



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

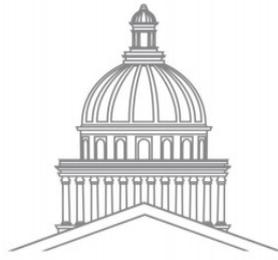
BANQUE DES MÉMOIRES

Master de Droit Social (Recherche)
Dirigé par Madame le Professeur Françoise FAVENNEC-HÉRY
2018-2019

Les sanctions disciplinaires

Christophe MIGEON

Sous la direction de Madame le Professeur Raymonde VATINET



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Master II Recherche Droit Social

Sous la direction de Madame le Professeur Françoise Favennec-Héry

2018 – 2019

Les sanctions disciplinaires

Christophe MIGEON

Sous la direction de Madame le Professeur Raymonde Vatinet

*Mes remerciements vont à Madame le Pr. Vatinet,
ainsi qu'à mes professeurs actuels comme passés,*

*A l'ensemble de mes camarades de promotion,
en particulier Léa, Nathan, Olivia et Santhi,*

A Emma et Stéphanie,

A mes frères,

*Et à mes parents, sans qui rien de tout cela
n'aurait été possible.*

LISTE DES ABREVIATIONS

Al.	Alinéa
Art.	Article
Anc.	Ancien
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.	Code
c/	Contre
CA	Cour d'appel
Cah. prud'h.	Cahiers prud'homaux
Cah. soc. barreau	Cahiers sociaux du barreau
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEE	Communauté économique européenne
ch.	Chambre
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Circ.	Circulaire
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Const. const.	Conseil constitutionnel
Cons. prud'h.	Conseil de prud'hommes
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. trav.	Code du travail

D.	Recueil Dalloz
Dr. soc.	Droit social
DRT	Direction régionale du travail
éd.	Edition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Au même endroit
infra	Ci-dessous
IR	Informations rapides du Recueil Dalloz
JCP	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
JCP E	Juris-classeur périodique, édition Entreprise
JCP S	Juris-classeur périodique, édition Sociale
JORF	Journal officiel de la République française
JS	Jurisprudence sociale
jurisp.	Jurisprudence
L.	Loi
LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro
Ord.	Ordonnance
p.	Page
préc.	Précité
RDT	Revue de droit du travail
Rec. gén. lois	Recueil général des lois
Rép. trav.	Répertoire de droit du travail
RF	La Revue Fiduciaire
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
s.	Et suivants
soc.	Sociale
SSL	Semaine sociale Lamy
supra	Ci-dessus
t.	Tome
V.	Voir

SOMMAIRE

Introduction	7
PARTIE I. La notion de sanction disciplinaire	14
TITRE I. L'identification de la sanction disciplinaire	15
Chapitre 1. La qualification d'une mesure en sanction disciplinaire	16
Chapitre 2. Le particularisme de la sanction disciplinaire	30
TITRE II. La sanction disciplinaire déguisée	39
Chapitre 1. Les mesures relevant du pouvoir de direction	40
Chapitre 2. Les mesures relevant du droit des contrats	49
PARTIE II. Le régime de la sanction disciplinaire	60
TITRE I. L'encadrement de la sanction disciplinaire	61
Chapitre 1. Le choix de la sanction disciplinaire appropriée	62
Chapitre 2. L'interdiction des sanctions pécuniaires	76
TITRE II. Les garanties du salarié	84
Chapitre 1. Les garanties légales, réglementaires et conventionnelles	85
Chapitre 2. Les contestations de la sanction disciplinaire	98
Conclusion	113
Bibliographie	115
Index alphabétique	125

*« Qui n'a pas été accusateur opiniâtre pendant la prospérité
doit se taire devant l'écrasement.
Le dénonciateur du succès est
le seul légitime justicier
de la chute ».*

Victor Hugo, Les Misérables

Le pouvoir disciplinaire de l'employeur apparaît à la fois comme une institution fort ancienne et universelle dont les origines lointaines peuvent être trouvées dans le pouvoir de sanction détenu par le *paterfamilias* à l'égard de la *domus*, du seigneur sur le serf, du maître sur le compagnon, du directeur de la fabrique royale sur l'ouvrier¹. Si « *la discipline est mère du succès* »², encore faut-il pouvoir la faire respecter. Ainsi, au pouvoir disciplinaire est attachée la sanction, manifestation dont elle constitue l'essence même et qui, classiquement, intervient à la suite d'un acte ou d'une omission, que l'autorité qui l'inflige considère nécessaire de réprimer. La notion de sanction renvoie à la punition, à la peine infligée par une autorité à l'auteur d'une faute. Elle est une « *mesure répressive infligée par une autorité pour l'inexécution d'un ordre, l'inobservation d'un règlement, d'une loi* »³. La sanction est disciplinaire lorsqu'elle se rapporte à la « *discipline d'un corps, d'une profession ou d'une entreprise* »⁴, et lorsque le travailleur au sens large viole « *des obligations professionnelles résultant de la discipline qui le régit* »⁵, la discipline étant l'ensemble des « *prescriptions générales (règles, consignes) ou particulières (ordres, commandements) établies en vue du fonctionnement d'une entreprise par le règlement intérieur ou par un supérieur* »⁶.

2. Les sanctions disciplinaires sont aussi variées que le sont ses domaines d'application : entreprises du secteur privé, administrations, ordres professionnels, associations, syndicats, etc. Il apparaît que le pouvoir de punir est commun à tous les groupements organisés ; il est « *l'exercice d'une fonction justifiée parce que partout nécessaire* »⁷.

3. Les sanctions disciplinaires dont il s'agit dans la présente étude s'entendent d'une prérogative infligée par un employeur à l'encontre d'un salarié de droit privé. Doivent être exclues les règles relatives aux sanctions disciplinaires dans l'administration, dans les ordres professionnels, dans les syndicats et, plus largement, dans toutes les communautés d'individus hors l'entreprise du secteur privé. Par ailleurs, s'il peut être identifié un droit commun de la

1 G.-H. Camerlynck, Le règlement des différends touchant l'exercice du pouvoir disciplinaire, y compris le renvoi, *Dr. soc.* 1964. 80.

2 Eschyle, *Les sept contre Thèbes*, trad. Grosjean, in Théâtre, Gallimard, 1967

3 *Dictionnaire Larousse*, 2019

4 Cornu G., *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 P.-D. Ollier, Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail, *Dr. soc.* 1967. 496.

sanction disciplinaire au sein même de l'entreprise privée, il est des règles spéciales propres à certaines catégories du personnel qui ne sauraient être développées⁸, tout comme il est des règles particulières qui font l'objet d'une réglementation spécifique eu égard à la nature de la sanction, comme le licenciement⁹. Bien que présentant des caractéristiques particulières dont la spécificité est consacrée dans le Code du travail, le licenciement pour motif disciplinaire demeure une sanction disciplinaire et, en cela, il ne peut être écarté pleinement de la présente étude. Seules doivent être écartées les règles qui lui sont exclusivement spécifiques¹⁰.

4. Il est des sanctions disciplinaires principales, aisément identifiables, et qui constituent le socle commun des sanctions disciplinaires dans l'entreprise privée. Classées par ordre de gravité, elles sont les suivantes¹¹ : l'avertissement, le blâme, la mise à pied, la mutation, la rétrogradation et le licenciement pour motif disciplinaire. Chacune d'entre elles présente des spécificités, tant s'agissant de sa nature que de son régime.

5. Longtemps, l'employeur disposait d'une grande latitude pour infliger les sanctions disciplinaires sus mentionnées. En effet, antérieurement à la loi du 4 août 1982¹², l'employeur était considéré comme un « *monarque de droit divin* »¹³. A défaut de fondement au pouvoir disciplinaire consacré par le législateur à cette époque, c'est la doctrine – et *in fine* le juge – qui s'intéresse alors à trouver le fondement d'un tel pouvoir. Deux théories émergent : la théorie contractuelle et la théorie institutionnelle.

6. Synthétiquement, selon la théorie contractuelle du pouvoir disciplinaire, celui-ci apparaît comme « *l'addition, envisagée sur le plan collectif de l'entreprise, des liens individuels de subordination, qui se trouvent harmonisés afin d'assurer le bon fonctionnement de l'ensemble, mais sans que leur nature s'en trouve modifiée* »¹⁴. Ainsi, les mesures infligées par

8 Les règles spéciales relatives aux représentants du personnel ne sauraient être développées dans la présente étude.

9 Le Code du travail consacre des dispositions spécifiques au licenciement pour motif disciplinaire, distinctes des dispositions relatives à la sanction disciplinaire. Cette législation particulière ne saurait être développée dans la présente étude.

10 Les règles relatives à la procédure de licenciement sont à exclure notamment.

11 Circ. DRT n° 5-83 du 15 mars 1983, pt. 1222.

12 L. n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, *JORF* du 6 août 1982, p. 2518

13 C. Lederman, *JO* (Sénat) séance du 20 juill. 1982, p. 3654, 2^e éd.

14 G.-H. Camerlynck, *Le règlement des différends touchant l'exercice du pouvoir disciplinaire, y compris le renvoi, préc.*

l'employeur s'analyseront souvent comme des sanctions contractuelles conformes au droit commun des obligations, y trouvant leur justification et lui empruntant leur régime juridique, sans qu'il soit besoin même de faire appel à un pouvoir disciplinaire original. Dans cette mesure, la sanction prend sa source dans la convention entendue au sens large, c'est-à-dire le contrat de travail, le règlement intérieur, voire la convention ou l'accord collectif de travail.

7. A la différence de la théorie contractuelle du pouvoir disciplinaire de l'employeur, la théorie institutionnelle rejette la notion romaniste et individualiste du louage de services et met l'accent sur le caractère personnel des relations de travail se situant dans l'entreprise, « *association dont les parties sont inséparables les unes des autres et tirent leur valeur de leur union* »¹⁵. Le chef d'entreprise, placé comme autorité naturelle à la tête de l'entreprise qui constitue une communauté d'intérêts, dispose d'un pouvoir de sanction. Dès lors, la justification du pouvoir disciplinaire n'est plus à rechercher dans le contrat de travail ou dans toute autre convention, car celui-ci est inhérent à la qualité de chef d'entreprise.

8. Consacrant tout d'abord la théorie contractuelle du pouvoir disciplinaire¹⁶, la Cour de cassation opta finalement à partir de 1945 pour la théorie institutionnelle selon laquelle le pouvoir disciplinaire est « *inhérent à la qualité de patron* »¹⁷. L'exercice du pouvoir disciplinaire est alors subordonné à un contrôle *a posteriori* du juge judiciaire. Ainsi, la Cour de cassation opère une conciliation entre, d'une part, les intérêts de la communauté de travail, qui ne saurait accepter des lacunes dans l'organisation du pouvoir disciplinaire et, d'autre part, les intérêts des salariés, du fait de la protection judiciaire accordée.

9. Or, à cette époque, le contrôle judiciaire dont il est question renvoie au contrôle de l'existence de la faute ainsi qu'à la théorie du détournement de pouvoir. En effet, l'employeur doit exercer son pouvoir disciplinaire « *dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise* »¹⁸. A défaut, il commet un détournement de pouvoir et le juge dispose de la faculté d'annuler la sanction disciplinaire prononcée. Le détournement de pouvoir « *est classiquement présenté comme l'utilisation d'un droit-fonction en dehors de l'hypothèse pour laquelle il a été conçu. Il constitue un mode de contrôle qui conduit à comparer les intentions*

15 *Ibid.*

16 Cass. soc., 17 nov. 1938, *Dr. soc.* 1939. 340 et Cass. soc., 19 mars 1942, *Dr. soc.* 1945. 304.

17 Cass. soc., 16 juin 1945, *Dr. soc.* 1946. 427.

18 Cass. soc., 6 nov. 1959, *Bull. civ.* IV, n° 1089

du titulaire du pouvoir au but qui a été assigné à ce dernier »¹⁹. Toutefois, la théorie du détournement de pouvoir révèle ses limites en ce que le juge n'est pas en mesure d'apprécier la sanction infligée au salarié quant à sa disproportion à la faute commise par lui²⁰. L'employeur est seul juge de la sanction, en ce que « *les tribunaux ne sauraient se substituer à lui pour apprécier le poids (comparé) du châtement et du manquement* »²¹. C'est pourquoi, les décisions tendant à réduire la peine ou à annuler celle-ci encourent la cassation²². De même, les juges ne peuvent substituer une sanction à celle choisie par l'employeur. En certains cas, les juges du fond décident alors qu'il n'y a pas de faute, lorsque celle-ci n'est que très légère et qu'elle a été sévèrement sanctionnée, afin de faire échec à la disproportion de la sanction infligée²³. La Cour de cassation censure un tel raisonnement en considérant que si les juges du fond peuvent et doivent annuler les sanctions qui auraient été prononcées en l'absence de toute faute du salarié²⁴, les fautes même les plus légères peuvent être sanctionnées sans que le juge ne puisse imposer la modération à l'employeur dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire. L'impossibilité pour le juge de contrôler la proportionnalité des sanctions aux fautes repose alors sur le principe selon lequel il est admis que seul l'employeur est juge de l'intérêt de l'entreprise. Partant, il est seul à pouvoir déterminer, lorsque le salarié commet une faute, s'il vaut mieux faire régner une discipline rigoureuse ou faire preuve de compréhension lorsqu'il décide de la sanction disciplinaire à infliger au salarié fautif.

10. Pour autant, la doctrine dénonce « *la persistance d'un pouvoir souverain de l'employeur et l'interdiction faite aux juges de juger* »²⁵ en ce que la jurisprudence sur le détournement de pouvoir de l'employeur s'avère être en réalité plus une jurisprudence de l'abus de pouvoir du juge du fond qu'une jurisprudence du détournement de pouvoir de l'employeur. En effet,

19 J. Vidal, *Théorie générale de la fraude en droit français*, Thèse, Toulouse, 1957, p. 343

20 Cass. soc., 15 déc. 1961, *Bull. civ.* V, n° 1058

21 H. Sinay, Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises, *Dr. soc.* 1979. 275.

22 Cass. soc., 6 nov. 1959, *préc.* et Cass. soc., 20 juill. 1977, *Bull. civ.* V, n° 494

23 Cass. soc., 22 févr. 1979, *Bull. civ.* V, n° 165. En l'espèce, une salariée quitte son poste de travail sans autorisation entre 14 heures et 15 h 15 ; elle est mise à pied pendant huit jours. Le conseil de prud'hommes avait retenu que la salariée avait été convoquée impérativement à la date et à l'heure indiquée au service de la formation professionnelle de la chambre de métiers en vue de l'inscription de son fils en apprentissage et qu'elle avait demandé le matin même à être reçue par le directeur afin de se conformer au règlement, mais que celui-ci n'avait pu la recevoir. Le conseil de prud'hommes en avait déduit que cette salariée n'avait pas commis de faute disciplinaire ; le jugement est cassé car, selon la Cour de cassation, « *les circonstances particulières retenues par le jugement étaient insuffisantes pour faire disparaître entièrement la faute* ».

24 Cass. soc., 8 févr. 1973, *Bull. civ.* V, n° 70

25 J. Pélissier, Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire, Mélanges dédiés à J. Vincent, 1981, Dalloz, p. 282

« l'absence de détournement de pouvoir disciplinaire est invoquée pour déclarer régulières des sanctions qui ne sont pas proportionnées à la gravité des fautes commises par les salariés »²⁶. C'est pourquoi, des auteurs se prononcent alors en faveur du contrôle de proportionnalité de la sanction à la faute commise. Ainsi, « il devrait résulter un contrôle juridictionnel de l'adéquation de la sanction à la faute : c'est par ce biais seulement que le salarié peut trouver une garantie contre le pouvoir discrétionnaire absolu »²⁷. Par ailleurs, d'autres estiment que la disproportion de la sanction à la faute commise caractérise précisément le détournement du pouvoir disciplinaire de l'employeur. En effet, « le déraisonnable, la démesure, n'attestent-ils pas de la mauvaise utilisation par l'employeur de ses pouvoirs de chef ? Si le pouvoir disciplinaire est, comme tout pouvoir, susceptible de détournement, une telle déviation se manifeste précisément par la disproportion. Sinon, en cette disproportion même, on aurait beau jeu de déceler un pouvoir hiérarchique quasi absolu, de type répressif et régressif »²⁸. En tout état de cause, l'impossibilité pour le juge judiciaire de contrôler la proportionnalité de la sanction à la gravité de la faute commise donne lieu à des mesures « contraires à la plus élémentaire équité »²⁹. Ainsi, un employeur peut très régulièrement infliger une mise à pied de cinq jours à un salarié qui a eu des discussions vives avec ses collègues, même en l'absence de tout avertissement préalable³⁰, ou une mise à pied de deux jours pour un travail mal exécuté à un salarié qui est en formation³¹, ou encore une mise à pied de trois jours à un salarié qui a quitté son poste de travail pour aller remettre un timbre syndical à un ouvrier en échange de la somme correspondante³². C'est pourquoi, il a pu être énoncé que « dans les rapports de travail qui sont (...) des rapports d'inégalité, la proportionnalité de la sanction à la faute est une exigence de justice et le juge judiciaire trahit son office quand il n'en fait pas assurer le respect »³³.

11. Ce sont de telles considérations qui poussent le législateur de 1982 à instituer un véritable droit disciplinaire de l'entreprise privée. Selon le rapport Auroux qui inspire la réforme du Code du travail de l'époque, « rien ne justifie que l'entreprise soit le dernier endroit où

26 *Ibid.*

27 G. Lyon-Caen, L'étendue du contrôle des tribunaux dans le droit disciplinaire du travail, *Rec. gén. lois* 1960, 12.

28 H. Sinay, Le contrôle de la proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises, *préc.*

29 H. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, 7^e éd., Thémis, PUF, p. 177

30 Cass. soc., 10 mai 1978, *Bull. civ.* V, n° 339

31 Cass. soc., 17 mai 1972, *Bull. civ.* V, n° 362

32 Cass. soc., 2 juin 1966, *Bull. civ.* IV, n° 528

33 P.-D. Ollier, *Le droit du travail*, Armand Colin, 1972, p. 134

subsiste le droit de se faire justice à soi-même sans contrôle »³⁴. L'objectif de la réforme à intervenir est affiché, il s'agit de limiter le pouvoir disciplinaire de l'employeur en instituant des garanties procédurales pour prendre la sanction, des interdictions, et un contrôle accru du juge s'agissant du contrôle de la licéité de celle-ci. Le contrôle judiciaire de la proportionnalité est alors consacré, ce qui est d'autant plus attendu qu'un tel contrôle existe déjà en cas de licenciement pour faute et ce, depuis 1973³⁵. Or, comment justifier que les juges du fond ne peuvent pas lorsqu'il s'agit d'une sanction moindre que le licenciement, contrôler la proportionnalité de la sanction à la gravité de la faute commise ? Par ailleurs, le législateur s'est gardé de prendre parti dans la controverse doctrinale portant sur le fondement contractuel ou institutionnel du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Du reste, l'encadrement légal du pouvoir disciplinaire de l'employeur, bien que sommaire *prima facie*, rend caduques de telles controverses, en ce que le fondement du pouvoir disciplinaire de l'employeur est désormais à rechercher dans la loi elle-même. La loi devient tant le fondement que la limite du pouvoir disciplinaire. Du reste, lors des débats parlementaires, des craintes avaient pu être formulées quant à l'élargissement soudain du contrôle judiciaire de la sanction disciplinaire. Ainsi, un député avait pu s'indigner du fait que « *les juges seront obligés de siéger constamment, pendant des journées et des nuits* »³⁶. Il apparaît qu'en réalité, en 1982 comme aujourd'hui, le contentieux prud'homal en matière disciplinaire ne soit concentré que sur le licenciement pour motif disciplinaire, et non sur les sanctions inférieures à celui-ci.

12. Cela peut s'expliquer par le fait qu'il apparaît que les sanctions disciplinaires reculent, en même temps que la discipline, en ce qu'elles s'avèrent inadaptées à la vision nouvelle de l'entreprise³⁷. La sanction disciplinaire se déplace et ne correspond plus nécessairement à la mise en œuvre assumée du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Il est de nombreux cas désormais où la mesure décidée par l'employeur correspond plutôt à l'exercice d'un autre pouvoir, celui de direction, qui lui permet d'organiser le travail ainsi que le personnel selon les besoins de l'entreprise. Dès lors, c'est la notion même de sanction qui se renouvelle.

34 J. Auroux, Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1981

35 L. n° 73-680 du 13 juill. 1973 portant modification du code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, *JORF* du 18 juill. 1973, p. 7763

36 A. de Lipowski, *JOAN*, 2e séance du 17 mai 1982, p. 2316

37 La théorie de la « culture de l'entreprise » et des nouvelles méthodes de management ne sont pas étrangères à cette nouvelle vision de l'entreprise.

13. Or, si la sanction disciplinaire était antérieurement à la loi de 1982 bien connue de la pratique, aucune définition n'en était posée³⁸. La définition de la sanction disciplinaire posée par le législateur en 1982, bien que sommaire, est alors la bienvenue. Toutefois, elle n'est pas suffisante à effacer les incertitudes qui peuvent en résulter. Pourtant, la définition de la sanction disciplinaire – c'est-à-dire *in fine* l'appréhension de la notion même de sanction disciplinaire – permet l'application du régime correspondant, à savoir le droit disciplinaire. Elle est ainsi fondamentale. Traditionnellement, la sanction disciplinaire intervient en deux cas : un manquement à une règle qu'impose l'organisation du travail en communauté – c'est-à-dire des règles élémentaires de courtoisie, de décence et de civisme – et lorsque le travail a été mal exécuté ou non exécuté. Cependant, l'intervention du législateur en 1982 s'est avérée lacunaire, si bien qu'il est revenu au juge le soin de compléter le droit disciplinaire ainsi élaboré, ainsi que le champ d'application de celui-ci. Il apparaît que le juge, dans une volonté croissante d'assurer au salarié un ensemble de garanties ayant vocation à s'appliquer en cas de reconnaissance de l'existence d'une sanction disciplinaire, a étendu une telle reconnaissance à des situations qui n'auraient pas dû s'y prêter. Par exemple, le juge considère en certains cas qu'un manquement à une obligation découlant d'une convention conclue avec l'employeur qui n'est pas une inexécution ou une exécution fautive du travail ou un manquement à la discipline devient, lorsqu'un tel manquement entraîne mécaniquement un désavantage pour le salarié contractant, une sanction disciplinaire. Il s'agirait de réexaminer ce qui fait la spécificité de la sanction disciplinaire, afin de circonscrire son champ d'application, qui a pu parfois être étendu de façon injustifiée.

