre la faute grave et la faute lourde. Mais, par un effet de vases communicants, la catégorie des fautes graves s'en trouvait enrichie : à défaut d'intention de nuire, la faute qui n'entraînait plus dans la catégorie des fautes lourdes était versée dans la catégorie des fautes graves. Il restait donc à tracer une ligne de partage entre la faute grave et la faute sérieuse.

3) La faute grave

En 1991, la Chambre sociale de la Cour de cassation a clarifié la définition de la faute grave : faute d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, même pour une durée limitée (67). Cette définition apparaît elle aussi en harmonie avec un des effets attachés par la loi à la faute grave, c'est-à-dire la déchéance du droit au préavis.

La définition de faute grave adoptée un an plus tard en jurisprudence contraste cependant avec la définition de la faute lourde : elle est bien moins précise, donc bien moins restrictive (68). D'ailleurs, dans son rapport de 1991, si la Cour de cassation déclare avoir retenu une conception résolument « restrictive » de la notion de faute lourde, la nouvelle définition de la faute grave est seulement qualifiée de « plus précise ». La définition de la faute grave est certainement plus claire et plus précise aujourd'hui qu'hier. Mais elle reste chargée d'une part de subjectivité telle qu'il est, aujourd'hui comme hier, difficile d'en tracer les contours.

La faute grave se déduit, en effet, essentiellement des répercussions qu'elle a sur la relation employeur-salarié : en raison de ces répercussions, la poursuite de la relation de travail – même limitée dans le temps – est impossible. Ce critère n'est pas d'un maniement très facile : il est susceptible de correspondre à des situations très diverses. Et c'est à une appréciation concrète de ces situations diverses que les juges doivent se livrer. D'ailleurs, assez souvent, le contentieux de la faute grave est présenté sous la forme d'un catalogue de comportements, dont certains ont été qualifiés de

gravement fautifs, d'autres non, sans que le lecteur en comprenne toujours les raisons. La notion de faute grave contraste ainsi avec la notion de faute lourde pour se rapprocher de la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement... pour se rapprocher de la faute simplement sérieuse.

Cette situation est d'autant plus regrettable que le langage courant ne facilite pas la distinction : l'employeur reprochera le plus souvent au salarié de « graves » agissements pour expliquer son licenciement. Or, ces agissements ne correspondront pas forcément à la définition de la faute grave donnée en jurisprudence (69). Il faudra que le chef d'entreprise comprenne qu'il y a place pour un licenciement disciplinaire, même si la faute du salarié n'est pas « grave » ; que la faute sérieuse justifie la rupture du contrat de travail, tandis que la faute grave l'autorise immédiatement... Il faut reconnaître que tout cela ne relève pas de l'évidence – alors même que l'employeur s'est vu reconnaître la lourde responsabilité de la préqualification des faits fautifs.

On comprend, finalement, que la définition jurisprudentielle de la faute grave n'ait pas suffi à son réel cantonnement : le nombre de licenciements pour faute grave n'a pas diminué – au contraire. Et l'on vient à regretter que, comme en matière de faute lourde, la Chambre sociale n'ait pas décidé d'adopter une conception délibérément restrictive de la faute grave. Il faut reconnaître que le travail de délimitation n'est pas facile à réaliser : les fautes graves et lourdes ont de nombreux effets communs – la seule différence devant être recherchée dans la privation des congés payés attachée à la faute lourde (70). Le critère de l'intention de nuire étant utilisé pour la faute lourde, il apparaît objectivement difficile de trouver un autre critère, tout autant opérationnel, en matière de faute grave. Cela n'empêche cependant pas de réfléchir à des perspectives d'évolution...

B) Les perspectives d'évolution

Ces perspectives d'évolution peuvent être recherchées du côté de la jurisprudence, certes, mais aussi – voire surtout – du côté de la loi. Ainsi, il apparaît possible aujourd'hui de cantonner plus encore le pouvoir disciplinaire des employeurs – de manière, notamment, à les dissuader d'une surqualification des faits fautifs assez anodine pour eux (1/). Il apparaît, corollairement, opportun de s'interroger sur une nouvelle gradation des fautes en droit du licenciement (2/).