14. Qu'est-ce qu'une sanction disciplinaire, et quel régime a vocation à s'y appliquer ? L'étude de la sanction disciplinaire commande de délimiter la notion même de sanction disciplinaire (**PARTIE I**) avant de pouvoir envisager le régime de celle-ci (**PARTIE II**).

³⁸ Par ailleurs, aucune norme européenne ou internationale ne définit expressément la sanction disciplinaire. C'est pourquoi, bien qu'il existe des éléments communs pouvant se retrouver dans nombre de pays, il existe une hétérogénéité dans les différentes approches de la définition de la sanction.

PARTIE I. La notion de sanction disciplinaire

15. – Plan. Il apparaît que « *le législateur français, tout au moins le législateur français du travail salarié, n'aime pas donner de définition. Des termes auxquels le droit attache des conséquences majeures sont utilisés dans les textes de loi sans que leur signification soit précisée* »³⁹. Pourtant, la notion de sanction disciplinaire mérite attention, en ce que son identification (**TITRE I**) entraîne l'application d'un régime juridique, celui du droit disciplinaire. Si la sanction disciplinaire est identifiable sans difficultés dans bien des hypothèses, il apparaît qu'en certains cas, la sanction disciplinaire est déguisée (**TITRE II**), au sens où l'employeur – auteur de la sanction disciplinaire – va sanctionner un salarié par une mesure qui *a priori* ne revêt pas les critères permettant de qualifier celle-ci de sanction disciplinaire. Que l'employeur agisse consciemment ou non pour éluder les règles du droit disciplinaire, savoir identifier la sanction disciplinaire permet de rétablir l'application du juste régime juridique.

39 J. Pélissier, La définition des sanctions disciplinaires, *Dr. soc.* 1983. 545.

TITRE I. L'identification de la sanction disciplinaire

16. – Plan. Deux voies permettent d'identifier la sanction disciplinaire. D'une part, une mesure peut être qualifiée de sanction disciplinaire en application des critères légaux de qualification (**Chapitre 1**). En sus de cette voie, l'identification de la sanction disciplinaire peut résulter de son particularisme (**Chapitre 2**) lorsque celle-ci est confrontée aux autres sanctions existantes, telles la sanction pénale et la sanction civile. Si elles peuvent être rapprochées en raison de nombre de caractéristiques similaires, elles ne sauraient pour autant être assimilées.

Chapitre 1. La qualification d'une mesure en sanction disciplinaire

17. – **Plan.** Le législateur pose des critères permettant la qualification d'une mesure en sanction disciplinaire (**Section 1**). Si de tels critères permettent *a minima* de qualifier une mesure patronale de sanction disciplinaire, ils permettent aussi d'opérer une distinction entre les sanctions disciplinaires et les mesures conservatoires (**Section 2**) qui, si elles se rapprochent en ce qu'elles interviennent à la suite d'une faute du salarié, ne sauraient être assimilées ; en effet, elles n'ont pas le même objet.

Section 1 – Les critères de la qualification

18. – **Définition.** La définition légale de la sanction disciplinaire résulte de l'article L. 1331-1 du Code du travail, introduit par une des lois Auroux de 1982⁴⁰. La disposition est libellée comme suit : « *Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération* ». De ce texte, trois critères semblent permettre de définir la sanction disciplinaire (§1). Il s'agit de s'attacher à la nature de la mesure, à son auteur, ainsi qu'à l'existence d'une faute du salarié. En outre, a pu résulter d'une telle disposition une appréciation tantôt objective tantôt subjective de la notion de sanction (§2).

40 L. n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, *JORF* du 6 août 1982, p. 2518

§1. Les critères légaux de la qualification de sanction

19. – Les observations verbales. Tout d'abord, la disposition exclut expressément les observations verbales du domaine des sanctions disciplinaires. Une telle exclusion peut s'expliquer par la volonté du législateur de ne pas alourdir la vie de l'entreprise en imposant le respect de procédures lorsque l'employeur souhaite simplement adresser des remarques verbales – même désobligeantes – à ses salariés. C'est pourquoi, les observations verbales ne sauraient être qualifiées de sanctions disciplinaires. Ainsi, pour qualifier une mesure de sanction disciplinaire, encore faut-il que la mesure – voire les remarques adressées au salarié – soit prise sous la forme écrite. La forme écrite renvoie soit à l'écrit papier⁴¹, soit à un message électronique⁴². Rien ne s'oppose par ailleurs à ce qu'une sanction soit notifiée au salarié par SMS⁴³ en l'état actuel de la législation et de la jurisprudence de la Cour de cassation.

20. – Une mesure qui affecte immédiatement ou non. L'article L. 1331-1 du Code du travail poursuit en énonçant qu'il est indifférent que la mesure affecte immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. Une difficulté a pu résulter de cette tournure de phrase. Certains auteurs se sont demandés si le terme « *ou non* » était lié à l'adverbe « *immédiatement* » ou au verbe « *affecter* ». La jurisprudence de la Cour de cassation lie le terme « *ou non* » à l'adverbe « *immédiatement* », si bien qu'une sanction disciplinaire doit affecter la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération, immédiatement ou à terme⁴⁴. Ainsi, la mesure prise par l'employeur qui n'affecte ni immédiatement, ni à terme, la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération, n'est pas une sanction. Le droit disciplinaire n'a ainsi pas vocation à s'appliquer. Cette solution peut surprendre d'autant que l'article L. 1332-2 du Code du travail, qui prévoit une procédure disciplinaire simplifiée en cas « *d'avertissement ou de sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié* »,

41 Il peut s'agir d'un exploit d'huissier, d'une lettre simple, d'une lettre recommandée avec avis de réception, etc.

42 Cass. soc., 26 mai 2010, n° 08-42.893 concernant un message électronique par lequel l'employeur adressait divers reproches à la salariée et l'invitait de façon impérative à un changement radical, avec mise au point ultérieure.

43 *Short Message Service*, c'est-à-dire la messagerie texte de la téléphonie mobile.

44 Cass. soc., 27 févr. 1985, *Bull. civ.* V, n° 122

semble attacher le terme « *ou non* » au terme « *incidence* » en ce que la mesure dans cette hypothèse n'est pas de nature à affecter la relation de travail. Le texte vise expressément le cas de l'avertissement. Or, une telle mesure peut affecter la relation de travail si elle est mobilisée à l'appui d'une nouvelle sanction prononcée ultérieurement par l'employeur, d'autant plus qu'en certains cas, le règlement intérieur subordonne le prononcé d'une sanction à plusieurs avertissements préalables⁴⁵. Ainsi, la mesure peut affecter à terme la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. Néanmoins, dans le cas de l'article L. 1331-1, la solution jurisprudentielle retenue semble être la plus appropriée. En effet, si le terme « *ou non* » était attaché au verbe « *affecter* », cela présenterait l'inconvénient que des mesures prononcées à titre de sanction disciplinaire pourraient ne pas être qualifiées comme telle lorsqu'elles n'affecteraient pas le salarié quant à sa présence dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.

21. – La notion de mesure. S'agissant du terme « *mesure* » employé par le texte, il présente un caractère général et indéterminé. Ainsi, il permet d'englober toutes sortes de manifestations de la sanction, c'est-à-dire résultant soit d'un comportement actif de l'employeur, soit d'un comportement passif de celui-ci. C'est pourquoi, le fait pour l'employeur de s'abstenir à la suite d'une faute du salarié de lui faire bénéficier d'avantages accordés aux autres salariés placés dans sa situation peut être qualifié de sanction disciplinaire.

22. – L'auteur. L'article L. 1331-1 du Code du travail dispose que constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, « *prise par l'employeur* ». L'auteur de la mesure est ainsi clairement identifié par le texte ; il doit s'agir de l'employeur⁴⁶. En effet, une telle prérogative résulte du pouvoir disciplinaire de l'employeur ; elle en est une manifestation. Toutefois, pratiquement, l'employeur peut déléguer un tel pouvoir de sanction, avec une délégation de pouvoirs, à l'un de ses subordonnés⁴⁷. A défaut d'une telle délégation de pouvoirs, la mesure prise ne peut être qualifiée de sanction disciplinaire ; elle ne sera

45 V. *infra* n° 153

46 Dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise et d'une poursuite du contrat de travail avec le cessionnaire, ce dernier peut sanctionner disciplinairement les faits commis par le salarié avant le transfert (Cass. soc., 29 mai 1990, *Bull. civ.* V, n° 242). Une telle solution s'explique par le fait que le pouvoir disciplinaire n'est pas attaché à la personne mais constitue un attribut de la fonction, c'est pourquoi il est concevable qu'en cas de changement d'employeur, la personne qui engage les poursuites n'est pas celle qui sanctionne (R. de Quenaudon, L'exercice du pouvoir disciplinaire dans l'entreprise et écoulement du temps, *Dr. soc.* 1984. 173).

47 A. Coeuret, Les titulaires du pouvoir disciplinaire, *Dr. soc.* 1998. 25.

qu'une simple « *constatation de faits* »⁴⁸. Lorsqu'il existe une délégation de pouvoirs, la mesure pour être qualifiée de sanction doit avoir été prise par une personne ayant qualité pour la prendre, au nom de l'employeur, « *eu égard à la compétence, à l'autorité et aux moyens dont elle dispose* »⁴⁹.

23. – La faute. En sus des critères tenant à la nature de la mesure et à son auteur, l'article L. 1331-1 du Code du travail subordonne la qualification de sanction disciplinaire à l'existence d'une faute du salarié, bien que l'existence d'une telle faute soulève des difficultés. En effet, la faute n'est pas définie par les textes. C'est pourquoi, la Cour de cassation s'est chargée de définir celle-ci. La faute est appréciée objectivement et *in abstracto*. Une sanction disciplinaire, selon la Cour de cassation, ne peut être prononcée « *qu'en raison des faits constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles envers l'employeur* »⁵⁰. Par ailleurs, « *les fautes disciplinaires sont toujours des fautes de nature contractuelle. C'est en effet une des conséquences du contrat de travail et de la subordination juridique qu'il entraîne, que de soumettre le salarié à la discipline de l'entreprise* »⁵¹. Toutefois, la qualification de faute, ou l'inexistence de celle-ci, n'implique pas pour autant que la mesure prononcée par l'employeur n'est pas une sanction disciplinaire. Au mieux, l'inexistence de la faute, ou le fait que celle-ci n'est pas imputable au salarié, pourra entraîner en cas de contentieux, la reconnaissance du caractère seulement injustifié de la sanction, et non pas que la mesure décidée par l'employeur ne revêt pas la qualification de sanction.

24. – Chronologie. L'article L. 1331-1 du Code du travail énonce que constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur, « *à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif* ». D'une part, la chronologie est importante, puisque la mesure doit intervenir « *à la suite* » d'un agissement du salarié pour revêtir la qualification de sanction disciplinaire. Ainsi, l'employeur ne peut prononcer une sanction à titre préventif, c'est-à-dire à une date où le fait fautif n'a pas encore eu lieu⁵².

48 Cass. soc., 4 mai 1995, *RJS* 1995, n° 648 concernant des remarques écrites adressées à un salarié par un autre.

49 Cass. soc., 19 juill. 1988, *Bull. civ.* V, n° 464

50 Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66.792 et Cass. soc., 12 janv. 2016, n° 13-26.318

51 E. Gayat, L'autorité de la chose jugée au pénal sur l'instance prud'homale en contestation d'une sanction disciplinaire, *Dr. ouvrier* 1998. 515.

52 Cass. soc., 18 févr. 2004, n° 02-41.622 concernant une absence non autorisée qui n'avait été qu'annoncée par le salarié.

25. – Appréciation de la faute. D'autre part, l'agissement du salarié doit être « *considéré par l'employeur comme fautif* », ce qui indique qu'une mesure peut être qualifiée de sanction alors même que l'agissement n'est pas objectivement constitutif d'une faute. Il en découle une appréciation subjective de la notion de sanction, puisque doit être étudié l'intention de l'employeur.

§2. L'approche objective ou subjective de la notion de sanction

26. – Conception subjective. Une conception subjective de la sanction disciplinaire a pu être retenue, puisque la qualification dépend de la volonté de l'employeur de sanctionner un agissement du salarié qu'il considère fautif⁵³ ; ce qu'indique expressément l'article L. 1331-1 du Code du travail. Une conception subjective de la notion de sanction semble avoir été consacrée par la Cour de cassation dans divers arrêts⁵⁴, celle-ci évoquant expressément la nécessité d'une « *volonté* » de l'employeur de sanctionner les agissements du salarié qu'il considère fautifs.

27. – Critique. Or, une telle conception de la notion de sanction disciplinaire est critiquable à au moins deux égards. D'une part, comment justifier que l'application du droit disciplinaire – qui est d'ordre public – soit subordonnée à l'intention de celui auquel il est censé s'appliquer ? En effet, pour être qualifiée de sanction disciplinaire, la mesure prononcée par l'employeur doit révéler son intention de sanctionner les faits. D'autre part, certaines mesures décidées par l'employeur peuvent tout aussi bien relever de son pouvoir disciplinaire que de son pouvoir de direction. Ainsi, une mesure de mutation géographique peut être décidée à titre de sanction disciplinaire⁵⁵ ou pour les besoins de l'entreprise, l'employeur s'appuyant dans ce second cas sur son pouvoir de direction. Néanmoins, si la conséquence d'une telle mesure est rigoureusement la même pour le salarié à qui elle est infligée, l'employeur quant à lui, selon qu'il s'appuie sur son pouvoir disciplinaire ou sur son pouvoir de direction, n'aura pas à

53 J. Mouly, Droit disciplinaire, *Rép. trav.*, n° 119 : « *La définition donnée par l'article L. 1331-1 C. trav. se rattache à une conception subjective de la sanction disciplinaire. C'est la volonté de l'employeur de sanctionner un comportement du salarié qu'il estime fautif qui est déterminante pour la qualification de la mesure concernant le salarié* ».

54 Cass. ass. plén., 6 janv. 2012, n° 10-14.688 et Cass. soc., 12 nov. 2015, n° 14-17.615 qui emploie l'expression « *sans traduire une volonté [de l'employeur] de sanctionner [divers griefs et insuffisances imputés au salarié]* ».

55 V. *infra* n° 73 s.

respecter les mêmes garanties. Ainsi, dans l'hypothèse où ne peut être identifiée l'intention de sanctionner de l'employeur, la mesure relèvera de son pouvoir de direction ; dès lors, l'application du droit disciplinaire, qui dépend de ce que la mesure décidée par l'employeur revêt la qualification de sanction disciplinaire, sera écartée.

28. – Conception objective. La conception objective est fondée sur l'appréciation objective de la faute du salarié qui justifierait le prononcé d'une sanction disciplinaire. La qualification d'une mesure prononcée par l'employeur en une sanction disciplinaire ne résulterait alors plus de son intention de sanctionner les faits, mais bien de la faute commise par le salarié. C'est le caractère objectif de la faute qui rejaillirait sur la mesure décidée par l'employeur. Celle-ci revêtirait alors la qualification de sanction⁵⁶.

29. – Doctrine « objectiviste ». Certains auteurs⁵⁷ ont pu se prononcer en faveur d'une approche objective de la sanction disciplinaire. Ainsi, la mesure prononcée par l'employeur pourrait revêtir la qualification de sanction disciplinaire « *lorsque la mesure fait suite à un fait que l'employeur impute au salarié et considère comme fautif ou à un fait qui caractérise une violation des obligations professionnelles du salarié, peu important le but que l'employeur assigne à cette mesure* »⁵⁸. La qualification de sanction disciplinaire dépendrait alors de la faute du salarié elle-même, entendue objectivement selon la définition de la faute délivrée par la Cour de cassation⁵⁹, indépendamment de la volonté de l'employeur de sanctionner.

30. – Critique. Du reste, une critique peut être apportée à une telle conception de la sanction. En effet, enfermer la qualification de sanction disciplinaire dans une approche objective imposerait à l'employeur de sanctionner un agissement du salarié objectivement fautif, alors même que l'employeur n'aurait pas souhaité sanctionner le salarié pour une telle faute ; ce que permet la conception subjective de la notion de sanction. Ainsi, la volonté de rationaliser l'application du droit disciplinaire en déconnectant la qualification de sanction de l'intention de l'employeur entraînerait l'effet inverse que celui escompté, en faisant subir au salarié les conséquences d'une sanction disciplinaire que l'employeur aurait pu ne pas prononcer.

56 Cass. soc., 25 mai 2011, n° 09-71.026

57 P. Adam, La sanction disciplinaire ou le songe de Nabuchodonosor, *RJS* 2012, n° 431

58 P. Adam, De quoi la « faute » et la « sanction » sont-elles le nom ?, *RDT* 2015. 590.

59 Cass. soc., 30 juin 2010, *préc.*

31. – Obligation de sanctionner les faits de harcèlement. Toutefois, il est des cas où l'approche objective de la notion de sanction est admise expressément lorsque la faute qui la motive rend l'employeur débiteur d'une obligation de sanctionner. Peu importe l'intention de l'employeur, celui-ci doit sanctionner le fait objectivement fautif du salarié. Tel est le cas s'agissant du harcèlement moral puisque la loi dispose que « *tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement moral est passible d'une sanction disciplinaire* »⁶⁰, la loi employant rigoureusement la même formule en cas de harcèlement sexuel⁶¹. L'employeur devant prévenir les faits de harcèlement, au risque d'engager sa responsabilité civile, il apparaît une obligation pour lui de réagir au harcèlement qui a eu lieu et ce, par le prononcé d'une sanction disciplinaire⁶². De plus, s'agissant du harcèlement sexuel, la Cour de cassation considère qu'il constitue « *nécessairement une faute grave* »⁶³. L'employeur ne dispose dès lors plus d'aucun pouvoir d'appréciation en la matière ; celui-ci doit licencier le salarié responsable du harcèlement sexuel puisque la faute grave rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Le harcèlement moral n'est pour l'instant pas considéré comme constituant « *nécessairement une faute grave* » selon la Cour de cassation, mais il est fort probable qu'une telle solution soit à l'avenir retenue.

Section 2 – La distinction des sanctions disciplinaires des mesures conservatoires

32. – Mesures préventives de sécurité. La mesure conservatoire est une « *mesure préventive de sécurité qui ne revêt pas de caractère disciplinaire, car elle n'a pas pour objet de sanctionner le salarié, même si celle-ci est prise à la suite d'une faute de celui-ci* »⁶⁴. L'objet de la mesure conservatoire est de neutraliser un danger représenté par le salarié⁶⁵. Il existe deux types de mesures conservatoires : la première a pour objet d'accompagner une procédure disciplinaire⁶⁶ qui ne permet pas le maintien du salarié dans l'entreprise, le temps que celle-ci

60 C. trav., art. L. 1152-5

61 C. trav., art. L. 1153-6

62 C. trav., art. L. 1153-5

63 Cass. soc., 5 mars 2002, n° 00-40.717

64 J. Mouly, La mutation temporaire du salarié, alternative à la mise à pied conservatoire, *Dr. soc.* 2014. 1068.

65 La mise à pied conservatoire vise essentiellement à « *faire face à des situations de danger et de désordre* » (Circ. DRT 5/83 du 15 mars 1983).

66 La mise à pied conservatoire n'est pas subordonnée à une procédure distincte de la procédure disciplinaire

arrive à son terme ; c'est la mise à pied conservatoire (§1). La seconde est protéiforme et n'a pas nécessairement pour objet d'écarter le salarié de l'entreprise, bien qu'elle ait pour objet de neutraliser un danger représenté par le salarié (§2).

§1. La mise à pied conservatoire

33. – Consécration légale. La mise à pied conservatoire est la seule mesure conservatoire consacrée par le Code du travail à l'article L. 1332-3. Selon cette disposition, « *lorsque les faits reprochés au salarié ont rendu indispensable une mesure conservatoire de mise à pied à effet immédiat, aucune sanction définitive relative à ces faits ne peut être prise sans que la procédure prévue à l'article L. 1332-2 ait été respectée* »⁶⁷. Comme l'indique la disposition sus mentionnée, les faits reprochés au salarié doivent rendre « *indispensable* » le prononcé de la mise à pied conservatoire, ce qui suppose que le salarié ne peut être maintenu dans l'entreprise. Une telle mesure ne semble pouvoir être prononcée⁶⁸ que lorsque les faits reprochés au salarié sont constitutifs d'une faute grave du point de vue de l'employeur, une telle faute rendant « *impossible le maintien du salarié* » dans l'entreprise⁶⁹. En effet, la Cour de cassation considère qu'une mise à pied conservatoire « *ne peut être justifiée que par une faute grave* »⁷⁰.

34. – Caractère non disciplinaire du licenciement ultérieur. Toutefois, « *le prononcé d'une mise à pied conservatoire n'implique pas nécessairement que le licenciement prononcé ultérieurement ait un caractère disciplinaire* »⁷¹. En effet, deux éléments permettent de justifier une telle position jurisprudentielle. D'une part, l'employeur doit pouvoir être en mesure d'abandonner les poursuites disciplinaires qu'il a engagé à l'encontre du salarié sans que le prononcé de la mise à pied conservatoire ne puisse y faire échec. D'autre part, l'employeur peut vouloir procéder au licenciement du salarié pour un autre motif que disciplinaire, notamment pour un motif lié à l'insuffisance professionnelle du salarié. Un tel licenciement ne saurait reposer sur un motif disciplinaire, la Cour de cassation considérant

(Cass. soc., 3 déc. 1987, n° 84-41.211).

67 V. *infra* n° 154

68 La loi ne pose aucun formalisme strict concernant le prononcé de la mise à pied conservatoire. En tout état de cause, celle-ci peut être notifiée au salarié par écrit ou oralement.

69 Cass. soc., 26 févr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 97

70 Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-43.012 et Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867

71 Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 07-44.491

que « l'insuffisance professionnelle, sauf mauvaise volonté du salarié, ne constitue pas une faute »⁷².

35. – Indifférence de la mise à pied conservatoire pour retenir la faute grave. La Cour de cassation considère que « le maintien du salarié dans l'entreprise pendant le temps nécessaire à l'accomplissement de la procédure [disciplinaire] n'est pas exclusif du droit pour l'employeur d'invoquer l'existence d'une faute grave »⁷³. Si la mise à pied conservatoire n'implique pas nécessairement un licenciement pour faute grave, la faute grave n'implique pas nécessairement une mise à pied conservatoire. En effet, « aucun texte n'oblige l'employeur à prendre une mesure conservatoire avant d'ouvrir une procédure de licenciement pour faute grave »⁷⁴.

36. – Régime. La mise à pied conservatoire est en principe « nécessairement à durée indéterminée »⁷⁵, celle-ci devant être prononcée de manière « simultanée »⁷⁶ ou « concomitante »⁷⁷ à l'engagement des poursuites disciplinaires. A défaut, c'est sa nature même qui est remise en cause. En effet, la requalification de la mesure conservatoire en une sanction disciplinaire pourra alors être envisagée⁷⁸. Toutefois, deux exceptions à la simultanéité ou au caractère concomitant à l'engagement des poursuites disciplinaires semblent avoir été consacrées par la Cour de cassation. D'une part, celle-ci a pu considérer que « lorsque les faits reprochés au salarié donnent lieu à l'exercice de poursuites pénales, l'employeur peut, sans engager immédiatement une procédure de licenciement, prendre une

72 Cass. soc., 17 févr. 2004, n° 01-45.643

73 Cass. soc., 19 juill. 1988, *Cah. prud'h.* 1989. 101.

74 Cass. soc., 4 nov. 1992, n° 91-41.189

75 Cass. soc., 6 nov. 2001, *préc. et a contrario* v. Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.185. Sur la durée indéterminée de la mise à pied conservatoire, v. la critique de J. Pélissier dans *Les ambiguïtés du droit disciplinaire dans les relations de travail*, Écrits en l'honneur de J. Savatier, PUF, 1992, p. 367

76 Cass. soc., 18 févr. 2018, n° 96-40.219

77 Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.185. « La mise à pied du salarié notifiée concomitamment à la convocation à l'entretien préalable au licenciement a un caractère conservatoire » (Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-27.617).

78 « L'engagement de la procédure disciplinaire résulte de la convocation à un entretien préalable à un licenciement ou tout autre sanction disciplinaire. Ayant relevé que l'employeur avait annulé le premier entretien préalable et reconvoqué le salarié à un nouvel entretien préalable, de sorte qu'il avait ainsi mis à néant la première procédure disciplinaire, la cour d'appel a pu en déduire que la mise à pied conservatoire notifiée lors de la première convocation à un entretien préalable et maintenue par la seconde convocation n'était pas concomitante à l'engagement de la procédure disciplinaire et devait, à défaut de tout délai justifié par la nécessité de procéder à des investigations, être requalifiée en mise à pied disciplinaire » (Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 16-28.773).

mesure de mise à pied conservatoire si les faits le justifient »⁷⁹. Une telle exception ne semblait jouer qu'en cas de « *poursuites pénales* », mais la Cour de cassation a également pu admettre une mise en œuvre différée des poursuites disciplinaires justifiée par la nécessité pour l'employeur « *de procéder à des investigations*⁸⁰ *avant d'engager une procédure de licenciement pour faute grave* »⁸¹. D'autre part, la Cour de cassation a pu estimer dans un cas où « *l'employeur avait notifié au salarié sa mise à pied et qu'il n'avait engagé la procédure de licenciement que six jours plus tard sans justifier d'aucun motif à ce délai* »⁸², que la mise à pied n'avait pas une nature conservatoire et devait être requalifiée. Au-delà de la question de la requalification de la mesure, la Cour de cassation semble admettre la possibilité pour l'employeur d'invoquer un « *motif* » pour justifier le non-respect de l'exigence du caractère simultané ou concomitant de l'engagement des poursuites disciplinaires au prononcé de la mise à pied conservatoire. La Cour ne précise pas de quel motif il peut s'agir. Doit-il être considéré que celle-ci fait référence aux « *poursuites pénales* » ou aux « *investigations* » de l'employeur ? A défaut de précision, tout motif peut être envisagé, ce qui assouplit fortement la position antérieure de la Cour de cassation. Du reste, celle-ci n'a pas réitéré une telle solution postérieurement à cet arrêt, si bien qu'il doit être considéré que seules les exceptions sus mentionnées ont vocation à s'appliquer pour justifier un délai entre le prononcé de la mise à pied conservatoire et l'engagement des poursuites disciplinaires par l'employeur.

37. – Requalification en sanction disciplinaire. Dans l'hypothèse où l'engagement des poursuites disciplinaires par l'employeur n'est pas prononcé de manière concomitante ou simultanée au prononcé de la mise à pied conservatoire, c'est la qualification même de mesure conservatoire qui est remise en cause. En effet, de jurisprudence constante – hormis les hypothèses sus visées, – la Cour de cassation considère que la mise à pied conservatoire revêt en réalité la qualification de « *mise à pied disciplinaire* »⁸³. De même, la mesure conservatoire de mise à pied étant nécessairement à durée « *indéterminée* », celle-ci doit être requalifiée en une sanction disciplinaire lorsqu'elle est prononcée pour une durée « *déterminée* »⁸⁴. Dans ces

79 Cass. soc., 4 déc. 2012, n° 11-27.508

80 Sur les enquêtes internes et les dérives arbitraires, v. Cass. crim., 28 févr. 2018, n° 17-81.929, *Gaz. Pal.* 2018, n° 321x7

81 Cass. soc., 14 sept. 2016, n°14-22.225

82 Cass. soc., 30 oct. 2013, n° 12-22.962

83 La mise à pied non suivie immédiatement de l'engagement d'une procédure de licenciement présente le caractère d'une sanction disciplinaire, peu importe la qualification que lui donne l'employeur (Cass. soc., 19 sept. 2007, n° 06-40.155).

84 Cass. soc. 3 mai 2001, n° 99-40.936

deux hypothèses, l'employeur dont la mesure conservatoire est requalifiée en une sanction disciplinaire ne peut plus sanctionner le salarié pour les mêmes faits. En effet, l'employeur a épuisé son pouvoir disciplinaire, en ce sens qu'il ne saurait sanctionner deux fois les mêmes faits⁸⁵.

38. – Incidence de la mise à pied conservatoire sur le salaire. Pendant la durée de la mise à pied conservatoire, le contrat est suspendu. Le salarié n'a pas à être rémunéré puisqu'il n'exécute pas sa prestation de travail. Si au terme de la procédure disciplinaire, l'employeur décide d'une sanction moindre qu'un licenciement, ou licencie le salarié sans invoquer une faute grave ou lourde, la mise à pied conservatoire se révèle injustifiée⁸⁶. Par conséquent, l'employeur doit payer le salaire correspondant au temps de la mise à pied conservatoire⁸⁷. De même, si l'employeur prononce une mise à pied disciplinaire au terme de la mise à pied conservatoire, c'est la différence de durée entre la mise à pied conservatoire et la mise à pied disciplinaire qui sera payée au salarié.

§2. Les autres mesures conservatoires de sécurité

39. – L'impératif de sécurité. Par un arrêt rendu en Assemblée plénière, la Cour de cassation a pu estimer que « *ne constitue pas une sanction disciplinaire le changement d'affectation d'un salarié consécutif au retrait de son habilitation à la conduite de certains véhicules dès lors qu'il a pour seul objet, conformément au règlement de sécurité de l'exploitation d'un système de transport public guidé, d'assurer la sécurité des usagers, du personnel d'exploitation et des tiers* »⁸⁸. La distinction avec la sanction disciplinaire, selon cet arrêt, est à rechercher dans l'intention de l'employeur qui prononce la mesure et à la finalité qui est recherchée. Si l'employeur souhaite « *assurer la sécurité des usagers, du personnel d'exploitation et des tiers* », alors la mesure prononcée est dépourvue de toute intention de sanctionner le salarié, sous réserve toutefois que la mesure a « *pour seul objet* » la recherche

85 Une telle règle repose sur la maxime *non bis in idem*, bien connue du droit pénal, applicable également en droit du travail.

86 « *L'inexécution par le salarié de toute prestation de travail ayant pour cause la mise à pied conservatoire par l'employeur, ce dernier, qui avait pris à tort cette mesure, était tenu de verser au salarié les salaires durant la période considérée, peu important que l'intéressé ait pu être placé en arrêt maladie au cours de celle-ci* » (Cass. soc., 18 févr. 2016, n° 14-22.708).

87 Cass. soc., 3 févr. 2004, n° 01-45.989 et Cass. soc., 18 déc. 2013, n° 12-18.548

88 Cass. ass. plén., 6 janv. 2012, n° 10-14.688

d'une telle finalité. Un arrêt postérieur rendu par la chambre sociale adopte une telle position, en considérant, que « *ne constitue pas une sanction disciplinaire le changement d'affectation provisoire d'un salarié décidé dans l'attente de l'engagement d'une procédure disciplinaire dès lors qu'il a pour seul objet d'assurer la sécurité des usagers, du personnel d'exploitation et des tiers et qu'il n'emporte pas modification durable du contrat de travail* »⁸⁹. De même, la Cour de cassation a pu considérer que « *l'employeur peut prendre, préalablement à la procédure de licenciement, des mesures provisoires adaptées destinées à garantir les intérêts de l'entreprise pourvu qu'il n'en résulte pas, sans accord du salarié, une modification durable du contrat de travail* »⁹⁰.

40. – Régimes différents au sein des mesures conservatoires. A la lecture de ces solutions, il apparaît qu'au sein même des mesures conservatoires, existent des régimes différents. En effet, la mise à pied conservatoire doit être concomitante ou simultanée à l'engagement des poursuites disciplinaires. Toutefois, selon la chambre sociale, le « *changement d'affectation provisoire* » du salarié peut quant à lui être décidé « *dans l'attente de l'engagement d'une procédure disciplinaire* », ce qui indique qu'un délai peut s'écouler entre le prononcé de la mesure conservatoire consistant en un changement d'affectation provisoire et l'engagement de la procédure disciplinaire. De même, l'employeur peut prendre des mesures provisoires « *préalablement* » à la procédure de licenciement, la Cour faisant fi du caractère concomitant ou simultané de l'engagement des poursuites. Du reste, les exceptions applicables à la mise à pied conservatoire pour différer le délai de l'engagement des poursuites disciplinaires ne semblent pas applicables, puisqu'en l'espèce⁹¹, il n'y avait pas de poursuites pénales à l'encontre du salarié, ni d'investigations menées par l'employeur.

41. – Critique. En outre, la finalité de la mesure conservatoire est de neutraliser un danger représenté par le salarié. Si le danger est effectivement neutralisé par le prononcé d'une mise à pied conservatoire – le salarié étant écarté de l'entreprise –, l'est-il vraiment en cas de simple changement d'affectation du salarié à un autre poste⁹² ?

89 Cass. soc., 8 oct. 2014, n° 13-13.673

90 Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-23.503 concernant une mise en disponibilité avec maintien de la rémunération.

91 Cass. soc., 8 oct. 2014, *préc.* et Cass. soc., 8 mars 2017, *préc.*

92 En cas de rixe violente entre collègues, le danger représenté par le salarié est-il inhérent à sa personne ou fonction du poste occupé et des inimitiés qui peuvent exister au sein du service ? Dans le premier cas, le changement d'affectation n'apparaît pas suffisant à neutraliser le danger représenté par le salarié. Dans le second cas, il semble l'être.

42. – Alternative laissée à l'employeur. Du reste, un tel régime jurisprudentiel permet de donner à l'employeur une véritable alternative à la mise à pied conservatoire, dans l'hypothèse où celui-ci n'a pas l'intention de licencier le salarié. En effet, si l'employeur a l'intention *in fine* de rétrograder le salarié, le changement d'affectation qui « *n'emporte pas une modification durable du contrat [de travail]* » permettra d'anticiper la rétrogradation ultérieure. La sanction disciplinaire de rétrogradation se substituera alors à la première mesure prononcée à titre conservatoire.

43. – Requalification en sanction disciplinaire. Si le régime diffère à certains égards de celui de la mise à pied conservatoire, le régime est sensiblement équivalent s'agissant de la requalification de la mesure conservatoire d'affectation provisoire du salarié décidé pour des motifs tenant à la sécurité. En effet, si l'affectation n'est pas provisoire, mais bien définitive, elle est une sanction disciplinaire. L'employeur ne peut dès lors plus sanctionner le salarié pour les faits ayant été invoqués à l'appui du prononcé d'une telle mesure. De même, si la mesure est prononcée pour une durée déterminée, elle ne peut être une mesure conservatoire, et revêtira la qualification de sanction disciplinaire.

* *
*

44. – Conclusion de chapitre. L'existence de critères légaux pour qualifier une mesure de sanction disciplinaire restreint le champ des éventuelles incertitudes. Toutefois, la qualification n'est pas toujours aisée, d'autant que certaines mesures prononcées par l'employeur sont sujettes à une double qualification. En effet, la distinction des sanctions disciplinaires avec les mesures conservatoires peut être malaisée puisque, tantôt conservatoire, tantôt disciplinaire, la mise à pied peut revêtir l'une ou l'autre des qualifications. Par ailleurs, l'engagement des poursuites disciplinaires trois jours après le prononcé de la mise à pied conservatoire avec maintien de la rémunération du salarié⁹³ justifie-t-il réellement la requalification de la mesure en sanction disciplinaire ? Il est permis

⁹³ Certains règlements intérieurs et conventions collectives prévoient un tel avantage au bénéfice du salarié. A défaut, l'employeur peut tout aussi bien décider d'un tel maintien.

d'en douter. Une intervention du législateur en la matière serait assurément opportune. D'une part, il lui serait possible de transposer les solutions jurisprudentielles quant au régime de la mise à pied conservatoire afin de consolider le régime juridique applicable et d'autre part, d'unifier les différents régimes des mesures conservatoires avec celui de la mise à pied afin de donner plus de prévisibilité aux employeurs qui entendent neutraliser le danger que peut représenter un salarié dans l'entreprise.

Chapitre 2. Le particularisme de la sanction disciplinaire

45. – **Plan.** L'identification de la sanction disciplinaire en sus de l'étude des critères de qualification et de distinction avec les mesures conservatoires, peut résulter de la comparaison avec la sanction pénale et la sanction civile. En effet, bien qu'il s'agisse de sanctions, celles-ci présentent des caractéristiques qui leur sont propres, d'où peut découler une définition négative de la sanction disciplinaire. Si l'autonomie caractérise en principe la qualification de ces sanctions, elles entretiennent des rapports certains avec la sanction disciplinaire. Doivent ainsi être étudiées la sanction disciplinaire au regard de la sanction pénale (**Section 1**), et la sanction disciplinaire au regard de la sanction civile (**Section 2**).

Section 1 – La sanction disciplinaire au regard de la sanction pénale

46. – **Plan.** L'étude de la sanction disciplinaire au regard de la sanction pénale laisse apparaître que la première constitue une inspiration de la seconde, en ce sens où celle-ci, bien qu'autonome par rapport à la sanction pénale, s'inspire de ses caractéristiques. Il existe deux thèses s'agissant des rapports qu'entretiennent la sanction pénale et la sanction disciplinaire : la thèse de l'antinomie, et la thèse de l'analogie (§1). En outre, il peut être constaté une identité de but et de moyen entre ces deux sanctions (§2) et partant, une certaine « pénalisation » de la sanction disciplinaire.

§1. L'antinomie ou l'analogie

47. – **Antinomie.** Selon la thèse de l'antinomie⁹⁴, la sanction disciplinaire et la sanction pénale ne peuvent être assimilées, en ce qu'elles sont indépendantes l'une de l'autre. En effet, la

94 H. Nezard, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, Thèse, Paris, 1903

sanction disciplinaire possède un caractère spécial. L'action disciplinaire est indépendante de l'action publique, un même fait pouvant donner lieu à une poursuite disciplinaire et pénale, et la chose jugée au criminel ne faisant pas autorité au disciplinaire⁹⁵. De plus, le principe d'indépendance entre la procédure disciplinaire et la procédure pénale est reconnu tant par la Cour européenne des droits de l'Homme⁹⁶ que par la Cour de cassation⁹⁷, si bien que la présomption d'innocence n'exige pas de l'employeur qu'il suspende la procédure disciplinaire dans l'attente d'une décision du juge pénal sur les faits poursuivis⁹⁸, pas plus qu'elle n'exige une suspension du procès prud'homal alors même que la décision à intervenir au pénal serait susceptible d'exercer une influence sur la solution⁹⁹. Les défenseurs de la thèse de l'antinomie arguent en outre de ce que le droit disciplinaire ne connaît pas le principe de légalité des délits et des peines comme le droit pénal. L'autorité qui exerce le pouvoir disciplinaire – c'est-à-dire l'employeur – n'est pas liée par des incriminations légales ou réglementaires, celle-ci pouvant retenir et sanctionner « *tout acte qui lui paraît contraire au bien corporatif* »¹⁰⁰. Une telle autorité a aussi le choix de la sanction et ce, même si une échelle des peines a été établie par un texte ; l'employeur pouvant infliger la sanction qui lui paraît la plus appropriée à la faute commise. De surcroît, les fautes disciplinaires ne sont pas qualifiées par la loi pénale. Enfin, une différence essentielle tient au fait que la décision d'infliger une sanction disciplinaire n'émane pas d'une véritable juridiction. Du reste, la procédure de mise en œuvre d'une telle sanction ne présente pas les caractères d'une véritable procédure contentieuse, ne serait-ce que parce que l'employeur est à la fois autorité de poursuite, d'instruction et de jugement¹⁰¹, et que le régime probatoire de la faute ne correspond pas à celui existant en matière pénale. En effet, en droit pénal, la charge de la preuve pèse sur le ministère public, tandis qu'en droit du travail la preuve est répartie entre le juge et les parties¹⁰².

95 Si le juge pénal reconnaît la réalité des faits imputés au salarié mais estime qu'ils ne constituent pas une infraction pénale, le juge prud'homal reste libre d'apprécier s'ils constituent une faute disciplinaire pouvant donner lieu à sanction (Cass. soc., 21 juin 1989, n° 86-43.002). En revanche, la juridiction prud'homale doit respecter la chose jugée au pénal sur l'existence des faits reprochés au salarié (Cass. soc., 6 mars 2019, n° 17-24.701 et Cass. soc., 20 mars 1997, n° 94-41.918). Pour une étude approfondie, v. E. Gayat, L'autorité de la chose jugée au pénal sur l'instance prud'homale en contestation d'une sanction disciplinaire, *Dr. ouvrier* 1998. 515.

96 CEDH, 13 sept. 2007, n° 27521/04, *Mouillet c. France*

97 Cass. soc., 29 févr. 1984, *Bull. civ.* V, n° 76

98 Cass. soc., 26 janv. 2012, n° 11-10.479

99 C. pr. pén., art. 4

100 T. Koukejian, *Sanction pénale, sanction disciplinaire*, Thèse, Rennes, 2014

101 Des règles propres à l'entreprise peuvent toutefois imposer une procédure plus contraignante, comme la saisine d'une commission de discipline. Lorsque les dispositions instituent « *une protection des droits de la défense supérieure à la loi* », il s'agit de garanties de fond (Cass. soc., 9 janv. 2013, n° 11-25.646).

102 C. trav., art. L. 1333-1

48. – Analogie. *A contrario* de la thèse de l'antinomie, la thèse de l'analogie entre sanction disciplinaire et sanction pénale envisage que « *le droit disciplinaire n'est au fond que le droit pénal particulier des institutions* »¹⁰³. Réciproquement, « *la répression pénale n'est que la répression disciplinaire propre à l'Etat* »¹⁰⁴. Selon la thèse de l'analogie, la sanction disciplinaire est de même nature que la sanction pénale ; elle tend au même but. Les divergences qui pourraient exister entre ces deux sanctions s'expliquent alors par le domaine d'application de celles-ci. Il apparaît que « *la répression disciplinaire et la répression pénale ont le même fondement et, chacune dans une sphère différente, le même objet : assurer l'ordre au sein d'une collectivité instituée ; elles sont de même nature* »¹⁰⁵. En effet, la sanction disciplinaire est de la même famille que la sanction pénale, en ce sens que l'une et l'autre ont pour fonction de faire respecter les normes d'un groupe social par des procédés de répression et d'intimidation tout à la fois. La sanction pénale et la sanction disciplinaire ont un but répressif, elles sanctionnent un comportement jugé fautif, par la société dans son ensemble dans un cas, par l'employeur dans l'autre. D'aucuns ont pu dès lors considérer que la sanction disciplinaire est une peine, « *dont la fonction à l'intérieur de la société professionnelle n'est pas sans rapport avec certaines des fonctions qu'elle remplit dans la société étatique : amendement du coupable, exemplarité, vindicte* »¹⁰⁶.

§2. L'identité de but et de moyen

49. – Identité de but. Il apparaît que la sanction pénale et la sanction disciplinaire recouvrent une identité de but. La sanction pénale est chargée de maintenir l'ordre général au sein de la société civile, tandis que la sanction disciplinaire est chargée de maintenir l'ordre particulier au sein d'une société plus restreinte. Le but est le même, seul le domaine d'application varie. Si la répression pénale s'applique au sein de la société civile, et la répression disciplinaire au sein d'un groupement particulier, la répression pénale n'ignore pas pour autant le lieu d'application de la répression disciplinaire. C'est pourquoi, des fautes disciplinaires peuvent tout aussi bien être des fautes pénales, et *in fine* être réprimées par les juridictions pénales.