(67) Arrêt Vaz, précité qui clarifie la jurisprudence antérieure, sans opérer un revirement.

(68) Cf. Marie-Armelle Souriac-Rotschild, précitée.

(69) Cf. Jacques Le Goff, Petit traité de droit du travail, tome 1, « Les relations individuelles de travail », Presses universitaires de Rennes, 2001, p. 823 et s.

(70) Ainsi que dans la possibilité d'engager la responsabilité du salarié – assez rarement utilisée en pratique.

1) Pour un nouveau cantonnement du pouvoir disciplinaire

L'expérience montre, en effet, que les nombreux efforts déployés en ce sens par les juges ne sont pas entièrement couronnés de succès.

Une première piste de réflexion peut être recherchée dans le travail de qualification de la faute grave : on aimerait trouver une ou plusieurs lignes directrices révélatrices de la manière dont les juges exercent – ou doivent exercer – ce travail (71). De ce point de vue, dans le droit fil de la jurisprudence actuelle, il faut se rappeler qu'il ne suffit pas de montrer que la faute grave a eu de graves répercussions sur le fonctionnement de l'entreprise (72), encore faut-il que l'éviction rapide – sinon immédiate – du salarié soit rendue indispensable (73), ce que doivent relever les juges du fond, comme l'a souligné avec force la Cour de cassation dans l'arrêt Vaz. Malgré cela, la faute grave est le plus souvent retenue, sans que les juges ne s'expliquent, dans leur décision, sur la nécessité de rompre sans tarder la relation de travail – d'où l'incompréhension que suscite la lecture de certaines d'entre elles (74).

Il est donc souhaitable qu'apparaissent – plus clairement, plus distinctement et plus systématiquement – dans les décisions rendues par les juges, non seulement les graves répercussions de la faute sur le fonctionnement de l'entreprise, mais aussi la nécessité, pour cette raison, de rompre sans délai le contrat de travail – autrement dit qu'apparaisse aussi le risque anormal que fait peser la présence du salarié sur le fonctionnement de l'entreprise, serait-ce pour une courte durée (75).

On pourrait d'ailleurs imaginer que, pour asseoir ce travail de qualification, il soit fait obligation aux employeurs d'indiquer dans la lettre de licenciement les éléments objectifs qui rendent le licenciement immédiat nécessaire. Une telle exigence pourrait assez facilement être posée en jurisprudence, dans le droit-fil des décisions rendues en matière d'énonciation des motifs de licenciement. Cette exigence de motivation aurait, de surcroît, le mérite d'attirer l'attention des employeurs sur les critères propres à la faute grave.

Une autre piste de réflexion peut être recherchée au plan des sanctions, à l'aide de la théorie de l'abus de droit. Il est en effet surprenant que cette théorie ne soit

pas sollicitée les nombreuses fois où les juges requalifient une faute grave ou lourde en faute simplement sérieuse – voire en faute non sérieuse ; les nombreuses fois où la rupture du contrat de travail a été brutale, éventuellement assortie d'une mise à pied conservatoire à effet immédiat. La stratégie patronale de surqualification délibérée des faits relève, sinon de l'intention de nuire, du moins de la légèreté blâmable. Or, on sait qu'il y a place, en droit du travail, pour le licenciement « abusif » au sens du droit commun : lorsque la rupture du contrat de travail révèle, précisément, une légèreté blâmable ou un détournement de pouvoir de la part de l'employeur. Dans ce cas, le salarié peut obtenir des indemnités qui se différencient – et s'ajoutent – à celles prévues par le droit du licenciement aux articles L. 122-14-4 et 5 du Code du travail (76). Si le débat judiciaire était porté plus souvent par les salariés demandeurs sur ce terrain de l'abus de droit – et si les juges acceptaient de le suivre dans cette direction – les employeurs pourraient une fois de plus être dissuadés de surévaluer les faits fautifs, tout comme de prononcer à la légère à une mise à pied conservatoire.

La mise à pied conservatoire mérite enfin une réflexion plus poussée. L'employeur ne se verra jamais reprocher de ne pas avoir prononcé de mise à pied conservatoire. On attend seulement, de sa part, une réaction rapide – seule à même d'étayer l'idée selon laquelle le salarié doit quitter sans tarder son poste de travail. Malgré cela, cette faculté est assez souvent utilisée par les employeurs – alors qu'elle prive le salarié de tout moyen de subsistance pendant une durée qui peut avoisiner un mois (77).

Le principe même de l'autorisation donnée à l'employeur de prononcer une mise à pied conservatoire peut susciter débat. Depuis 1982, s'agissant des salariés « ordinaires », le Code du travail prévoit simplement que la procédure disciplinaire doit être observée même dans l'hypothèse où « l'agissement du salarié a rendu indispensable une mesure conservatoire de mise à pied à effet immédiat » (78). Le législateur ne s'est donc pas prononcé sur la gravité des faits fautifs pouvant justifier une mesure conservatoire – qui doit rester exceptionnelle. À cet égard, la jurisprudence autorise depuis longtemps le prononcé d'une mise à pied en cas de faute grave ou lourde. Les définitions livrées en 1990 et 1991

(71) Cf. Marie-Armelle Souriac-Rotschild, précitée, sp. n° 33 et ss.

(72) Le préjudice causé par la faute professionnelle est en principe indifférent sur sa qualification.

(73) L'employeur qui s'abstient d'agir avec diligence se prive de la faculté d'invoquer la faute grave : il montre, par son attitude même, que le contrat pouvait se poursuivre pour le temps du préavis.

(74) L'incompréhension a été à son comble lorsqu'il est arrivé à la Cour de cassation de considérer que tel ou tel agissement du salarié (vol – menus larcins, violences, refus d'un changement des conditions de travail) constituait « en principe » une faute grave – appréciation in abstracto abandonnée aujourd'hui, semble-t-il. Cf. Marie-Armelle

Souriac-Rotschild, précitée, n° 43 et 44 ; Françoise Favennec-Héry, précitée, p. 605.

(75) L'anormalité de ce risque doit d'ailleurs être soulignée : c'est l'employeur, et non le salarié, qui supporte en principe, le risque de l'entreprise ; il ne faudrait pas qu'en matière de faute grave, ce schéma – classique – soit inversé.

(76) Cf. par exemple Cass. soc. 12 mars 1987, Sté Citroën, Bull. civ. V, n° 147, et, plus récemment, Cass. soc. 27 novembre 2001, CGEA Onyx, R.J.S 2002, n° 153. V. également Cass. soc. 8 déc. 1995, 21 fév. 1995 et 25 mars 1994, Dr. Ouv. 1997 p. 419.

(77) Cf. supra.

(78) Art. L. 122-41 C. trav.

n'invitent-elles pas à poser un nouveau regard sur une telle solution ? La mise à pied conservatoire se conçoit aisément en cas de faute lourde du salarié puisque celle-ci se caractérise désormais par une intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise : il ne faut pas que le salarié puisse répéter ses agissements intentionnels. Mais, à défaut d'intention de nuire de sa part, faut-il encore admettre la mise à pied conservatoire ? Ne serait-il pas envisageable de réserver au seul cas de la faute lourde la privation brutale de tous revenus pendant un laps de temps non défini ?

Précisément, à tout le moins la durée de la mise à pied des salariés « ordinaires » doit-elle être limitée : « Est-il admissible que dans une société où l'on affirme que tout être humain a droit à un revenu minimum et dans laquelle on a institué un revenu minimum d'insertion, est-il admissible que l'on prive un salarié (et les personnes qui sont à sa charge) de tout revenu pendant une période dont la durée n'est limitée par aucun texte ? » (79). Il est heureux que ce problème ait attiré l'attention du législateur – dès 1946 – s'agissant de cette catégorie particulièrement vulnérable que sont les salariés « protégés » (80). Il est malheureux qu'à ce jour aucun dispositif similaire n'ait été institué pour l'ensemble de la population salariale. Une intervention législative sur ce point est vivement souhaitable. Ce pourrait, d'ailleurs, être l'occasion de mener – enfin ! – devant le Parlement, une réflexion d'ensemble sur la gradation des fautes en droit du licenciement.