103 J. Brethe de la Gressaye et A. Légal, *Le pouvoir disciplinaire dans les entreprises privées*, Sirey, Paris, 1938

104 J. Mourgeon, *La répression administrative*, LGDJ, 1967

105 S. Salon, *Délinquance et répression disciplinaire dans la fonction publique*, LGDJ, 1969

106 P.-D. Ollier, Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail, *Dr. soc.* 1967. 496.

50. – Identité de moyen. En outre, peut être identifiée une identité de moyen entre la sanction pénale et la sanction disciplinaire. En effet, « *l'élément commun aux sanctions répressives est la volonté de punir une faute commise* »¹⁰⁷. C'est pourquoi, en l'absence de faute, il ne saurait y avoir de sanction pénale. Tel est également le cas en matière disciplinaire, puisqu'en l'absence d'un comportement fautif du salarié, certaines mesures ne sont pas analysées comme étant des sanctions disciplinaires ayant un but répressif. En effet, la mesure prononcée par l'employeur en vertu de son pouvoir de direction n'est pas une sanction disciplinaire, tout comme la mesure qui ne se justifie que par l'application des règles applicables en matière contractuelle¹⁰⁸. Une limite peut toutefois exister lorsque la mesure est habillée du manteau de la neutralité, mais qu'elle répond effectivement à un comportement fautif du salarié. Dans cette hypothèse, la mesure peut être requalifiée en une sanction disciplinaire, et le droit disciplinaire a alors vocation à s'appliquer. Si la sanction pénale et la sanction disciplinaire recouvrent une identité de moyen, l'intensité de ces sanctions n'est pas en tous points similaire. En effet, il apparaît que la sanction pénale sanctionne de façon plus radicale le comportement jugé fautif, puisque la sanction la plus sévère est une mesure privative de liberté. En droit disciplinaire, la sanction la plus sévère n'est qu'un licenciement pour motif disciplinaire, entraînant la rupture *de iure* du contrat de travail. Si une telle mesure peut être facteur d'isolement social et emporter des conséquences économiques certaines pour le salarié, celui-ci conserve pour autant sa liberté au sens large.

51. – Pénalisation du droit disciplinaire. L'identité de moyen des sanctions pénales et disciplinaires entraîne un mouvement de « pénalisation » du droit disciplinaire en ce que des principes applicables jusqu'alors en droit pénal s'appliquent désormais en matière disciplinaire ; les principes bien connus du droit pénal « *non bis in idem* » et « *nullum crimen nulla poena sine lege* »¹⁰⁹ en étant des illustrations. De même, la sanction disciplinaire emprunte à la sanction pénale le principe de la proportionnalité de la sanction à la faute

107 T. Koukezian, *Sanction pénale, sanction disciplinaire*, Thèse, Rennes, 2014

108 V. *infra* n° 80 s.

109 La transposition d'un tel principe au droit disciplinaire reste toutefois incomplète dans la mesure où le principe de la légalité des « délits » n'existe pas. En effet, aucun texte ne prévoit les fautes qui peuvent donner lieu à sanctions disciplinaires, en ce qu'il est difficile de prévoir l'ensemble des comportements qui pourraient être ceux d'un individu dans l'entreprise et qui donnerait lieu à une sanction. En revanche, les « peines » dont il est question en droit disciplinaire font l'objet d'un texte : le règlement intérieur (v. *infra* n° 163).

commise¹¹⁰, ou encore l'amnistie¹¹¹, si bien qu'il peut être affirmé que le droit disciplinaire suit une « *évolution semblable à celle que subit la répression criminelle* »¹¹².

Section 2 – La sanction disciplinaire au regard de la sanction civile

52. – Plan. En droit civil, la faute permet l'engagement de la responsabilité contractuelle de son auteur, peu importe le degré de la faute commise ou de ses conséquences¹¹³. Il n'en va pas de même en droit du travail. En effet, en raison de la subordination inhérente à la relation de travail, il est admis de longue date une immunité en matière disciplinaire (§1) au bénéfice du salarié. Ainsi, seul un degré élevé de faute permet d'engager la responsabilité civile de celui-ci. Précisément, seule la faute lourde assure le passage de la responsabilité disciplinaire du salarié à sa responsabilité contractuelle (§2).

§1. L'immunité civile en matière disciplinaire

53. – Fonctions des sanctions. La sanction disciplinaire est une mesure punitive coercitive qui inflige au salarié un désagrément ou un désavantage. Mais la sanction disciplinaire a aussi une fonction d'amendement, hormis dans le cas du licenciement, puisque le salarié n'a plus la possibilité de modifier son comportement, celui étant définitivement écarté de l'entreprise. Celle-ci « *exprime la confiance ou la croyance de l'employeur dans l'aptitude du salarié à réformer son comportement, et à ne pas renouveler les agissements incriminés. Elle est une mesure invitant le salarié à ne pas récidiver* »¹¹⁴. La sanction civile, lorsque la responsabilité contractuelle de l'auteur d'une faute est engagée, a quant à elle pour fonction de réparer le dommage qui a été causé au créancier¹¹⁵. En d'autres termes, la sanction disciplinaire a pour

110 Le conseil de prud'hommes pouvant annuler une sanction disproportionnée à la faute commise (C. trav., art. L. 1333-2).

111 C. trav., art. L. 1332-5

112 R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. II, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 3^e éd., 1979, p. 1002

113 Il ne sera pas traité de la responsabilité délictuelle du salarié.

114 S. Frossard, Les caractères de la sanction disciplinaire, *RDT* 2012. 685.

115 « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure* » (C. civ., art. 1231-1).

fonction la punition, tandis que la sanction civile a pour fonction la réparation. La punition prévaut sur la réparation, puisqu'il n'existe qu'une seule hypothèse où la responsabilité civile du salarié peut être engagée : celle de la faute lourde¹¹⁶. En droit du travail, le seuil d'engagement de la responsabilité du salarié est alors plus élevé qu'en droit commun¹¹⁷.

54. – Justification de l'immunité. Un tel seuil d'engagement de la responsabilité du salarié s'explique par le fait qu'il est admis que « *les dommages résultant de l'activité du salarié font partie des risques de l'exploitation*¹¹⁸ et doivent à ce titre demeurer à la charge de l'entreprise. On relève aussi que la situation financière du salarié et de sa famille serait gravement compromise par de trop lourdes ou de trop fréquentes condamnations à des dommages-intérêts »¹¹⁹. C'est pourquoi, le salarié bénéficie d'une « immunité » lorsqu'il commet des agissements fautifs à l'égard de l'employeur. Ainsi, la faute contractuelle du salarié est absorbée par le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

§2. La faute lourde : passage de la responsabilité disciplinaire à la responsabilité civile

55. – Principe. En principe, selon la Cour de cassation¹²⁰, la responsabilité du salarié n'est engagée envers l'employeur qu'en cas de faute lourde¹²¹. Celle-ci permet à l'employeur de lui infliger une sanction disciplinaire mais aussi de mettre en jeu sa responsabilité contractuelle. En matière de responsabilité contractuelle comme en matière disciplinaire, la qualification de faute lourde repose sur l'existence d'une intention de nuire¹²².

116 Cass. soc., 31 mai 1990, n° 88-41.419

117 En effet, en droit commun, « *toute faute engage la responsabilité de son auteur, indépendamment de sa gravité* ». Ce n'est que dans des « *cas exceptionnels* » que « *la faute qualifiée est une condition de la responsabilité* » (G. Viney, *Traité de droit civil, Les obligations*, LGDJ, 1982, pp. 712-713).

118 Cass. soc., 22 mai 1975, n° 74-40.454

119 H. Blaise, La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur, *RJS* 1996, n° 68.

120 Cass. soc., 27 nov. 1958, *Sté des forges stéphanoises*, *Bull. civ.* IV, n° 1259 ; Cass. soc., 12 avr. 1995, n° 92-12.373

121 Cass. soc., 10 nov. 1992, n° 89-40.523 ; Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 03-43.587 ; Cass. soc., 6 mai 2009 n° 07-44.485. La responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde, même en ce qui concerne le droit à compensation (Cass. soc., 20 avr. 2005, n° 03-40.069).

122 Cass. soc., 31 mai 1990, *Bull. civ.* V, n° 206, *Dr. soc.* 1991. 105.

56. – Notion de faute lourde. Depuis 1990¹²³, la Cour de cassation adopte, pour le salarié, une conception autonome de la faute lourde, distincte de celle du droit commun. En droit civil, « *la faute lourde est, en effet, équipollente au dol ; autrement dit, elle produit les mêmes effets que la faute intentionnelle sans pour autant s'identifier à celle-ci* »¹²⁴. La faute lourde peut être objective, caractérisée par un simple manquement à une obligation essentielle¹²⁵, même si la jurisprudence semble revenir à une conception plus subjective, supposant une gravité du comportement intrinsèque de son auteur et pas seulement de ses conséquences¹²⁶. *A contrario*, en droit du travail, la faute lourde suppose l'intention de nuire du salarié, et ne peut dès lors produire d'effet que si elle est intentionnelle. En d'autres termes, elle n'est pas équipollente au dol, mais identifiée à celui-ci. Le droit du travail prend ici l'exact contre-pied du droit civil et de l'adage *culpa lata dolo aequiparatur*¹²⁷. La faute lourde ordinaire se trouve neutralisée. Selon la Cour de cassation, « *la faute lourde est caractérisée par l'intention de nuire à l'employeur, laquelle implique la volonté du salarié de lui porter préjudice dans la commission du fait fautif et ne résulte pas de la seule commission d'un acte préjudiciable à l'entreprise* »¹²⁸. C'est l'intention du salarié qui doit être prise en compte, et non les conséquences dommageables de ses actes¹²⁹.

57. – Du disciplinaire au civil. La faute lourde assure le passage du droit disciplinaire au droit civil, en ce sens que la qualification de faute lourde permet d'engager la responsabilité contractuelle du salarié à l'égard de son employeur. Dès lors, l'employeur peut rechercher la réparation du préjudice qui lui a été causé par l'agissement fautif du salarié. Ainsi, puisqu'il ne s'agit plus de droit disciplinaire, la prohibition des sanctions pécuniaires posée à l'article L. 1332-1 du Code du travail n'a plus vocation à s'appliquer. La sanction civile qui permet d'engager la responsabilité pécuniaire du salarié est alors prononcée, non par l'employeur, mais par le juge. Toutefois, la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle du salarié n'a pas pour effet d'emporter la possibilité pour l'employeur d'infliger une sanction disciplinaire. Néanmoins, en pratique, la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du

123 Cass. soc., 29 nov. 1990, *Bull. civ. V*, n° 599

124 J. Mouly, Où l'on voit la Cour de cassation définir la faute lourde du salarié au visa d'une disposition qui ne la mentionne plus, *Dr. soc.* 2017. 378.

125 Cass. civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, n° 95-21.907

126 Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 02-18.326 et n° 03-14.112

127 J. Mouly, Où l'on voit la Cour de cassation définir la faute lourde du salarié au visa d'une disposition qui ne la mentionne plus, *préc.*

128 Cass. soc., 22 oct. 2015, n° 14-11.291 et Cass. soc., 25 janv. 2017, n° 14-26.071

129 P. Adam, La faute lourde, entre intention et conscience de nuire, *RDT* 2016. 100.

salarié par l'employeur est peu fréquente, ce dernier préférant se placer sur le terrain disciplinaire. Le droit disciplinaire semble le plus approprié puisque l'employeur, en privant le salarié de toute indemnité de rupture en cas de licenciement pour faute lourde, opère une compensation avec le préjudice qu'il a subi du fait de la faute du salarié.

58. – Concours des qualifications. Lorsque l'employeur souhaite à la fois se placer sur le terrain disciplinaire et sur le terrain civil, la qualification de faute lourde « *renseigne l'ordre juridique et déclenche l'application de certaines règles* »¹³⁰. En effet, les faits ayant justifié un licenciement pour faute grave ne peuvent, dans le même temps, se voir qualifiés de faute lourde pour fonder une action en responsabilité civile contre leur auteur. Une faute ne peut être grave et lourde à la fois. Ainsi, l'employeur ne peut engager la responsabilité du salarié pour demander la réparation de son préjudice sur le fondement d'une faute lourde, en renonçant sur le terrain disciplinaire à faire reproche au salarié d'une telle qualification¹³¹. Une telle solution est critiquable car elle ne permet pas à l'employeur d'être indemnisé du préjudice résultant de l'intention de nuire du salarié en lui laissant la possibilité de n'infliger qu'une sanction moindre que le licenciement. Afin de favoriser la mansuétude de l'employeur, il s'agirait alors de distinguer réparation et sanction, c'est-à-dire que la qualification attribuée à des faits sur le terrain disciplinaire n'aurait pas d'incidence sur la qualification retenue sur le terrain indemnitaire¹³².

* *
*

59. – Conclusion de chapitre. Le particularisme de la sanction disciplinaire peut s'observer à la fois par les liens qu'elle entretient avec la sanction pénale, et par le fait qu'elle « absorbe » la possibilité de la sanction civile. Lorsqu'elle est étudiée au regard de la sanction pénale, il apparaît que la sanction disciplinaire lui emprunte certains de ses éléments caractéristiques, tout en conservant une certaine spécificité ainsi qu'une autonomie. Les thèses de l'analogie et

130 P. Adam, La faute lourde, entre sanction et réparation, *RDT* 2017. 264.

131 Cass. soc., 25 janv. 2017, *préc.*

132 P. Adam, La faute lourde, entre sanction et réparation, *préc.*

de l'antinomie, si elles permettent d'apporter des éclaircissements sur la véritable nature de la sanction disciplinaire, ne sont pas suffisantes pour apprécier l'ensemble de ses spécificités. Quant à la sanction civile, elle a pour fonction la réparation de celui qui est lésé par la faute, tandis que la sanction disciplinaire a pour fonction la punition de l'auteur de celle-ci. Lorsque la sanction disciplinaire est possible, elle est privilégiée ; la sanction civile n'intervenant qu'à la marge, puisque ne peut être engagée la responsabilité contractuelle du salarié qu'en cas de faute lourde.

TITRE II. La sanction disciplinaire déguisée

60. – Plan. Il apparaît en certains cas que l'employeur « déguise » une mesure intervenant à titre de sanction, en se fondant non sur son pouvoir disciplinaire, mais sur son pouvoir de direction (**Chapitre 1**) ou sur la simple application du droit commun des contrats (**Chapitre 2**). Une telle pratique peut s'expliquer par la volonté de l'employeur de faire fi des règles du droit disciplinaire qui imposent à ce dernier de respecter un ensemble de garanties et une procédure contraignante sur bien des aspects. Lorsqu'une sanction disciplinaire est « déguisée », c'est l'étude de ses caractéristiques et du contexte dans laquelle la mesure intervient qui permet de rétablir sa vraie nature ; étant une sanction disciplinaire, l'employeur aurait dû – et doit – appliquer le droit disciplinaire.

Chapitre 1. Les mesures relevant du pouvoir de direction

61. – Plan. Sur le fondement de son pouvoir de direction, l'employeur dispose de prérogatives pour organiser le fonctionnement de l'entreprise. A ce titre, des mesures de gestion, des mesures d'instruction, la mise en œuvre de la mobilité du salarié, l'organisation de l'accès à la formation sont autant de prérogatives dont l'employeur dispose. *A priori*, les mesures prises sur le fondement du pouvoir de direction de l'employeur ne sauraient être assimilées à des sanctions disciplinaires puisque celles-ci ne sont en principe prises que sur le fondement du pouvoir disciplinaire de ce dernier. Il apparaît toutefois que l'employeur, en se fondant sur son pouvoir de direction, inflige des sanctions disciplinaires. En cela, des sanctions peuvent être prononcées de façon involontaire (**Section 1**) lorsque l'employeur ne prend pas la mesure de la décision qu'il prend ou de la forme qui y est associée, d'autres pouvant n'être prononcées que par destination (**Section 2**), en ce sens où la mesure décidée par l'employeur, si elle apparaît neutre *prima facie*, est en réalité utilisée pour sanctionner le salarié.

Section 1 – Les sanctions involontaires

62. – Exclusion de principe du domaine disciplinaire. Il existe de nombreuses mesures qui sont exclues du domaine disciplinaire, celles-ci ne répondant pas aux critères légaux de qualification posés par l'article L. 1331-1 du Code du travail, en particulier eu égard au critère tenant à l'intention de l'employeur de sanctionner les faits qu'il considère fautifs¹³³. Toutefois, certaines mesures peuvent susciter des interrogations quant à leur nature. Tel est notamment le cas du rappel à l'ordre (§1) et de la demande d'explications écrites (§2).

¹³³ Le document rédigé par l'employeur qui n'est qu'un compte rendu d'un entretien au cours duquel il a énuméré divers griefs et insuffisances qu'il imputait à la salariée, sans traduire une volonté de sa part de les sanctionner, n'est pas une sanction disciplinaire (Cass. soc., 12 nov. 2015, n° 14-17.615).

§1. Le rappel à l'ordre

63. – Mesure de gestion. Le rappel à l'ordre n'est pas, selon la Cour de cassation, une sanction disciplinaire au regard de l'article L. 1331-1 du Code du travail¹³⁴. Dans cette affaire, l'employeur avait adressé à la salariée une lettre contenant divers reproches concernant l'exécution de son travail, ladite lettre faisant suite à plusieurs avertissements verbaux adressés à la salariée. Si les avertissements verbaux ne sauraient être qualifiés de sanction disciplinaire, la Cour de cassation aurait toutefois pu considérer que le rappel à l'ordre constituait une sanction disciplinaire. En effet, conformément à l'article L. 1331-1 du Code du travail, le rappel à l'ordre était en l'espèce une mesure décidée par l'employeur à la suite d'agissements qu'il considérait comme fautifs, la mesure ayant une incidence, immédiatement ou à terme, sur la situation du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. En effet, à l'appui d'une sanction, l'employeur pourrait invoquer la lettre du rappel à l'ordre ayant été pris antérieurement au prononcé de la sanction, ce qui aurait pour effet d'aggraver les conséquences de celle-ci. Dès lors, le rappel à l'ordre pourrait avoir une incidence sur la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. C'est pourquoi, à défaut de reconnaître au rappel à l'ordre la qualification de sanction disciplinaire, la Cour de cassation pourrait au moins tempérer les conséquences d'une telle solution en considérant que l'employeur ne peut pas invoquer un tel rappel à l'ordre pour aggraver une sanction ultérieure à l'encontre du salarié pour des faits similaires¹³⁵.

64. – Sanction disciplinaire. En certains cas, le rappel à l'ordre pourra cependant être qualifié de sanction disciplinaire. Tel est le cas lorsque l'employeur invoque, dans la lettre du rappel à l'ordre, une faute qui a été commise selon lui par le salarié¹³⁶. Si l'employeur fait référence à des sanctions passées, ou à des sanctions futures, il se place de lui-même sur le terrain disciplinaire, et le rappel à l'ordre revêt alors la qualification de sanction disciplinaire. Il peut également arriver que la lettre qui matérialise le rappel à l'ordre comporte des termes qui laissent à penser que l'employeur reproche une faute au salarié¹³⁷, auquel cas le rappel à l'ordre pourrait être qualifié de sanction disciplinaire. Enfin, la tonalité générale de la lettre pourrait

134 Cass. soc., 4 juin 2009, n° 07-44.838

135 En ce sens, C. Varin, *Le rappel à l'ordre, une mesure exclue du domaine disciplinaire ?*, *RDT* 2010. 109.

136 Cass. soc., 10 juill. 1996, n° 93-40.435

137 Les termes de « griefs », « reproches », ou l'expression de « mise en demeure pour changer d'attitude » en sont une illustration (Cass. soc., 13 oct. 1993, *RJS* 1994, n° 152).

amener le juge, en cas de contentieux, à requalifier le rappel à l'ordre en une sanction disciplinaire, en ce que l'employeur sanctionne un agissement qu'il considère comme fautif¹³⁸. En revanche, si la lettre de l'employeur ne se borne qu'à demander au salarié de faire un effort pour se ressaisir et contient des propositions à cette fin¹³⁹, ou bien si celui-ci l'enjoint à modifier son comportement¹⁴⁰, le rappel à l'ordre ne saurait être qualifié de sanction disciplinaire.

§2. La demande d'explications écrites

65. – Mesure d'instruction. La demande d'explications écrites adressée au salarié par l'employeur revêt la qualification de mesure d'instruction. Elle n'est pas une sanction disciplinaire. Elle ne consiste qu'à établir un dialogue entre l'employeur et le salarié, afin de recueillir des éléments d'information ou afin d'inviter le salarié à s'expliquer¹⁴¹. En principe, la volonté de l'employeur qui adresse la demande d'explications écrites est dépourvue d'intention de sanctionner, et une telle demande n'affecte pas la présence du salarié dans l'entreprise, immédiatement ou à terme, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. Ainsi, elle ne peut être invoquée à l'appui d'une sanction pour des faits postérieurs aux fins d'aggravation de celle-ci.

66. – Sanction disciplinaire. Toutefois, en certains cas, la demande d'explications écrites peut déguiser une véritable sanction disciplinaire, auquel cas le juge la requalifiera en lui reconnaissant sa véritable nature de sanction. Un arrêt rendu par la chambre sociale le 19 mai 2015¹⁴² en est une illustration. En l'espèce, une demande d'explications écrites était intervenue après la convocation du salarié à un entretien préalable, ce qui indique que l'employeur envisageait déjà de sanctionner éventuellement le salarié. La demande d'explications écrites ne semblait pas alors être une simple mesure d'instruction. En outre, le salarié devait répondre seul et immédiatement, un refus de réponse étant assimilé à une faute, ce qui ressemble fortement au régime de l'insubordination lorsque le salarié refuse de se soumettre à une sanction disciplinaire. De même, les réponses écrites du salarié étaient consignées au dossier

138 La lettre qui indique que l'attitude du salarié a entamé la confiance que lui porte son employeur est une sanction disciplinaire en ce qu'elle est de nature à affecter la carrière du salarié (Cass. soc., 3 février 2017, n° 15-11.433, *RJS* 2017, n° 388).