2) Pour une nouvelle gradation des fautes en droit du licenciement

Comme il a déjà été souligné, les effets attachés aux diverses catégories de fautes ne reposent pas sur une réflexion d'ensemble. S'il est si difficile de définir chaque catégorie de faute en elle-même et par rapport aux autres, c'est donc sans doute parce que l'on cherche une logique qui n'existe pas – malgré l'important travail de clarification jurisprudentiel. Il reste, alors, à s'interroger sur la pertinence et la cohérence des conséquences attachées aux différentes catégories de fautes (81).

La règle, d'origine légale, selon laquelle la faute lourde entraîne la déchéance du droit aux congés

payés a toujours été assez unanimement contestée en doctrine car « aucune circonstance ne devrait priver le travailleur de son salaire » (82). Certes, une explication à cette règle – inopportune – peut être recherchée dans la définition même de la faute lourde, dans l'intention de nuire qui justifierait réparation – sous la forme d'une peine privée (83). Mais alors, on comprend mal que la faute grave, qui à la différence de la faute lourde ne suppose pas une intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise, entraîne pourtant la privation de l'indemnité de licenciement – en plus de la perte du droit au préavis. « La faute commise par le salarié peut rendre impossible l'exécution du préavis en raison des risques que la présence du salarié peut faire courir à l'entreprise sans pour autant révéler une culpabilité de nature à justifier la perte d'une indemnité de licenciement acquise au cours de nombreuses années de travail » (84). Il serait donc plus logique, dans la perspective d'une mise en cohérence de la gradation des fautes en droit du licenciement, que la faute grave ait pour seul effet la privation du droit au préavis. La perte de l'indemnité de licenciement pourrait être réservée à la faute lourde (85), et « cette anomalie venue de la loi » (86) qui consiste à priver le salarié d'une partie de son salaire – à savoir ses indemnités de congés payés – disparaîtrait.

Une telle évolution législative serait en harmonie avec la jurisprudence actuelle, avec la définition des fautes grave et lourde. Elle permettrait, de surcroît, une mise en conformité du droit français avec le droit international. En effet, si la convention n° 158 de l'OIT relative au licenciement définit la faute grave comme « une faute de nature telle que l'on ne peut raisonnablement exiger de l'employeur qu'il continue à occuper ce travailleur pendant la période de préavis » (87), la convention n° 132 relative aux congés payés n'autorise aucune exception à la règle selon laquelle « en cas de cessation de la relation de travail », le salarié doit bénéficier de ses droits à congés payés (88). Contrairement à la convention n° 158, la convention n° 132 n'a pas encore été ratifiée par la France – sans doute en raison des effets attachés par le Code du travail à la faute lourde. Faute lourde qui, d'ailleurs, est inconnue des conventions internationales conclues dans le cadre de l'OIT...

(79) Cf. en ce sens, Jean Pélissier, « Les ambiguïtés du droit disciplinaire », précité, p. 368.

(80) Cf. supra.

(81) En ce sens, Jean Pélissier, « Le licenciement disciplinaire », précité, p. 757.

(82) Cf. par exemple : André Brun, « La jurisprudence en droit du travail, grands arrêts », précité, p. 184 ; Marie-Armelle Souriac-Rotschild, précitée, n° 23 ; Gérard Couturier, précité, n° 19 ; Jean Pélissier, précité.

(83) Voire sous la forme d'une action en responsabilité civile devant les juges.

(84) Jean Pélissier, « Le licenciement disciplinaire », précité, p. 757.

(85) Faute lourde qui resterait le seuil permettant de déclencher la responsabilité civile du salarié.

(86) L'expression est empruntée à Mme Marie-Armelle Souriac-Rotschild, précitée.

(87) Convention internationale du travail n° 158 relative à la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur adoptée en 1982, applicable en France (ratifiée le 16 mars 1989). L'article 11 de cette convention donne une définition de la faute grave ; l'article 12 permet de prévoir, à l'échelon national, la perte des indemnités de licenciement (voire des allocations de chômage) en cas de faute grave – mais à titre dérogatoire.

(88) Sous quelque forme que ce soit : prise de ce congé, versement d'une indemnité compensatoire ou droit à un crédit de congé – article 11 de la convention n° 132 sur les congés payés de 1970. Cette convention révisé la convention n° 52 de 1936 portant sur le même objet – convention n° 52 ratifiée par la France le 23 août 1939.

En poursuivant le raisonnement, on en vient finalement, peu à peu, à se demander si notre droit du licenciement ne recèle pas une trop grande variété de catégories de fautes – ce qui aurait pour conséquence de compliquer inopportunistement la tâche des juges, et des employeurs. Dans cette optique, une autre solution consisterait à supprimer l'échelon de la faute lourde. Resterait les fautes légères, sérieuses et graves – cette gradation offrant déjà, à elle seule, un assez large choix. Les fautes légères ne pourraient toujours être sanctionnées que par une mesure autre que le licenciement ; les fautes sérieuses seraient celles qui justifieraient « seulement » un licenciement ; les fautes graves, un licenciement sans préavis. Une telle solution ne bouleverserait pas notre équilibre législatif. Elle

permettrait, elle aussi, une mise en conformité avec la convention n° 132 de l'OIT. Notre jurisprudence n'en serait guère plus perturbée : l'intention de nuire pourrait rester le critère permettant de mettre en jeu, à titre exceptionnel, la responsabilité civile du salarié.

De nombreuses pistes de réflexion s'offrent ainsi à l'observateur soucieux de cantonner plus efficacement le recours à la faute grave et, plus généralement, d'encadrer le pouvoir disciplinaire des employeurs. Cette volonté de cantonnement n'a rien de bien révolutionnaire : elle s'inscrit dans la continuité des évolutions législatives et jurisprudentielles de ces trente dernières années.

Mireille Poirier

Le guide de la protection sociale des étrangers en France

Le droit à la protection sociale est une composante essentielle des droits de l'homme : droit de se soigner, de se loger, droit à des revenus lorsque, du fait de l'âge, de la maladie, d'un handicap ou de la situation économique, on se trouve dans l'impossibilité de travailler. Mais la réglementation, dans ce domaine, est particulièrement touffue et complexe. Et trop d'étrangers ne peuvent bénéficier de l'intégralité de leurs droits, soit par méconnaissance, soit du fait de la mauvaise volonté – voire des pratiques illégales – des administrations et des organismes de sécurité sociale. Le principe de l'égalité des droits entre étrangers et nationaux, proclamé par de nombreuses conventions internationales, est trop souvent oublié.

L'objectif de ce guide est de fournir aux étrangers, et à ceux qui sont amenés à les conseiller, un outil pratique leur permettant de mieux connaître leurs droits et de les faire valoir plus efficacement.

Cette nouvelle édition, entièrement refondue, intègre les nombreuses modifications issues des textes internationaux, législatifs et réglementaires, ainsi que les plus récentes avancées jurisprudentielles (loi du 27 juillet 1999 sur la couverture maladie universelle, loi Chevènement du 11 mai 1998, décisions de justice concernant les anciens combattants, etc.).

- Le GISTI, Groupe d'information et de soutien des immigrés, est composé de juristes et de praticiens de l'action sociale. Il s'est donné pour but de soutenir les immigrés dans leur combat pour faire connaître et respecter leurs droits fondamentaux.
- Ce guide a été réalisé en collaboration avec le Collectif des accidentés du travail, handicapés et retraités pour l'égalité des droits (CATRED) et le Comité médical pour les exilés (COMEDE).

www.editionsladecouverte.com - 18 €



Outre la consultation du site internet du GISTI (www.gisti.org), nos lecteurs pourront se reporter à la base de données jurisprudentielles en matière de droit des étrangers coproduite notamment par cette même organisation (www.dequeldroit.net).