139 Cass. soc., 13 déc. 2011, n° 10-20.135

140 Cass. soc., 14 sept. 2010, n° 09-66.180

141 Cass. soc., 7 juin 2011, n° 10-14.444

142 Cass. soc., 19 mai 2015, n° 13-26.916

individuel de celui-ci. Ainsi, la demande d'explications écrites, et les réponses apportées par le salarié, pouvaient être mobilisées à l'appui d'une nouvelle sanction pour des faits postérieurs. Cette dernière circonstance a sans doute fait pencher favorablement la balance vers la qualification de sanction disciplinaire de la demande d'explications écrites. La Cour de cassation avait en ce sens déjà pu estimer que le fait de mettre en œuvre la procédure de demande d'explications écrites en vigueur au sein de l'entreprise à la suite de faits qualifiés de refus d'obéissance constituait une sanction disciplinaire lorsque les demandes et les réponses écrites du salarié étaient conservées au dossier individuel de ce dernier¹⁴³.

67. – *Non bis in idem*. La qualification de sanction est en pratique importante. Si l'employeur engage une procédure de demande d'explications écrites, et qu'il s'avère qu'involontairement celui-ci « sanctionne » le salarié en raison de l'absence de neutralité de la demande d'explications écrites qui peut être invoquée ultérieurement à l'appui d'une nouvelle sanction infligée au salarié, celui-ci ne peut sanctionner une deuxième fois le salarié pour les mêmes faits, ceux-ci ayant déjà donné lieu à sanction, sous peine de violer le principe *non bis in idem*. La seconde sanction doit, dans cette hypothèse, être annulée.

Section 2 – Les sanctions par destination

68. – Plan. Des mesures sont dites sanctions disciplinaires « par destination » lorsqu'une mesure *a priori* neutre est utilisée de façon punitive par l'employeur¹⁴⁴. Il peut s'agir d'une « mise au placard » ou encore de la privation d'une place de parking, voire son simple éloignement des locaux de l'entreprise, de la privation de l'accès à la formation (§1), ou de la mutation géographique dans le cadre d'une clause de mobilité (§2).

§1. La privation de l'accès à la formation

69. – Exclusion d'un programme de formation. Lorsque le comportement d'un salarié est incompatible avec le programme de formation auquel il participe, la décision de l'employeur d'exclure celui-ci d'un tel programme peut-elle être qualifiée de sanction disciplinaire ? Selon

143 Cass. soc., 22 avr. 1997, n° 94-42.430 et Cass. soc., 30 janv. 2013, n° 11-23.891

144 F. Gaudu et R. Vatinet, *Droit du travail*, 5^e éd., Dalloz, 2013, p. 120

la Cour de cassation, l'employeur qui se fonde « *sur des faits objectifs relatifs aux retards répétés du salarié sans justification alors que le programme de formation était destiné à rechercher de futurs responsables de magasin au regard des qualités de constance, motivation, implication, exemplarité* », ne prononce pas une mesure revêtant la qualification de sanction disciplinaire, le salarié ne répondant simplement plus « *aux critères requis pour bénéficier jusqu'à son terme de la formation* »¹⁴⁵.

70. – Pouvoir de direction. En principe, l'envoi d'un salarié en formation relève du pouvoir de direction de l'employeur, sous réserve qu'il ne commette pas d'abus de pouvoir. Il doit respecter le plan de formation établi dans l'entreprise, le principe de non-discrimination des salariés ainsi que les dispositions du contrat de travail. Selon le manuel du programme de formation, le choix d'un salarié susceptible de rejoindre ce programme ressort à l'origine de la seule décision de l'employeur et il n'existe aucun droit acquis obligeant l'employeur à faire bénéficier le salarié du programme jusqu'à son issue¹⁴⁶. Un contrôle continu tout au long de la formation atteste de la réversibilité de cette intégration, le salarié étant soumis à des tests, l'employeur appréciant en outre que le salarié remplit les qualités requises. Dans le cadre de son pouvoir d'évaluation des compétences, l'employeur a ainsi le droit d'estimer que le candidat ne satisfait plus aux exigences attendues pour continuer ce programme sans que cette décision ressorte du droit disciplinaire. Il appartient toutefois à l'employeur de motiver une telle décision. Dans l'arrêt du 4 juillet 2018, la décision prise par l'employeur était notamment motivée par les retards répétés du salarié sans justification.

71. – Sanction disciplinaire déguisée. Or, les retards répétés sans justification d'un salarié constituent des fautes disciplinaires que l'employeur est en droit de sanctionner, en prenant garde toutefois à prononcer une sanction proportionnée¹⁴⁷ aux retards constatés. Ainsi, les retards répétés et injustifiés qui désorganisent la bonne marche de l'entreprise sont constitutifs d'une faute grave¹⁴⁸. De même, est justifié le licenciement du salarié qui, en dépit d'avertissements antérieurs, persiste dans ses retards¹⁴⁹. Dès lors, la mesure de privation de l'accès à la formation par l'employeur aurait pu être analysée comme intervenant à la suite

145 Cass. soc., 4 juill. 2018, n° 17-16.629

146 Y. Pagnerre et S. Dougados, *Chronique de droit de la formation professionnelle*, *Dr. soc.* 2019. 250.

147 V. *infra* n° 129

148 Cass. soc., 19 mars 1987, n° 84-40.716

149 Cass. soc., 4 févr. 1981, n° 79-40.813

d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif ; critère nécessaire à la qualification d'une mesure en sanction disciplinaire selon l'article L. 1331-1 du Code du travail. De plus, toujours selon cet article, il est nécessaire que la mesure patronale « *affecte immédiatement ou non* » la carrière du salarié. Or, la formation dont le salarié avait été en l'espèce écarté lui aurait permis de prétendre à une promotion. La mesure qui écarte le salarié de la formation affecte conséquemment sa carrière, si ce n'est immédiatement, au moins à terme. C'est pourquoi, la mesure qui consiste à écarter le salarié d'une formation aurait pu en l'espèce être qualifiée de sanction disciplinaire. La Cour de cassation n'a toutefois pas retenu une telle qualification.

72. – Sanction pécuniaire. Dans l'arrêt du 4 juillet 2018, le versement d'une prime était attaché au suivi du programme de formation. Se posait dès lors la question de savoir si la privation de l'accès à la formation, entraînant la perte de la prime qui y était attachée, constituait une sanction pécuniaire tombant sous la prohibition instituée par l'article L. 1332-1 du Code du travail. Sur cet aspect, la Cour de cassation, qui ne retient pas la qualification de sanction disciplinaire à la mesure décidée par l'employeur d'écarter le salarié de la formation, en déduit l'absence de sanction pécuniaire prohibée. Une telle solution s'explique par le fait que la répercussion pécuniaire d'une mesure patronale n'est pas, en soi, une sanction pécuniaire prohibée, lorsqu'elle ne révèle pas l'existence d'une mesure qui intervient à la suite d'une faute du salarié. En revanche, le champ d'application de la prohibition des sanctions pécuniaires s'étend aux primes lorsque la réduction ou la suppression de celles-ci est en lien avec des fautes reprochées au salarié¹⁵⁰.

§2. La mutation géographique avec clause de mobilité

73. – Mutation géographique. La mutation géographique consiste pour l'employeur à modifier le lieu de travail du salarié. Par principe, lorsque l'employeur prononce cette mesure, celle-ci intervient dans le cadre de son pouvoir de direction, y compris en présence d'une clause de mobilité. En effet, la Cour de cassation considère que « *la mutation d'un salarié en application d'une clause de mobilité (...) relève du pouvoir de direction de l'employeur* »¹⁵¹.

150 V. *infra* n° 145

151 Cass. soc., 30 sept. 1997, *Bull. civ.* V, n° 289

74. – Pouvoir de direction et pouvoir disciplinaire. Une difficulté peut résulter d'un tel mécanisme. En effet, lorsque l'employeur décide de muter géographiquement un salarié à la suite d'une faute de celui-ci, la mesure de mutation devient-elle, en raison de la faute du salarié, une sanction disciplinaire ? En d'autres termes, quel pouvoir l'employeur exerce-t-il lorsqu'il prononce une mutation géographique à la suite d'une faute du salarié ? S'agit-il du pouvoir disciplinaire, ou la mesure relève-t-elle toujours du pouvoir de direction ? La question plus générale est celle des rapports entre pouvoir de direction et pouvoir disciplinaire de l'employeur.

75. – Clause de mobilité géographique. Afin d'accroître le champ du pouvoir de direction, des clauses de mobilité géographique peuvent être prévues au contrat de travail. Par cette clause, le salarié s'engage à accepter la mutation géographique dans un périmètre plus étendu que le secteur géographique qui a vocation à exister en l'absence de clause. La mutation géographique qui entraînera le changement du lieu de travail en dehors du secteur géographique ne sera alors plus une modification du contrat de travail, mais un simple changement des conditions de travail qui ne nécessitera plus l'accord du salarié. La clause de mobilité pour être valide doit « *définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée* »¹⁵². Elle ne peut en outre violer la liberté de choix du domicile du salarié¹⁵³. Si le salarié refuse la mise en œuvre de la clause, il s'expose à des sanctions disciplinaires¹⁵⁴.

76. – Enjeu. Lorsque la clause est mise en œuvre à la suite d'une faute du salarié, la mesure de mutation est-elle une sanction disciplinaire ? Une telle interrogation est en pratique importante puisque si la mutation décidée par l'employeur est une sanction disciplinaire, le droit disciplinaire a vocation à s'appliquer. Ainsi, les garanties propres au droit disciplinaire, comme la convocation à un entretien préalable, doivent être respectées par l'employeur. Si elle n'est pas une sanction disciplinaire, la mesure relevant exclusivement du pouvoir de direction de l'employeur, celui-ci n'a pas à respecter les garanties propres au droit disciplinaire.

152 Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-45.396. La clause qui fixe comme périmètre la France entière et tous les établissements de l'employeur en France est suffisamment précise (Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-17.669).

153 Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755

154 Le refus constitue un manquement du salarié à ses obligations contractuelles mais ne caractérise pas à lui seul une faute grave (Cass. soc., 23 janv. 2008, n° 07-40.522).

77. – Évolution jurisprudentielle. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait considéré que « *la mise en œuvre d'une clause de mobilité n'entraîne pas de modification du contrat de travail et que, même si le déplacement du salarié a le caractère d'une mesure disciplinaire, il ne constitue pas un abus dès lors que l'employeur peut invoquer une faute du salarié* »¹⁵⁵. Par cet arrêt, la Cour de cassation fait d'une clause aménageant le pouvoir de direction de l'employeur une clause qui peut être mobilisée à des fins répressives. Ainsi, « *la Cour autorise en réalité l'employeur à procéder à un véritable détournement de la clause de mobilité, puisque celle-ci n'a été stipulée que pour faciliter l'exercice du pouvoir de direction, non l'exercice du pouvoir disciplinaire* »¹⁵⁶. Cette solution rompt alors avec la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation en matière de clauses de mobilité, celle-ci considérant que l'employeur ne pouvait en faire un usage répressif. Les mutations déguisant des sanctions disciplinaires étaient alors sanctionnées¹⁵⁷. La solution établit en outre une confusion s'agissant des sources du pouvoir disciplinaire. Il est désormais admis que seul le règlement intérieur – et la convention collective en certains cas – fixe l'échelle et la nature des sanctions qui peuvent être infligées au salarié dans l'entreprise¹⁵⁸. Or, la Cour donne au contrat de travail une fonction répressive qu'il ne saurait avoir.

78. – Régime actuel. Toutefois, la Cour de cassation a assoupli sa jurisprudence et a considéré qu'il était possible que la mise en œuvre de la clause de mobilité soit déguisée et révèle en réalité l'intention de sanctionner de l'employeur. Dès lors, celui-ci doit respecter les garanties du droit disciplinaire, notamment la tenue d'un entretien préalable au prononcé de la sanction. La Cour de cassation a pu notamment considérer que « *sous le couvert de la mise en œuvre de la clause de mobilité prévue au contrat de travail de la salariée, la décision de l'employeur, qui alléguait l'échec de l'intéressée dans les fonctions auxquelles elle avait été promue quelques mois auparavant, devait s'analyser comme une rétrogradation* »¹⁵⁹. De même, la Cour a pu estimer que l'employeur fait un usage abusif de la clause de mobilité lorsqu'il décide d'une mutation à la suite d'accusations de harcèlement moral envers les salariés et de discrimination raciale envers la clientèle, cette situation relevant de la sanction

155 Cass. soc., 11 juill. 2001, n° 99-41.574

156 J. Mouly, Une remise en cause indirecte de la jurisprudence Hôtel le Berry : l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire, *Dr. soc.* 2002. 955.

157 Cass. soc., 4 juin 1992, *Liaisons sociales*, jurispr. n° 735

158 V. *infra* n° 163 et n° 165

159 Cass. soc., 16 déc. 2005, n° 03-44.843

disciplinaire, et non de la mise en œuvre d'une clause de mobilité¹⁶⁰. C'est pourquoi, « *il convient désormais de vérifier, au cas d'espèce, si l'employeur a utilisé la clause de mobilité dans le cadre de son pouvoir de direction, auquel cas la décision, sauf abus, s'impose au salarié, ou, au contraire, s'il l'a utilisée à des fins disciplinaires* »¹⁶¹ auquel cas le salarié retrouverait son pouvoir de refuser la mutation¹⁶².

* *
*
*
*

79. – Conclusion de chapitre. Si la décision de priver le salarié d'une formation relève bien du pouvoir de direction de l'employeur et ne saurait être assimilée à une sanction disciplinaire, tel n'est pas le cas de la mutation intervenant dans le cadre d'une clause de mobilité lorsqu'elle est décidée à la suite d'une faute du salarié. Dès lors, c'est toujours l'intention de l'employeur qui doit être recherchée afin d'apprécier si la mesure prise par lui est ou non une sanction disciplinaire, conformément à l'appréciation subjective de la notion de sanction consacrée par l'article L. 1331-1 du Code du travail. Toutefois, la solution de la Cour de cassation en matière de privation de l'accès à la formation d'un salarié est critiquable, et il s'avère qu'en réalité, la Cour aurait pu considérer qu'une telle mesure est une sanction disciplinaire, eu égard aux critères légaux de qualification de la sanction. Du reste, la décision est récente, et un revirement futur ne serait pas inconcevable.

160 Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-43.283

161 J. Mouly, Les suites de la jurisprudence Hôtel le Berry, *Dr. soc.* 2008. 537.

162 Cass. soc., 16 juin 1998, n° 95-45.033 ; V. *infra* n° 174 s.

Chapitre 2. Les mesures relevant du droit des contrats

80. – Plan. Il est des mesures qui relèvent du droit des contrats, l'inexécution contractuelle emportant alors des conséquences sur la situation professionnelle du salarié. L'inexécution contractuelle dont il s'agit peut se retrouver tant en matière civile (**Section 1**) qu'en matière commerciale (**Section 2**). La question sous-jacente à une telle problématique résultant de l'inexécution contractuelle par le salarié du contrat auquel il est partie est celle de savoir si la mesure qui résulte de l'application du mécanisme contractuel peut ou doit être analysée comme revêtant en réalité la nature d'une sanction disciplinaire.

Section 1 – Les mesures résultant d'une inexécution contractuelle en matière civile

81. – Plan. En raison de l'évolution jurisprudentielle portant sur les billets à tarifs réduits accordés aux salariés des compagnies aériennes par cette dernière, une attention particulière sur l'assimilation de la privation du bénéfice des billets à tarifs réduits aux sanctions disciplinaires s'avère nécessaire. D'un domaine disciplinaire envahissant (§1) à un renouveau de l'autonomie contractuelle (§2) consacré par un arrêt récent, la position de la chambre sociale de la Cour de cassation peut désormais être appréhendée pleinement.

§1. Le domaine disciplinaire envahissant

82. – Manquement aux obligations professionnelles. Il arrive que les compagnies aériennes attribuent à leurs salariés des billets à tarifs réduits. Une telle attribution constitue un avantage de rémunération lié à l'emploi de l'intéressé¹⁶³. Lorsque la compagnie aérienne décide de priver temporairement l'un de ses salariés d'un tel avantage, en raison d'une faute que celui-ci

163 Cass. soc., 22 oct. 1996, n° 93-42.390

aurait commis en lien avec ses obligations professionnelles¹⁶⁴, la Cour de cassation considère alors que la privation dudit avantage, permettant au salarié de réaliser une économie sur les vols, constitue une sanction disciplinaire¹⁶⁵ et par suite, une sanction pécuniaire prohibée par l'article L. 1331-2 du Code du travail. En effet, la Cour considère qu'une sanction disciplinaire ne peut être prononcée « *qu'en raison des faits constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles envers l'employeur* »¹⁶⁶. Ainsi, lorsque les faits commis par le salarié ne constituent pas un manquement de ce dernier à ses obligations professionnelles envers l'employeur, il ne saurait y avoir de sanction disciplinaire.

83. – Manquement aux obligations non professionnelles. Toutefois, dans un arrêt de 2011¹⁶⁷, un salarié avait manqué à ses obligations découlant du contrat de transport applicable à tous les passagers du vol, qu'ils soient ou non salariés de la compagnie aérienne. Le salarié n'avait manifestement pas manqué à ses obligations professionnelles¹⁶⁸. La privation de l'avantage consistant en l'attribution de billets à tarifs réduits était alors fondée sur le seul contrat de transport. En application des règles du droit des contrats, l'employeur pouvait alors suspendre l'attribution des billets à tarifs réduits, sans risquer qu'une telle mesure ne soit qualifiée de sanction disciplinaire.

84. – Qualité de salarié. Toutefois, la Cour de cassation considère que l'avantage était « *lié à la qualité de salarié* ». La privation d'un tel avantage constituait alors, selon la Cour, une sanction disciplinaire, et conséquemment une sanction pécuniaire interdite. Dans cet arrêt, la Cour fait fi des règles du droit commun des contrats, et étend à ce point le domaine du droit disciplinaire que la logique disciplinaire vient prévaloir sur la logique contractuelle. Bien que le manquement ne soit pas lié aux obligations professionnelles du salarié, le fait que l'attribution de l'avantage suspendu soit « *lié[e] à la qualité de salarié* » suffit pour la Cour à faire prévaloir la logique disciplinaire sur la logique contractuelle.

164 Émettre au profit d'un groupe de voyageurs des titres de transport à un prix minoré par application d'un tarif prohibé constitue un manquement à une obligation professionnelle (Cass. soc., 22 oct. 1996, *préc.*).

165 En l'espèce, le salarié avait manqué à ses obligations professionnelles par une utilisation non conforme de billets à tarifs réduits, le salarié en ayant fait un usage commercial formellement interdit par le règlement du personnel (Cass. soc., 7 juill. 2010, n° 09-41.281).

166 Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66.792 et Cass. soc., 12 janv. 2016, n° 13-26.318

167 Cass. soc., 25 oct. 2011, n° 10-15.560

168 Le salarié avait, en l'espèce, fait un scandale au comptoir client, écartant sans politesse la passagère qui était en train d'y réaliser une transaction commerciale, et avait notamment refusé de se soumettre à la demande du responsable client qui lui demandait de se tenir à l'écart.

§2. Le renouveau de l'autonomie contractuelle

85. – Assouplissement jurisprudentiel. Puis, par un arrêt rendu le 18 janvier 2017¹⁶⁹, la Cour de cassation assouplit sa jurisprudence en matière de billets à tarifs réduits. En l'espèce, la compagnie aérienne suspend provisoirement l'attribution de ces billets en raison du comportement du salarié, en ce qu'elle refuse son transport pour des voyages ultérieurs. De nouveau, le manquement reproché au salarié n'est pas lié à ses obligations professionnelles¹⁷⁰. Comme dans l'arrêt de 2011 sus évoqué, c'est sur le fondement du contrat de transport et de l'inexécution des obligations contractuelles en découlant que le salarié est privé d'un tel avantage. Le salarié se prévaut alors devant les juges du fond de l'arrêt de 2011. Toutefois, *a contrario* de la solution rendue en 2011, la Cour de cassation – qui approuve la cour d'appel – retient que l'inexécution des obligations découlant du contrat de transport ne relève pas du domaine disciplinaire. De même, la Cour ne relève pas que l'avantage est lié à la qualité de salarié. Ainsi, la Cour de cassation restreint le champ d'application du droit disciplinaire, celui-ci n'ayant plus vocation à s'appliquer lorsque ne sont pas en cause des manquements aux obligations professionnelles. L'employeur ne saurait alors se placer sur le terrain disciplinaire, et la logique contractuelle devrait prédominer.

86. – Synthèse des solutions. En conclusion, à en croire l'évolution de la position de la Cour de cassation sur le cas des billets à tarifs réduits, trois situations doivent être distinguées. Si le salarié commet un manquement à ses obligations professionnelles, il convient de considérer que la mesure de privation de l'avantage consistant en l'attribution de billets à tarifs réduits,

169 « Mais attendu qu'ayant relevé que le contrat de transport entre la compagnie aérienne et les passagers prévoit la possibilité pour la société Air France de refuser le transport d'un passager pour des voyages ultérieurs à n'importe quel point du réseau lorsque par son comportement à bord, il met en danger l'appareil, une personne ou des biens ou qu'il empêche l'équipage de remplir ses fonctions ou qu'il ne se soumet pas aux recommandations et instructions de l'équipage, notamment si celles-ci concernent l'usage du tabac, de l'alcool ou de la drogue ou encore qu'il se conduise d'une manière qui entraîne ou peut entraîner, pour les autres passagers, pour l'équipage, une gêne à leur confort ou leur commodité, un dommage ou une blessure, et constaté, par des motifs non critiqués, que les faits reprochés à M. S. en tant que passager entraînent dans cette définition, la cour d'appel en a exactement déduit que la société pouvait, conformément aux stipulations de ce contrat, refuser son transport, comme celui de tout autre passager, pendant une durée de 18 mois, de sorte que la mesure prise par la société, sur cet unique fondement, ne constituait pas une sanction disciplinaire, au sens de l'article L. 1331-1 du Code du travail » (Cass. soc., 18 janv. 2017, n° 15-21.802, RJS 2017, n° 179).

170 Le salarié s'était alcoolisé et avait eu pendant le vol une attitude ayant suscité des plaintes d'autres passagers. Il avait tenté de se livrer à des attouchements auprès de deux passagères et d'une hôtesses de l'air qu'il avait empêchée à plusieurs reprises de remplir ses fonctions et avait en outre refusé de se soumettre aux instructions et recommandations du personnel de bord qui tentait de le calmer.

est une sanction disciplinaire. Dans le cas contraire, lorsque le salarié ne commet pas un manquement à ses obligations professionnelles, mais un manquement à ses obligations découlant du seul contrat de transport, la privation de l'avantage n'est pas, selon la Cour de cassation, une sanction disciplinaire. La privation de l'avantage ne résulte alors que de l'application du mécanisme contractuel du fait de la méconnaissance par le salarié des règles applicables à tout passager. Enfin, si les manquements du salarié ont un lien tant avec ses obligations professionnelles qu'ils sont constitutifs d'une inexécution de ses obligations découlant du contrat de transport, la jurisprudence antérieure à 2017 devrait en principe s'appliquer. La mesure de suspension du bénéfice des billets à tarifs réduits serait alors une sanction disciplinaire. La logique disciplinaire aurait de nouveau à prévaloir sur la logique contractuelle.

Section 2 – Les mesures résultant d'une inexécution contractuelle en matière commerciale

87. – Plan. En matière commerciale, le droit a systématiquement un temps de retard, en ce que les pratiques des sociétés se renouvellent constamment. Les pratiques des sociétés interviennent soit pour envisager de nouvelles situations, soit pour parfaire celles déjà existantes. Dès lors, le ou les régimes juridiques qui ont vocation à s'appliquer à un ensemble de mécanismes sont souvent inapplicables. Jusqu'à une décision judiciaire qui vient admettre la licéité de la pratique, ou une éventuelle consécration légale ou réglementaire de celle-ci, la pratique considérée survit avec le risque constant d'être invalidée. Les clauses de *bad leaver* (§1) font partie de ces pratiques des sociétés dont le législateur n'a pas encore admis la licéité de principe. Ce sont les juges qui ont dû examiner la validité de ces clauses, tant du point de vue du droit commercial que du point de vue du droit du travail. S'agissant des plans de *stock-options* (§2), la loi et la jurisprudence ont désormais élaboré le régime de ceux-ci.

§1. Les clauses de *bad leaver*

88. – Définition. En droit commercial, les clauses de *bad leaver* – littéralement clauses de « *mauvais partant* » – sont des clauses stipulées dans des pactes d'actionnaires. Une telle clause stipule que le prix de cession des actions doit varier en fonction des circonstances présidant à la perte de la qualité de salarié. Si la perte de la qualité de salarié est préjudiciable à la société, le « *partant* » est considéré comme un *bad leaver*. Les clauses de *bad leaver* peuvent concerner en pratique des salariés ainsi que des dirigeants¹⁷¹ que l'on entend priver de la qualité d'associé à leur départ et éventuellement sanctionner au moyen d'une décote appliquée au prix de rachat des actions. La terminologie de *bad leaver* n'est pas anodine, elle suggère que la dépréciation du prix de cession trouve sa justification dans le fait que le salarié est responsable de la rupture, soit par sa démission, soit que son comportement a justifié son licenciement.

89. – Licéité de la clause. La chambre commerciale de la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la validité de telles clauses dans un arrêt du 7 juin 2016¹⁷². En raison des conséquences pécuniaires des clauses de *bad leaver*, celle-ci a rendu son arrêt après avis de la chambre sociale¹⁷³. En l'espèce, une salariée s'était vue attribuer des actions à titre gratuit. La salariée et la société mère de son employeur avaient conclu « *en présence* » de ce dernier un pacte d'actionnaires prévoyant notamment que la salariée s'engageait irrévocablement à céder à la société mère la totalité de ses titres en cas de perte de sa qualité de salariée, quelle qu'en soit la cause. Le prix de cession variait selon les circonstances entourant la rupture du contrat de travail. Ainsi, en cas de rupture pour cause de licenciement autre que pour faute grave ou lourde, le prix devait être fixé à dire d'experts dégradé du coefficient 0,5. La chambre commerciale admet la validité de la clause de *bad leaver* qui participait, selon elle, « *de l'équilibre général du contrat et s'inscrivait dans un processus d'amélioration de la rémunération de l'intéressée mais également d'association à la gestion et d'intéressement au développement de la valeur de l'entreprise, en contrepartie de son activité au profit de cette entreprise* ». Toutefois, se posait la question de la validité de la clause de *bad leaver* au regard de l'interdiction des sanctions pécuniaires. La clause de *bad leaver* pouvait-elle être qualifiée

171 Cass. com., 3 févr. 2015, n° 13-28.164

172 Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17.978, *JCP S* 2016. 1329.

173 Cass. soc., 3 févr. 2016, n° 14-17.978, avis n° 9001 FS-D

de sanction disciplinaire, et partant, de sanction pécuniaire prohibée ?

90. – Solution jurisprudentielle. La Cour de cassation retient que « *la clause d'un pacte d'actionnaires passé entre un salarié, détenant des actions de la société qui l'emploie, dont partie lui a été remise à titre gratuit, et la société mère de son employeur, en présence de ce dernier, prévoyant que le salarié promet irrévocablement de céder la totalité de ses actions en cas de perte de cette qualité, pour quelque raison que ce soit, et qu'en cas de cessation des fonctions pour cause de licenciement autre que pour faute grave ou lourde, le prix de cession des titres serait le montant évalué à dire d'expert dégradé du coefficient 0,5, ne s'analyse pas en une sanction pécuniaire prohibée, en ce qu'elle ne vise pas à sanctionner un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, dès lors qu'elle s'applique également dans toutes les hypothèses de licenciement autre que disciplinaire* ».

91. – Licéité de la décote. Trois arguments s'opposaient à ce que la clause de *bad leaver* soit qualifiée de sanction disciplinaire en l'espèce¹⁷⁴. D'une part, la sanction disciplinaire suppose une mesure « *prise par l'employeur* »¹⁷⁵, alors que la cession au prix litigieux s'opérait en faveur de la société mère. Si le licenciement est bien le fait de l'employeur, le bénéfice de la cession d'actions profite à la société mère. D'autre part, s'agissant du caractère pécuniaire de cette éventuelle « sanction », la salariée était déjà titulaire des titres. Il n'y avait ainsi pas de perte de rémunération, la perte de la qualité d'associé, en elle-même, ne soustrayant la salariée à aucun gain – même potentiel – ni à aucune économie de manière directe et effective¹⁷⁶. Enfin, la vente à un prix dégradé ne pouvait constituer une sanction que si l'employeur avait licencié la salariée pour un fait « *considéré par lui comme fautif* »¹⁷⁷. Le pourvoi n'insistait pas sur cette donnée, et rien n'indiquait que le licenciement avait été prononcé pour un motif disciplinaire. Le pourvoi soutenait de façon générale que « *le fait pour un employeur d'obtenir d'un salarié, auquel il avait été attribué gratuitement des parts sociales à titre de complément de rémunération, l'engagement de rétrocéder ses parts à moindre prix en cas de licenciement, fût-il illicite, constitue incontestablement une sanction pécuniaire déguisée* ».

174 D. Baugard et N. Borga, L'admission ambiguë des clauses de *bad leaver*, *D.* 2016. 2042.

175 C. trav., art. L. 1331-1

176 F. Duquesne, La clause d'exclusion de l'actionnaire salarié sous la menace de l'interdiction des sanctions pécuniaires, *JCP S* 2017. 1087.

177 C. trav., art. L. 1331-1

92. – Application générale de la clause. L'argument principal de la Cour pour écarter la qualification de sanction semble être que la clause de *bad leaver* « *s'appliquerait également dans toutes les hypothèses de licenciement autre que disciplinaire* ». Si la clause s'applique quelle que soit la cause de licenciement, il n'apparaît pas alors de volonté de sanctionner de la part de l'employeur ; critère requis pour qualifier une mesure de sanction disciplinaire. La solution est fondée sur la généralité du motif du licenciement déclenchant la promesse de cession des titres, alors que seules les sanctions disciplinaires sont en principe visées par la prohibition des sanctions pécuniaires.

93. – Liberté contractuelle. Ainsi, la Cour de cassation replace les clauses de *bad leaver* dans leur finalité contractuelle, en ce que les parties à un pacte d'actionnaires déterminent librement les modalités d'évaluation des droits sociaux de l'associé qui perd la qualité de salarié ayant présidé à l'attribution de ces actions. L'arrêt va dans le sens de la primauté du contrat dans la nouvelle rédaction de l'article 1843-4 du Code civil qui met à l'honneur la liberté contractuelle en matière de cession de droits sociaux. Il transpose également au salarié actionnaire les solutions appliquées au dirigeant social qui s'est engagé à céder à prix réduit ses titres en présence de circonstances préalablement définies par voie d'accord¹⁷⁸.

94. – Critique. Toutefois, une telle solution est critiquable à au moins deux égards. D'une part, celle-ci est contraire à l'esprit de la clause de *bad leaver* qui, précisément, vient sanctionner le licenciement du salarié par une décote de la valeur des actions. D'autre part, l'arrêt suggère une décote plus importante en cas de licenciement pour faute grave ou lourde. Ainsi, le fait que la clause s'applique de façon générale à toutes les hypothèses de licenciement ne suffit pas à écarter le caractère de sanction de la clause qui est dès lors manifeste en cas de faute du salarié, la décote étant plus importante en cas de faute grave ou lourde.

95. – Distinction. Il apparaît que la qualification de sanction pécuniaire est reportée au stade de l'application de la clause. Dans le cas où le licenciement intervient pour un motif non disciplinaire, la clause de *bad leaver* est licite en ce qu'elle ne constitue pas une sanction pécuniaire interdite. *A contrario*, si le licenciement a un motif disciplinaire, la clause de *bad*

178 Cass. com., 3 févr. 2015, n° 13-28.164

leaver devrait être illicite en ce qu'elle constituerait une sanction pécuniaire prohibée. Une telle position est paradoxale, la décote se justifiant principalement par le fait que le salarié a commis une faute¹⁷⁹.

§2. Les plans de *stock-options*

96. – Définition. Selon la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, les plans de *stock-options* sont des promesses unilatérales de vente¹⁸⁰. Il s'agit d'une « *convention par laquelle la société s'engage envers certains salariés à leur vendre des actions à des conditions et durant un délai préalablement déterminé. Les salariés sont investis d'un droit d'option en ce sens qu'ils demeurent libres de ne pas conclure cette vente ou de la conclure en levant l'option durant le délai qui leur est imparti* »¹⁸¹. Ce sont les organes de la société qui déterminent les conditions dans lesquelles seront consenties les options de souscription ou d'achat¹⁸². Ainsi, une condition de présence des salariés au sein de la société peut être prévue ; il s'agit alors d'une « clause de présence ». D'autres clauses prévoient la caducité de la faculté d'option en cas de licenciement, de licenciement pour motif personnel, voire de licenciement pour faute grave.

97. – Licéité et illicéité. La licéité des clauses de présence est admise par la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁸³, tout comme celles excluant la possibilité de lever les options en cas de licenciement, ou de licenciement pour motif personnel¹⁸⁴ et ce, même si le licenciement s'avère injustifié¹⁸⁵. La chambre sociale a toutefois considéré que « *la privation de la faculté de lever les options en cas de licenciement pour faute grave, telle que prévue par le plan de*

179 Y. Pagnerre, Contrôle des clauses de « *bad leaver* » dans les promesses de cession d'actions détenues par un salarié, *JCP S* 2016. 1329.

180 Cass. civ. 2^e, 20 sept. 2005, n° 03-30.709

181 L. Perrin, *Stock-options* et faute grave : sanction pécuniaire prohibée, *D.* 2009. 2613.

182 C. com., art. L. 225-177 s.

183 Cass. soc., 20 oct. 2004, *RJS* 1/05, n° 66

184 La clause prévoyant la caducité du droit d'option en cas de licenciement pour motif personnel a été déclarée valide au regard de la prohibition des sanctions pécuniaires, la chambre sociale considérant « *qu'aucune plus-value n'étant réalisée au jour de la rupture du contrat, la perte du droit de lever l'option ne peut s'analyser, à cette date, en une mesure affectant la rémunération du salarié* » (Cass. soc., 20 oct. 2004, *préc.*).

185 Cass. soc., 2 févr. 2006, *JCP S* 2006. 1539. Une telle solution est critiquable puisque le salarié licencié injustement ne peut lever les options, *a contrario* du salarié licencié pour faute grave. Toutefois, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, la privation pour le salarié de son droit de lever les options constitue nécessairement un préjudice qui doit être réparé (Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-42.885).

stock-options, constitue une sanction pécuniaire prohibée »¹⁸⁶. Par ailleurs, la Cour considère que « *l'attribution de stock-options ne constitue ni le versement d'une somme, ni l'octroi d'un avantage de rémunération immédiatement perçu, mais un droit au profit du bénéficiaire de lever ou non une option* »¹⁸⁷. Il apparaît dès lors que la privation d'un tel droit qui trouve sa cause dans une faute du salarié, est une sanction pécuniaire selon la chambre sociale.

98. – Appréciation large de la prohibition des sanctions pécuniaires. Néanmoins, il peut être considéré que « *la privation du droit d'option ne consiste pas vraiment en une confiscation d'un gain monétaire, mais plutôt en la dépossession d'une espérance de gain* »¹⁸⁸. C'est pourquoi, par cet arrêt¹⁸⁹, la chambre sociale adopte une position très large vis-à-vis de la prohibition des sanctions pécuniaires¹⁹⁰, ce qui peut s'expliquer par la rédaction de l'article L. 1331-1 du Code du travail, puisque doit être considérée comme une sanction la mesure prise par l'employeur « *à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif* », que la mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la rémunération des salariés. La perte de chance peut dès lors, selon la Cour de cassation, être qualifiée de sanction pécuniaire.

99. – Validité et opportunité de la clause de présence. En revanche, une telle position ne remet pas en cause la validité des clauses de présence. En effet, elles ne répondent pas à la logique de sanction d'un fait fautif. Elles n'ont que pour objet « *d'établir un lien très sûr entre la qualité d'actionnaire et la qualité de salarié afin d'éviter que les actions ainsi acquises ne deviennent la propriété d'actionnaires extérieurs à l'entreprise* »¹⁹¹. C'est pourquoi, il convient désormais de ne s'en remettre qu'à la clause de présence, en évitant de préciser que le licenciement pour faute entraînera la caducité des options, au risque qu'une telle mesure soit requalifiée en une sanction disciplinaire. En effet, « *si le salarié est privé de l'avantage en raison de la faute grave ayant entraîné son licenciement immédiat, cela est aussi vrai pour les fautes moindres : il suffit que soit décisif le caractère fautif du comportement reproché au salarié en tant que tel par son employeur. S'il y a une sanction dans ces conditions, elle est*

186 Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 08-42.026

187 Cass. soc., 7 sept. 2017, n° 16-12.473

188 L. Perrin, *Stock-options et faute grave : sanction pécuniaire prohibée, préc.*

189 Cass. soc., 21 oct. 2009, *préc.*

190 V. *infra* n° 142 s.

191 R. Vatinet, La nature juridique des *stock-options* précisée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, *JCP S* 2005. 1417.

illicite parce que pécuniaire »¹⁹².

100. – Mécanisme contractuel. La privation de la faculté de lever les options en raison de l'application d'une clause de présence dans le plan de *stock-options* ne résulte alors que de l'application des règles contractuelles relatives au plan. Si le salarié licencié pour faute ne peut lever les options, la privation d'un tel droit ne doit pas être considérée comme étant une sanction disciplinaire. En effet, la privation de la faculté de lever l'option ne découle que de la logique contractuelle instituée par le plan, logique contractuelle qui associe la qualité de salarié à la possibilité de lever l'option, peu important le motif ayant présidé à la rupture du contrat. La logique contractuelle doit alors prévaloir sur la logique disciplinaire, sauf dans le cas où le plan de *stock-options* ne prive le salarié de la faculté de lever l'option qu'en cas de faute de celui-ci, puisqu'en pareil cas, c'est la logique disciplinaire qui a vocation à prédominer.

101. – Comparaison avec la clause de *bad leaver*. Il n'est pas aisé de comprendre la logique qui préside à de telles solutions. En effet, la clause de *bad leaver* qui prévoit une décote supplémentaire de la valeur des actions en cas de faute grave ou lourde est déclarée valable par la chambre commerciale, après avis de la chambre sociale, alors même que la mesure dépend directement de la faute du salarié et peut ainsi être considérée comme étant une sanction disciplinaire¹⁹³. Dans le même temps, la privation de la faculté de lever l'option en cas de faute grave telle que prévu par le plan de *stock-options* n'est pas valable au regard de la prohibition des sanctions pécuniaires, prohibition qui s'applique précisément parce que la mesure est assimilée à une sanction disciplinaire, car dépendant directement de la faute du salarié. Une harmonisation des régimes serait pour le moins opportune.

192 G. Couturier, Plan de *stock-options*. Clause prévoyant la perte des options en cas de licenciement pour faute grave. Sanction pécuniaire illicite., *Dr. soc.* 2010. 117.

193 L'argument tenant au caractère général de la clause de *bad leaver* qui a vocation à s'appliquer pour toutes les causes de licenciement est du reste fort critiquable (v. *supra* n° 94).

* *
*

102. – Conclusion de chapitre. Deux logiques s'affrontent : la logique disciplinaire et la logique contractuelle. Longtemps, c'est la logique disciplinaire qui avait vocation à prévaloir, notamment s'agissant des billets à tarifs réduits. Mais une telle absorption des règles du droit contractuel par le droit disciplinaire était en de nombreux cas déraisonnable, si ce n'est injustifiée. L'autonomie contractuelle – qui connaît un renouveau en droit civil avec l'ordonnance du 10 février 2016¹⁹⁴ – a vocation à renaître sous certains aspects en droit du travail. Par conséquent, la clause de *bad leaver* n'échappe pas à cette autonomie. De même, il est permis de penser que les plans de *stock-options* ont vocation à évoluer quant à leur appréhension en droit du travail, notamment au regard de la prohibition des sanctions pécuniaires.

194 Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26

PARTIE II. Le régime de la sanction disciplinaire

103. – Plan. De *regere*¹⁹⁵, le régime est, au sens large, un « *système de règles, considéré comme un tout, en tant qu'il regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière* »¹⁹⁶. A s'en fier à l'origine du mot, le régime renvoie à la direction, au sens où est imposée une manière de procéder. Le régime de la sanction disciplinaire renvoie dès lors à un encadrement de la sanction disciplinaire, encadrement qui s'impose à l'auteur de la sanction. En sus de cet encadrement qui contraint l'action de l'employeur, celui-ci doit faire face à des règles qui intéressent la personne même du salarié, en tant qu'il n'est pas seulement salarié, mais également contractant, voire simple personne. Pour ces règles, il ne s'agit plus d'envisager le régime de la sanction disciplinaire à travers le sens originel du verbe *regere*, mais de la définition plus large sus mentionnée. En effet, l'employeur qui entend infliger une sanction disciplinaire au salarié s'inscrit dans ce « *système de règles* » ; système dans lequel le salarié occupe de plus en plus une place centrale. A ce titre, le régime de la sanction disciplinaire encadre d'une part l'action de l'employeur (**TITRE I**), et institue d'autre part un ensemble de garanties pour le salarié (**TITRE II**).

195 « Diriger » en latin.

196 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018

TITRE I. L'encadrement de la sanction disciplinaire

104. – Plan. L'encadrement de la sanction disciplinaire par le législateur invite l'employeur à la prudence. Là n'est pas toutefois la seule vertu cardinale opportune. En effet, la tempérance en est une autre, en ce qu'une telle vertu « *observe la mesure et l'ordre en tout ce que nous estimons devoir faire ou dire* »¹⁹⁷. L'employeur, s'il dispose du choix de la sanction disciplinaire qu'il estime appropriée (**Chapitre 1**) doit faire preuve de prudence et doit observer « *la mesure* », en ce qu'il ne saurait s'affranchir de nombre de restrictions et d'interdictions, dont la plus emblématique demeure l'interdiction des sanctions pécuniaires (**Chapitre 2**).

197 A. de Milan, *Les devoirs*, t. I, Les Belles Lettres, Paris

Chapitre 1. Le choix de la sanction disciplinaire appropriée

105. – Plan. Si l'employeur dispose du choix de la sanction qu'il estime la plus appropriée pour sanctionner la faute commise par le salarié, encore ne faut-il pas qu'il prononce de sanction discriminatoire ou en lien avec des faits de la vie personnelle du salarié (**Section 1**), la sanction ne pouvant en outre être disproportionnée à la gravité de la faute commise, ou injustifiée (**Section 2**).

Section 1 – La discrimination et les faits de la vie personnelle

106. – Plan. L'interdiction de la discrimination (§1) s'est renouvelée, notamment à travers l'influence du droit de l'Union européenne. Elle constitue une limite certaine au pouvoir disciplinaire de l'employeur. De même, du fait de la reconnaissance d'une vie personnelle au salarié qui échappe au pouvoir disciplinaire de l'employeur, il est fait interdiction à ce dernier de sanctionner des faits qui y interviennent (§2).

§1. L'interdiction de la discrimination

107. – Historique. Lors de son adoption par la loi du 4 août 1982, l'article L. 122-45 de l'ancien Code du travail n'avait pour champ d'application que le licenciement et les sanctions disciplinaires¹⁹⁸. Il s'agissait d'une vision limitée des actes potentiellement discriminatoires. Le législateur est ainsi venu compléter à diverses reprises¹⁹⁹ la liste des actes susceptibles de

¹⁹⁸ « *Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses. Toute disposition contraire est nulle de plein droit* » (C. trav., anc. art. L. 122-45).

¹⁹⁹ V. notamment la L. n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JORF* n° 0182 du 8 août 2009, p. 13240 et la L. n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, *JORF* n° 0182 du 7 août 2012, p. 12921

générer des discriminations²⁰⁰.

108. – Égalité de traitement. En matière disciplinaire, la Cour de cassation avait pu induire la thèse d'une stricte égalité de traitement pour les auteurs d'une même faute²⁰¹. La chambre sociale a finalement admis que « *s'il est interdit à l'employeur, sous peine de nullité de la mesure, de pratiquer une discrimination au sens de l'article L. 122-45 du Code du travail, il lui est permis, dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires et dans l'intérêt de l'entreprise, de sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute* »²⁰². Toutefois, une telle différence de traitement ne saurait masquer un détournement de pouvoir²⁰³. En effet, « *l'individualisation de la sanction doit être dictée par l'intérêt de l'entreprise et non par le souci de l'employeur d'assouvir une rancœur personnelle à l'encontre de tel salarié* »²⁰⁴. Si le principe de non-discrimination et le principe de l'égalité de traitement se rejoignent et concourent à un objectif général d'égalité, ils se caractérisent pour le moins par une différence de méthode. Ainsi, « *là où la non-discrimination s'attache aux motifs, le positionnement en terme d'égalité implique d'opérer une comparaison au sein d'un périmètre défini* »²⁰⁵.

109. – Principe. La discrimination réside dans l'usage de critères illicites pour arrêter certaines décisions, lesdits critères étant évoqués par l'article L. 1132-1 du Code du travail.

200 « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une autre langue que le français* » (C. trav., art. L. 1132-1).

201 Cass. soc., 1^{er} déc. 1988, *Dr. soc.* 1990. 107 et Cass. crim., 7 févr. 1989, *Dr. soc.* 1989. 509.

202 Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-42.270 et n° 89-40.380 et Cass. soc., 17 déc. 1997, *JCP* 1997 II 22773. « *Le fait de sanctionner différemment des salariés ne constitue pas en soi une discrimination au sens de la loi* » (Cass. soc., 1^{er} févr. 1995, n° 91-44.908).

203 Cass. soc., 14 mai 1998, n° 96-41.755

204 G. Soury, La protection du salarié : jurisprudence récente relative au droit disciplinaire dans l'entreprise, Rapport, Cour de cassation, 2000

205 D. Everaert-Dumont, Régime probatoire de la discrimination syndicale, *JCP S* 2009. 1403.

Au-delà des critères se rapportant à la personne en tant que telle (âge, apparence physique, handicap, etc.), la disposition consacre le principe de non-discrimination en raison de certaines activités qui se rapportent à la vie professionnelle. En effet, ne peuvent être prises en considération par l'employeur pour infliger une sanction disciplinaire à un salarié ses « *activités syndicales ou mutualistes* »²⁰⁶ ou « *l'exercice normal du droit de grève* »²⁰⁷. L'utilisation par un employeur d'un de ces critères prohibés porte atteinte à l'exercice de droits fondamentaux. C'est pourquoi, le principe de non-discrimination assure tant l'égalité que la liberté. En effet, l'exercice licite d'un droit ne saurait constituer une faute ou, en tout cas, un motif de sanction.

110. – Droit de grève. A ce titre, l'exercice « *normal* »²⁰⁸ du droit de grève ne peut donner lieu à sanctions disciplinaires, sauf faute lourde²⁰⁹. Toutefois, l'article L. 2511-1 du Code du travail n'exige une faute lourde que pour le seul licenciement du salarié gréviste²¹⁰, l'article L. 1132-1 du même code interdisant les seules sanctions discriminatoires prononcées à l'encontre du salarié gréviste « *à raison de l'exercice normal du droit de grève* ». A en croire la lettre des textes, des sanctions disciplinaires autres que le licenciement pourraient être prononcées en cas d'exercice anormal du droit de grève, même en l'absence de faute lourde²¹¹. En réalité, la Cour de cassation n'a pas admis une telle gradation des sanctions susceptibles de frapper un gréviste en fonction de la gravité des fautes qui lui seraient reprochées. En effet, celle-ci considère que toute sanction disciplinaire prise à l'occasion d'une grève ne peut être fondée que sur une faute lourde²¹². L'exigence d'une faute lourde s'explique par le fait que « *n'étant plus, pendant la grève, dans la position d'un subordonné qui reçoit et qui doit exécuter des ordres, le gréviste n'est plus en situation d'être sanctionné par l'employeur. Le principe doit*

206 C. pén., art. L. 225-1

207 C. trav., art. L. 1132-2

208 L'exercice anormal du droit de grève est caractérisé en cas d'abus du droit de grève avec la désorganisation volontaire de l'entreprise notamment, et en cas d'actes illicites commis à l'occasion de la grève comme les vols, les violences ou les séquestrations.

209 L'employeur ne peut se prévaloir des dispositions du règlement intérieur, ni de celles d'une note de service, afin d'infliger une sanction disciplinaire à un gréviste pour des faits non constitutifs d'une faute lourde (Cass. soc., 16 déc. 1968, *Dr. soc.* 1969. 318).

210 « *L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié. Son exercice ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunération et d'avantages sociaux. Tout licenciement prononcé en l'absence de faute lourde est nul de plein droit* » (C. trav., art. L. 2511-1).

211 R. Vatinet, Identification de la faute lourde du gréviste, *JCP S* 2007. 1863.

212 Cass. soc., 16 déc. 1992, n° 91-41.215. La faute lourde suppose une « *participation active* » du salarié à l'entrave reprochée (Cass. soc., 18 sept. 2007, n° 06-41.761 concernant une entrave à la libre circulation des trains et des voyageurs).

donc être la suspension momentanée du pouvoir disciplinaire dans l'entreprise »²¹³. La faute lourde dans cette hypothèse est la seule exception ; celle-ci étant prévue par la loi. Par ailleurs, la Cour de cassation admet qu'une différence de traitement entre des salariés grévistes, fondée indirectement mais nécessairement sur les « *conséquences* » du mouvement de grève, constitue une discrimination indirecte en raison de l'exercice du droit de grève²¹⁴. La sanction d'une mesure discriminatoire fondée sur l'exercice normal du droit de grève étant la nullité, la réintégration du salarié gréviste qui n'a pas commis de faute lourde est de droit²¹⁵.

111. – Activités syndicales. La prohibition des sanctions disciplinaires en raison de l'activité syndicale du salarié s'inscrit dans le cadre plus général de la protection de la liberté et de l'action syndicales qui interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance ou l'exercice d'une activité syndicale dans ses rapports avec le salarié. La non-discrimination en raison de l'activité syndicale n'est pas nouvelle, l'accord de Matignon du 7 juin 1936 énonçant que « *les employeurs s'engagent à ne pas prendre en considération le fait d'appartenir ou de ne pas appartenir à un syndicat pour arrêter leurs décisions en ce qui concerne l'embauchage, la conduite ou la répartition du travail, les mesures de discipline ou de congédiement* ». La sanction disciplinaire infligée au salarié en raison de ses activités syndicales est nulle²¹⁶. Ainsi, la mise à pied disciplinaire motivée par la désignation récente d'un salarié en qualité de délégué syndical constitue tant le délit de discrimination syndicale que celui d'entrave à l'exercice du droit syndical²¹⁷. Il apparaît que « *la concomitance ou la proximité dans le temps de l'engagement syndical et de la décision de l'employeur constituent un indice fort de discrimination* »²¹⁸. Du reste, si l'action en justice est engagée en règle générale par la victime de la discrimination, les syndicats disposent d'une action de substitution²¹⁹, en sus du droit de se constituer partie civile dans tout contentieux individuel afin d'assurer la défense de l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent²²⁰. En cas de contentieux sur la mesure de l'employeur, le juge doit relever l'existence d'une activité

213 G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, 32^e éd., Dalloz, 2019, p. 1789

214 Cass. soc., 9 juill. 2015, n° 14-12.779

215 « *Le licenciement des salariés grévistes, sauf faute lourde de leur part, étant nul de plein droit, le juge doit ordonner, si les intéressés le demandent, la poursuite de l'exécution des contrats de travail qui n'ont pas été valablement rompus* » (Cass. soc., 4 mai 1994, *Cah. soc. barreau*, 1994, n° 61 A.35).

216 Cass. soc., 4 déc. 2001, *RJS* 2002, n° 197. Sur une demande de suspension en référé d'une mise à pied disciplinaire d'un salarié titulaire d'un mandat représentatif, v. Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 16-12.109

217 Cass. crim., 25 janv. 2000, n° 99-82.476

218 L. Bonnard-Plancke et P.-Y. Verkindt, La lutte contre la discrimination syndicale, *Dr. soc.* 2006. 393.

219 C. trav., art. L. 1134-2

220 C. trav., art. L. 2132-3

syndicale sous quelque forme que ce soit sur la base des informations fournies par le demandeur. Le juge doit ensuite apprécier si les éléments de fait produits par le salarié sont susceptibles de caractériser une inégalité de traitement. Dans l'affirmative, il lui appartiendra d'examiner les arguments de l'employeur faisant valoir que la disparité de traitement est justifiée par des éléments objectifs²²¹.

112. – Droit de retrait. Conformément à la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989²²², le Code du travail prévoit que « *le travailleur alerte immédiatement l'employeur²²³ de toute situation de travail²²⁴ dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection. Il peut se retirer d'une telle situation* »²²⁵. L'exercice du droit de retrait ne peut donner lieu à sanctions disciplinaires lorsque le salarié avait un motif raisonnable²²⁶ de penser que la situation de travail présentait un danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé²²⁷. Le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice légitime par le salarié du droit de retrait de son poste de travail dans une situation de danger est nul²²⁸. *A contrario*, l'exercice non fondé du droit de retrait par le salarié constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement²²⁹, tout comme il est susceptible d'entraîner une retenue sur salaire en raison de la prestation de travail non fournie²³⁰.

113. – Lanceur d'alerte. Qu'il s'agisse pour un salarié de relater ou de témoigner, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime et qui en aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ou, de signaler une alerte²³¹ conformément à la loi du 9 décembre

221 Cass. soc., 9 nov. 2005, n° 03-47.893

222 « *Un travailleur qui, en cas de danger grave, immédiat et qui ne peut être évité, s'éloigne de son poste de travail et/ou d'une zone dangereuse ne peut en subir aucun préjudice et doit être protégé contre toutes conséquences dommageables et injustifiées, conformément aux législations et/ou pratiques nationales* » (art. 8, § 4, directive 89/391/CEE, 12 juin 1989).

223 Le salarié n'a pas à informer l'employeur par écrit (Cass. soc., 28 mai 2008, n° 07-15.744).

224 Le droit de retrait ne peut être exercé que pendant l'exécution du contrat de travail (Cass. soc., 9 oct. 2013, n° 12-22.288).

225 C. trav., art. L. 4131-1

226 L'exercice du droit de retrait ne doit par ailleurs pas créer pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent (C. trav., art. L. 4132-1).

227 C. trav., art. L. 4131-3

228 Cass. soc., 28 janv. 2009, *RDT* 2009. 167 et Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-21.272

229 Cass. soc., 6 déc. 1990, *Cah. soc. barreau*, 1991, 47, S. 25.

230 Cass. crim., 25 nov. 2008, *Bull. crim.*, n° 239, *Dr. soc.* 2009. 369.

231 Encore faut-il que le salarié s'inscrive dans une démarche désintéressée et qu'il soit de bonne foi. Il faut en outre que l'alerte corresponde à la dénonciation d'un délit, d'un crime ou d'une violation grave d'une norme internationale, légale ou réglementaire, ou d'une menace ou d'un préjudice graves pour l'intérêt général dont

2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique²³², le salarié est protégé contre toute sanction disciplinaire intervenant pour un tel motif²³³. En général, l'employeur qui souhaitera infliger une sanction disciplinaire au salarié se fondera sur la violation par celui-ci de son obligation de loyauté dans l'exécution du contrat de travail, ou bien sur la violation d'une clause de confidentialité. L'immunité ainsi consacrée au lanceur d'alerte se traduit par la nullité de la sanction disciplinaire prise sur le fondement de la dénonciation opérée par le salarié²³⁴.

114. – Harcèlement moral ou sexuel. Il est interdit à l'employeur de sanctionner le salarié qui a subi ou refusé de subir un harcèlement moral ou sexuel²³⁵, tout comme il est interdit de sanctionner un salarié qui a dénoncé des faits de harcèlement moral, sauf mauvaise foi²³⁶.

115. – Conclusion. La protection générale contre la discrimination – comme les protections plus spécifiques – illustre le double mouvement de lutte contre la discrimination qui peut avoir lieu dans l'environnement de travail au sens large. D'une part, est accordée une protection au titre de l'exercice d'un droit par le salarié et, d'autre part, doit être protégé le salarié qui est victime d'un agissement fautif commis par autrui.

§2. L'interdiction de sanctionner la vie personnelle du salarié

116. – Principe. Si la discipline était une technique visant « *à avoir prise sur le corps des autres, non pas simplement pour qu'ils fassent ce qu'on désire, mais pour qu'ils opèrent comme on veut, avec les techniques, selon la rapidité et l'efficacité qu'on détermine* »²³⁷, il apparaît désormais que le salarié n'est plus « *une force de travail brute, dépouillée de tout ce qui fait la personnalité d'un être humain, afin d'en garantir une utilisation optimale qui ne*

le salarié a eu personnellement connaissance. L'alerte doit d'abord être portée à la connaissance du supérieur hiérarchique direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci. Ce n'est qu'en cas d'inertie que l'alerte peut être adressée à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels, la première étape du signalement devenant facultative en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles (art. 6 et 8 de la L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016).

232 L. n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* du 10 décembre 2016

233 C. trav., art. L. 1132-3-3

234 C. trav., art. L. 1132-4

235 C. trav., art. L. 1152-2 et L. 1153-2

236 Cass. soc., 19 oct. 2011, n° 10-16.444 et Cass. soc., 25 nov. 2015, *RJS* 2/16, n° 96

237 M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 162

soit pas « parasitée » par la survenance d'événements liés à la personne du salarié »²³⁸. En effet, « l'évolution va dans le sens de ce qu'on reconnaît au salarié qu'il est une personne sujet de droits et titulaires de libertés, ce qui vient de facto limiter le pouvoir disciplinaire de l'employeur »²³⁹. Ainsi, « même sur les lieux du travail, une certaine opacité de la personne du salarié doit être exigée. Le salarié n'est pas seulement un être de travail. Son identité intime doit être respectée »²⁴⁰. L'impossibilité pour l'employeur d'infliger une sanction à un salarié qui commet une faute dans sa vie personnelle s'inscrit dans une telle évolution. Ainsi, une sanction disciplinaire ne peut en principe être prononcée qu'en raison « des faits constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles envers l'employeur »²⁴¹. C'est pourquoi, un fait relatif à la vie personnelle du salarié ne saurait être qualifié de faute disciplinaire²⁴², et ne saurait donner lieu à une sanction disciplinaire²⁴³, sauf si le fait intervenu dans la vie personnelle du salarié constitue « un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail »²⁴⁴.

117. – Évolution jurisprudentielle. La chambre sociale affirmait tout d'abord qu'un « fait de la vie privée²⁴⁵, ne constitue pas un manquement aux obligations résultant du contrat de travail »²⁴⁶. Puis, celle-ci admettait que le trouble objectif causé à l'entreprise par un fait de la vie personnelle justifiait un licenciement pour un motif non disciplinaire²⁴⁷. Mais à partir de 2002, les licenciements pour trouble objectif causé à l'entreprise ne sont plus nécessairement distingués des licenciements pour motif disciplinaire²⁴⁸. Dès lors, des arrêts de la chambre sociale admettent le licenciement pour motif disciplinaire pour un fait tiré de la vie personnelle du salarié²⁴⁹, tandis que d'autres écartent une telle possibilité²⁵⁰. La diversité des

238 S. Frossard, Les évolutions du droit disciplinaire, *Dr. soc.* 2004. 2450.

239 *Ibid.*

240 P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, t. I, Dalloz, 1947, n° 172, p. 158

241 Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66.792 et Cass. soc., 12 janv. 2016, n° 13-26.318

242 Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256 et ce, même si le fait est commis aux lieux et temps de travail (Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942), et qu'il est constitutif d'une infraction pénale et conduit le salarié à être placé en détention provisoire (Cass. soc., 26 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 630).

243 Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150

244 Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464

245 Sur la distinction de la vie privée avec la vie personnelle (ou extraprofessionnelle), v. notamment M. Despax, La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, *JCP* 1963 I. 1776 et J. Savatier, La protection de la vie privée des salariés, *Dr. soc.* 1992. 329, ainsi que P. Waquet, La vie personnelle du salarié, *Dr. soc.* 2004. 23.

246 Cass. soc., 16 déc. 1997, *RJS* 2/98, n° 141

247 Cass. soc., 30 nov. 2005, n° 04-13.877

248 Cass. soc., 3 déc. 2002, n° 00-44.321

249 Cass. soc., 25 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 630.

250 Cass. soc., 26 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 630.

solutions dégagées par la chambre sociale se révélait ainsi problématique. A titre d'illustration, la Cour admettait la qualification de faute grave pour des faits de vol commis en dehors du temps de travail à l'encontre d'un tiers²⁵¹, tandis qu'elle rejetait la qualification de faute du salarié pour un viol commis en dehors du temps de travail²⁵².

118. – Trouble caractérisé dans l'entreprise. Puis, opportunément, la chambre mixte de la Cour de cassation considéra que si la faute extra-professionnelle constitue « *un trouble caractérisé dans l'entreprise* », elle ne peut justifier qu'un licenciement pour motif personnel non disciplinaire. En effet, un trouble objectif ne saurait permettre en lui-même de fonder une sanction disciplinaire à l'encontre du salarié, en l'absence de « *manquement aux obligations résultant de son contrat* »²⁵³. Par cet arrêt, la chambre mixte met alors fin aux incertitudes antérieures.

119. – Réaction de l'employeur à la faute extra-professionnelle. Ainsi, si l'employeur ne peut infliger une sanction disciplinaire à l'encontre du salarié qui a commis une faute dans sa vie personnelle, il n'est pas pour autant dépourvu de tout moyen d'action. En effet, lorsque le fait commis dans la vie personnelle du salarié cause un trouble objectif à l'entreprise, compte tenu de la nature de l'activité et du poste occupé par celui-ci²⁵⁴, un licenciement – pour un motif autre que disciplinaire – peut être envisagé.

120. – Séparation des vies personnelle et professionnelle. Il est des cas où séparer la vie professionnelle de la vie personnelle n'est pas aisé, un même fait pouvait relever tant de la vie personnelle que de la vie professionnelle. Il apparaît que dans cette hypothèse, l'employeur retrouve son pouvoir disciplinaire, la faute disciplinaire absorbant en quelque sorte la dimension personnelle de celle-ci. Ainsi, l'utilisation pendant le temps de travail du poste téléphonique ou du courrier électronique mis à disposition par l'employeur pour un usage extraprofessionnel qu'il interdit, peut donner lieu à sanctions disciplinaires²⁵⁵, tout comme l'utilisation d'un véhicule de fonction pour un usage contraire aux consignes de l'employeur²⁵⁶.

251 Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 00-44.918

252 Cass. soc., 13 sept. 2006, n° 05-42.909

253 Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803

254 Cass. soc., 20 nov. 1991, *Dr. soc.* 1992. 79.

255 Cass. soc., 29 janv. 2008, *RJS* 5/08, n° 511

256 Cass. soc., 20 janv. 2004, n° 01-45.718

De même, la chambre sociale a considéré que « *le message, envoyé par le salarié aux temps et lieu de travail, qui était en rapport avec son activité professionnelle, ne revêtait pas un caractère privé et pouvait être retenu au soutien d'une procédure disciplinaire à son encontre* »²⁵⁷.

121. – Faits révélant la dangerosité du salarié. Il est d'autres cas où le salarié commet un acte dans sa vie personnelle qui révèle sa dangerosité. S'il ne peut être sanctionné, celui-ci doit au moins pouvoir faire l'objet d'une mesure conservatoire²⁵⁸ ; ce que la Cour de cassation admet, la mise à pied conservatoire pouvant précéder un licenciement non disciplinaire²⁵⁹.

122. – Obligations professionnelles. Enfin, certaines obligations professionnelles se prolongent même au-delà du temps subordonné²⁶⁰, si bien qu'un fait de vie *a priori* personnelle peut s'avérer être une faute disciplinaire pouvant donner lieu à une sanction. Tel est le cas lorsqu'un salarié abuse de son pouvoir hiérarchique pour obtenir des faveurs sexuelles en dehors des temps et lieu de travail²⁶¹. De même, des arrêts admettent la faute disciplinaire notamment pour des faits commis à l'occasion d'un séjour organisé par l'employeur²⁶² ou pour l'injure faite à un supérieur hiérarchique lors d'une fête foraine²⁶³.

123. – Réseaux sociaux. En effet, si le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci de sa liberté d'expression, celle-ci connaît des limites. Ainsi, les propos injurieux, diffamatoires ou excessifs à l'encontre de l'entreprise, de ses dirigeants ou de ses collègues de travail constitue un abus de la liberté d'expression du salarié²⁶⁴. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a considéré que « *les propos injurieux et offensants tenus par un salarié à l'encontre de son employeur sur un compte de réseau social Facebook, dans un groupe fermé accessible aux seules personnes agréées par lui et peu nombreuses, relèvent d'une*

257 Cass. soc., 2 févr. 2011, n° 09-72.313 et n° 09-72.449. *A contrario*, « si un courriel non identifié comme personnel est présumé professionnel, l'employeur ne peut l'utiliser pour sanctionner le salarié lorsque son contenu relève de sa vie personnelle » (Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 10-17.284).

258 V. *supra* n° 32 s.

259 Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 07-44.491

260 Telle l'obligation de loyauté qui découle de ce que « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* » (C. trav., art. L. 1222-1).

261 Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-12.930

262 Cass. soc., 8 oct. 2014, n° 13-16.793

263 Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-41.820

264 Cass. soc., 14 déc. 1999, n° 97-41.995

conversation de nature privée qui ne peut faire l'objet d'une sanction »²⁶⁵. En l'espèce, les propos étaient tenus dans un cadre strictement privé, c'est-à-dire non librement accessible. Par ailleurs, seules quatorze personnes avaient accès aux propos. Si les propos avaient été librement accessibles, les propos offensants à l'encontre de l'employeur auraient pu être invoqués pour infliger une sanction disciplinaire au salarié fautif²⁶⁶. La difficulté réside en ce que les réseaux sociaux – qui impliquent de nouveaux espaces d'expression – sont tantôt assimilés à des espaces publics, tantôt à des espaces privés²⁶⁷. En vertu des critères retenus par la Cour de cassation – à savoir l'accessibilité et le nombre de personnes ayant accès au contenu –, il apparaît que la conversation aura une nature « publique » lorsque les propos sont tenus dans un groupe « ouvert », c'est-à-dire accessible par tous sans nécessité d'agrément²⁶⁸. Les propos injurieux et offensants tenus par un salarié à l'encontre de son employeur peuvent alors être sanctionnés²⁶⁹.

Section 2 – L'interdiction des sanctions disciplinaires disproportionnées et injustifiées

124. – Plan. L'employeur qui inflige une sanction disciplinaire au salarié doit veiller à ce que celle-ci ne soit pas injustifiée (§1), ni disproportionnée (§2) à la faute commise. Si le pouvoir de l'employeur est discrétionnaire, il s'exerce *in fine* sous le contrôle judiciaire.

§1. La sanction disciplinaire injustifiée

125. – Principe. Le juge doit apprécier « *si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction* »²⁷⁰. La recherche du caractère justifié de la sanction implique un contrôle juridictionnel particulièrement étendu. En effet, le juge est amené à répondre à un

265 Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-11.690

266 Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, n° 10/00853

267 Facebook « *peut constituer soit un espace privé, soit un espace public, en fonction des paramétrages effectués par son utilisateur* » (CA Rouen, 15 nov. 2011, n° 11/01827 et n° 11/01830).

268 Le critère tenant au nombre de personnes ayant accès aux propos étant *de facto* rempli. De même, la nature privée de la conversation ne saurait être retenue dans le cas où un grand nombre de personnes a accès aux propos malgré le caractère « fermé » de la conversation.

269 Le salarié qui dénigre son employeur et des cadres de l'entreprise sur son compte Facebook « ouvert au public » peut être licencié (CA Lyon, 24 mars 2014, n° 13/03463).

270 C. trav., art. L. 1333-1 al. 1

grand nombre d'interrogations. Parmi celles-ci : les faits existent-ils ? sont-ils imputables au salarié ? constituent-ils un manquement aux obligations professionnelles du salarié ? En tout état de cause, si la sanction disciplinaire est injustifiée, le juge peut l'annuler²⁷¹.

126. – Contrôle de la matérialité des faits. En vue de contrôler la matérialité des faits reprochés au salarié, c'est-à-dire leur existence, « *l'employeur fournit au conseil de prud'hommes les éléments retenus pour prendre la sanction* »²⁷². Le contrôle de la matérialité des faits reprochés au salarié est « *essentiellement une question de preuve* »²⁷³. En pratique, il revient à l'employeur de se ménager la preuve de la faute qu'il invoque à l'appui de la sanction disciplinaire bien qu'aucune des parties ne supporte directement la charge de la preuve. En effet, « *le conseil de prud'hommes forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* »²⁷⁴. Si les faits ne sont pas établis, le doute profite au salarié, le juge devant faire état de ce doute lorsqu'il existe²⁷⁵.

127. – Contrôle de la qualification des faits. Lorsque les faits existent, le contrôle juridictionnel porte sur la qualification de ceux-ci. En effet, pour que la sanction soit justifiée, encore faut-il que les faits reprochés au salarié constituent un manquement de celui-ci à ses obligations professionnelles²⁷⁶. En outre, le juge peut être amené à contrôler la gravité de la faute. Il peut à ce titre estimer qu'est injustifiée la sanction qui intervient pour un fait dont l'employeur avait connaissance depuis plusieurs années et qu'il n'avait pourtant pas sanctionné²⁷⁷. Ce contrôle implique-t-il pour autant une faculté de requalification ? La Cour de cassation considère que les juges du fond s'ils peuvent atténuer la qualification de la faute, ne sauraient aggraver celle-ci²⁷⁸, ni subordonner la justification de la sanction à la condition que

271 C. trav., art. L. 1333-2

272 C. trav., art. L. 1333-1 al. 2

273 F. Vennin, La contestation des sanctions disciplinaires par le salarié, *Dr. soc.* 1990. 769.

274 C. trav., art. L. 1333-1 al. 3

275 Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-17.538

276 Une sanction disciplinaire ne peut être prononcée « *qu'en raison des faits constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles envers l'employeur* » (Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66.792 et Cass. soc., 12 janv. 2016, n° 13-26.318). « *Le fait pour un responsable d'agence de pratiquer le covoiturage avec un véhicule de fonction à l'insu de son employeur, en l'exposant à un risque compte tenu de l'absence de couverture de cette activité par l'assureur, constitue une faute justifiant le licenciement* » (CA Rennes, 31 août 2018, n° 16/05660).

277 Cass. soc., 14 sept. 2016, n° 15-13.740 concernant l'utilisation d'un véhicule de service pour l'exercice par le salarié de ses fonctions de représentation syndicale.

278 Cass. soc., 26 juin 2013, n° 11-27.413

les fautes reprochées présentent le caractère de fautes graves ou lourdes²⁷⁹.

128. – Référence à une norme. Par ailleurs, le contrôle de la qualification des faits fautifs n'est pas le même selon que l'employeur se réfère ou non à une norme. En effet, lorsque le fait reproché au salarié constitue la violation d'une règle édictée par l'employeur à travers le règlement intérieur²⁸⁰ ou en vertu d'un ordre précis et direct, le contrôle de la qualification est restreint car « *il ne porte pas sur la règle de référence. Il ne porte que sur l'existence de la violation* »²⁸¹. En revanche, lorsque les faits sont qualifiés de fautifs par l'employeur sans référence précise à une norme, le contrôle du juge est étendu en ce qu'il porte non sur l'existence de la violation, mais sur le contenu des exigences de l'employeur et sur la qualification fautive retenue par celui-ci.

§2. La sanction disciplinaire disproportionnée

129. – Après 1982. La loi de 1982 introduit une exigence de proportionnalité qui invite l'employeur à la prudence²⁸². En effet, l'article L. 1333-2 du Code du travail dispose désormais que « *le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction*²⁸³ (...) *disproportionnée à la faute commise* ». Toutefois le contrôle judiciaire est un contrôle de la disproportion, et non de la proportion. En effet, comme il a été souligné lors des débats parlementaires, « *le conseil de prud'hommes (...) devra vérifier si la sanction est disproportionnée à la faute, et non si elle est proportionnée ; c'est là plus qu'une différence de vocabulaire* »²⁸⁴.

130. – Principe. Si le juge peut apprécier le caractère disproportionné de la sanction eu égard à la faute reprochée au salarié²⁸⁵, encore faut-il qu'il indique en quoi la sanction prise est disproportionnée²⁸⁶. Pour apprécier le caractère disproportionné de la sanction, le juge peut

279 Cass. soc., 2 mars 1993, n° 89-41.612

280 La sanction n'est justifiée que si elle est prévue par le règlement intérieur (Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-42.740).

281 F. Vennin, La contestation des sanctions disciplinaires par le salarié, *préc.*

282 Le contrôle judiciaire s'applique à toutes les sanctions, même à celles qui ne donnent pas lieu à la mise en œuvre de la procédure disciplinaire (Cass. soc., 3 mars 1988, n° 85-42.006 concernant l'avertissement).

283 V. *infra* n° 189 s.

284 *JOAN* 18 mai 1982, p. 2317

285 Cass. soc., 14 nov. 2000, n° 98-45.309

286 Cass. soc., 23 avr. 1986, *Bull. civ.* V, n° 160 et *a contrario* Cass. soc., 12 févr. 1987, *D.* 1988. 98.

notamment tenir compte des circonstances²⁸⁷, de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, de l'existence ou de l'absence de fautes antérieures. La faculté d'annulation de la sanction disproportionnée à la faute commise que le juge tient de l'article L. 1333-2 du Code du travail n'implique pas pour autant une faculté de modification de la sanction²⁸⁸. Tout au plus, le juge peut ramener la sanction à celle fixée par le règlement intérieur ou la convention collective²⁸⁹, bien que le juge ne saurait être lié par une clause du règlement intérieur attachant une sanction déterminée à une faute précise. En effet, une règle édictée par l'employeur ne peut tenir en échec le contrôle judiciaire de la proportionnalité²⁹⁰, d'autant qu'il apparaît que « l'appréciation que [le juge] porte sur la gravité comparée de la faute commise et de la sanction encourue relève de l'équité plus que du droit. Le contrôle judiciaire de la proportionnalité entre la gravité de la faute et celle de la sanction s'apparente à un contrôle d'opportunité »²⁹¹ en ce que le juge ne fait pas application d'une échelle de fautes qui aurait été établie par un texte.

* *
*
*
*

131. – Conclusion de chapitre. L'action de l'employeur est fortement encadrée, en ce que tant la vie personnelle que professionnelle du salarié est « protégée ». Le principe de non-discrimination est à ce point étendu qu'il s'applique à la fois en considération de la personne – peu importe le lien de subordination à l'égard de l'employeur –, qu'il s'agisse de ses caractéristiques essentielles, ou de ses activités ou actes en lien avec son activité professionnelle. L'interdiction des sanctions pour des faits intervenus dans la vie personnelle du salarié s'inscrit dans la même logique. La qualité de salarié ne saurait définir exclusivement la personne ; celle-ci bénéficie d'une vie personnelle qui échappe en principe

287 « La cour d'appel, qui a constaté que le fait reproché demeurait isolé dans une situation de conflit difficile à maîtriser et que la salariée était une personne pondérée dont les qualités professionnelles étaient unanimement appréciées, a légalement justifié sa décision » d'annulation de l'avertissement (Cass. soc., 6 avr. 2016, n° 14-26.611).

288 Cass. soc., 24 janv. 2018, n° 16-22.594 concernant la réduction de la durée d'une mise à pied disciplinaire.

289 Cass. soc., 27 févr. 1985, n° 83-44.955

290 Cass. soc., 9 oct. 1985, JS 1985, SJ. 318

291 J. Savatier, Le contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire de l'employeur depuis la loi du 4 août 1982, *Dr. soc.* 1986. 501.

au pouvoir disciplinaire de l'employeur. Enfin, lorsque l'employeur est en mesure de sanctionner le salarié, l'encadrement du pouvoir disciplinaire le conduit à respecter deux limites sous peine d'annulation de la sanction prononcée : la sanction doit être proportionnée à la faute du salarié, et elle doit être justifiée.

Chapitre 2. L'interdiction des sanctions pécuniaires

132. – Plan. L'article L. 1331-2 du Code du travail dispose que « *les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite* ». L'article L. 1334-1 du même code sanctionne une telle pratique en disposant que « *le fait d'infliger une amende ou une sanction pécuniaire en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1331-2 est puni d'une amende de 3 750 euros* ». La Cour de cassation ne valide qu'une admission restreinte des conséquences pécuniaires (**Section 1**) et a consacré une interdiction large des sanctions pécuniaires (**Section 2**).

Section 1 – Une admission restreinte des conséquences pécuniaires

133. – Plan. L'étude de la jurisprudence de la chambre sociale conduit à considérer deux cas²⁹² dans lesquels sont admises les conséquences pécuniaires d'une mesure patronale, soit en raison de l'absence de prestation de travail (§1) qui justifie qu'une retenue sur salaire soit opérée, soit, lorsqu'elle est la conséquence indirecte d'une sanction disciplinaire (§2).

§1. La conséquence pécuniaire liée à l'absence de prestation de travail

134. – Retenue sur salaire. « *Une retenue sur salaire fondée sur l'absence de travail fournie ne constitue pas une sanction disciplinaire* »²⁹³. En effet, lorsque le salarié n'accomplit pas sa prestation de travail, une retenue sur rémunération apparaît justifiée en ce que le salaire constitue « *la prestation fournie par l'employeur en contrepartie du travail fourni à son*

292 Sauf à considérer les cas de suspension du contrat de travail, et les retenues sur salaire justifiées par une cause licite, comme la retenue des indemnités complémentaires de maladie en cas de refus de la contre-visite par le salarié (Cass. soc., 9 déc. 1992, *RJS* 3/1993, n° 276), ou comme la réclamation au salarié de sommes indûment perçues (Cass. soc., 18 nov. 1992, *Bull. civ.* V, n° 552, *Dr. soc.* 1993. 57).

293 J. Savatier, Les formes de l'avertissement et le rôle du juge des référés prud'homal dans le contrôle des sanctions disciplinaires, *Dr. soc.* 1984. 184.

profit »²⁹⁴. Que le salarié justifie ou non une telle absence²⁹⁵, l'employeur peut prononcer une mesure à répercussion pécuniaire ; celle-ci ne sera pas analysée en une sanction pécuniaire prohibée car l'employeur ne sanctionne pas un comportement qu'il juge fautif²⁹⁶. Doivent être assimilés à une absence d'exécution les retards dans la prise de poste ; ils permettent une retenue sur la rémunération²⁹⁷. Toutefois, la retenue opérée doit être proportionnée²⁹⁸ à la durée de l'absence ou au retard du salarié. A défaut, elle est une sanction pécuniaire prohibée²⁹⁹. La réduction ou la suppression d'une prime d'assiduité peut également être décidée, sous réserve du respect de l'exigence de proportionnalité³⁰⁰.

135. – Heures supplémentaires. Il est admis en jurisprudence qu'un salarié n'a pas de droit acquis à la réalisation d'heures supplémentaires³⁰¹, celles-ci étant décidées unilatéralement par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction. Pourtant, si l'employeur décide que le salarié ne réalisera plus d'heures supplémentaires, la conséquence pécuniaire est certaine. Pourrait-il s'agir d'une sanction pécuniaire ? Selon la Cour de cassation, il ne saurait y avoir de sanction pécuniaire dès lors que le contrat de travail ne garantissait pas un volume minimum d'heures supplémentaires ainsi que leur exécution³⁰². Lorsque le salarié n'a pas commis de faute, il est admis que l'employeur exerce son pouvoir de direction lorsqu'il détermine s'il y a lieu ou non d'imposer des heures supplémentaires au salarié. Néanmoins, en cas de faute du salarié, si l'employeur décide en réaction à celle-ci de ne plus confier la réalisation d'heures supplémentaires au salarié fautif, une sanction pécuniaire déguisée pourrait être envisagée en ce que les critères de qualification d'une mesure en sanction disciplinaire sont dans cette hypothèse constitués³⁰³.

136. – Compensation. En outre, la compensation entre une créance de l'employeur, notamment pour préavis non exécuté par le salarié, et sa dette de salaire, ne constitue pas une sanction pécuniaire prohibée³⁰⁴. En effet, le préavis n'ayant pas été exécuté, c'est l'absence

294 G. Lyon-Caen, *Le salaire*, Dalloz, 1981, p. 5

295 Cass. crim., 25 nov. 2008, n° 07-87.650 concernant un droit de retrait non fondé.

296 *A contrario*, v. Cass. soc., 19 nov. 1997, *Dr. soc.* 1998. 196.

297 Cass. soc., 21 mars 2012, n° 10-21.097

298 C'est pourquoi la retenue forfaitaire est prohibée (Cass. soc., 7 janv. 1988, *Bull. civ.* V, n° 10).

299 Cass. soc., 24 nov. 1992, n° 90-42.520

300 Cass. soc., 10 juin 1992, n° 88-44.717

301 Cass. soc., 10 oct. 2012, n° 11-10.454

302 Cass. soc., 2 nov. 2005, n° 03-47.679

303 C. trav., art. L. 1331-1 ; V. *supra* n° 18 s.

304 Cass. crim., 8 déc. 1992, *JCP E* 1993. 297.

d'exécution de la prestation de travail qui justifie une telle compensation, et non un comportement du salarié considéré fautif par l'employeur.

§2. La conséquence pécuniaire d'une sanction disciplinaire

137. – Conséquence indirecte d'une sanction disciplinaire. La perte de salaire consécutive à une mise à pied disciplinaire ne constitue pas une sanction pécuniaire prohibée³⁰⁵. En effet, comme sus mentionné, elle n'est qu'une conséquence de l'absence de prestation de travail de la part du salarié qui résulte, dans cette hypothèse, du prononcé d'une sanction disciplinaire par l'employeur. La conséquence pécuniaire n'est qu'indirecte. De même, l'abattement prévu par une prime d'assiduité à une absence consécutive à la mise à pied disciplinaire du salarié ne constitue pas une sanction pécuniaire prohibée³⁰⁶. En outre, « *une mesure de rétrogradation ne constitue pas une sanction pécuniaire prohibée lorsque la diminution de rémunération qu'elle entraîne résulte de l'affectation du salarié à une fonction ou à un poste différent et de moindre qualification* »³⁰⁷. Là encore, la conséquence pécuniaire de la mesure décidée par l'employeur n'est qu'indirecte, elle résulte du changement des fonctions auxquelles est affecté le salarié.

138. – Détournement du pouvoir de direction de l'employeur. En revanche, une réduction des horaires de travail ne correspondant, ni à un déclassement, ni à un changement d'affectation, utilisée comme mesure disciplinaire, constitue une sanction pécuniaire illicite³⁰⁸. Or, la réduction des horaires de travail par l'employeur semble *prima facie* pouvoir justifier la baisse de la rémunération des salariés, dans la mesure où la conséquence pécuniaire n'est qu'indirecte ; celle-ci résultant du fait que travaillant moins, les salariés perçoivent une rémunération moindre. Si la Cour de cassation n'a pas retenu cette analyse, c'est qu'en l'espèce, il semble que l'employeur ait détourné son pouvoir de direction pour échapper à l'application du droit disciplinaire. En l'espèce³⁰⁹, la réduction des horaires de travail semblait avoir un lien avec des agissements considérés par l'employeur comme fautifs, si bien que l'employeur avait l'intention de sanctionner. Quand bien même l'employeur aurait eu la

305 Cass. soc., 1^{er} juill. 1998, n° 96-41.385

306 Cass. soc., 19 juill. 1994, *Bull. civ.* V, n° 241

307 Cass. soc., 7 juill. 2004, n° 02-44.476

308 Cass. soc., 24 oct. 1991, *RJS* 12/1991, n° 1314

309 *Ibid.*

volonté de sanctionner, il n'en demeure pas moins que la conséquence pécuniaire n'est qu'indirecte, comme s'agissant de la rétrogradation ou de la mise à pied disciplinaire. C'est en raison du détournement de pouvoir que la Cour requalifie la mesure en une sanction disciplinaire – qui était en réalité déguisée – et applique ainsi la prohibition des sanctions pécuniaires.

Section 2 – Une interdiction large des sanctions pécuniaires

139. – Plan. La prohibition stricte des sanctions pécuniaires est le fruit d'une évolution jurisprudentielle adossée à une évolution de la norme légale. C'est pourquoi, l'étude de l'évolution historique (§1) est nécessaire pour appréhender le champ d'application de la prohibition (§2).

§1. L'évolution historique de l'interdiction

140. – Régime antérieur à la loi de 1932. Au XIX^{ème} siècle, des règlements intérieurs comportaient des dispositions sanctionnant par des amendes les manquements des travailleurs à la discipline. Il s'agissait, selon la Cour de cassation, de clauses pénales portant sur la fixation forfaitaire de dommages intérêts³¹⁰. Ces dispositions étaient valables, le juge ne pouvant réduire le montant de l'amende prévue par le règlement, fût-il excessif³¹¹. Une telle solution était critiquable, en ce que le salarié, par son travail, acquiert un droit à la rémunération. L'employeur qui souhaite sanctionner le salarié ne saurait alors, de façon unilatérale, faire échec à ce droit. La sanction intervenant suite à la faute d'un salarié relevant d'une méconnaissance de la discipline collective qui doit être respectée dans l'entreprise doit être déconnectée du salaire qui a vocation à être perçu par le salarié qui accomplit régulièrement sa prestation de travail³¹².

310 Cass. civ., 14 févr. 1866, *Bull. civ.* II, n° 34 (arrêt dit « des sabots »).

311 « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (...), dès lors, lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre* » (Cass. civ., 14 févr. 1866, *préc.*).

312 Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt dit « des sabots », une salariée est sanctionnée pour avoir portée des

141. – Évolutions postérieures à la loi de 1932. Il faut attendre une loi de 1932³¹³ qui ébauche le principe de l'interdiction de sanctionner par des amendes les manquements aux prescriptions du règlement intérieur. Toutefois, seules les fautes techniques étaient visées par le texte³¹⁴. En compensation, le produit des amendes autorisées devait être versé à une caisse de secours mutuel au profit du personnel. Le principe de la prohibition des sanctions pécuniaires est véritablement affirmé par une loi de 1978³¹⁵, mais il faut attendre la loi Auroux de 1982 pour que la prohibition des sanctions pécuniaires soit généralisée au-delà des prescriptions du règlement intérieur³¹⁶. Selon l'administration du travail, la sanction pécuniaire est alors définie comme « *une retenue sur salaire à l'encontre d'une personne qui a normalement fourni sa prestation de travail* »³¹⁷. Selon que le juge se concentre sur l'idée de sanction ou sur l'idée de la conséquence pécuniaire de la mesure, l'approche de la prohibition des sanctions pécuniaires varie³¹⁸. Restrictive dans le premier cas, extensive dans le second, la Cour de cassation a préféré une approche large de la prohibition.

§2. Le champ d'application de l'interdiction

142. – Caractère d'ordre public et principe général du droit. La prohibition des sanctions pécuniaires est d'ordre public selon la Cour de cassation, aucune disposition du contrat de travail³¹⁹, du règlement intérieur, ou d'une convention collective³²⁰ ne pouvant y faire échec. Le Conseil d'État va encore plus loin, car selon lui, la prohibition des sanctions pécuniaires est un « *principe général du droit* »³²¹.

sabots dans un atelier, en contravention des prescriptions du règlement intérieur. Il n'est pas aisé – hormis à considérer que porter des sabots relève de la prestation de travail – de justifier la sanction pécuniaire pour un comportement qui n'est en rien lié à l'exécution régulière de la prestation de travail, elle seule donnant droit à la perception du salaire.

313 L. du 5 févr. 1932 modifiant divers articles du livre 1^{er} du Code du travail, *JORF* du 7 févr. 1932, p. 1426

314 Les amendes doivent être autorisées par l'inspecteur du travail après consultation des syndicats patronaux et ouvriers. Celles-ci ne sont possibles que pour les manquements à la discipline et pour les prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité, à l'exclusion des malfaçons dans le travail. Le montant de ces amendes est limité au quart du salaire journalier et leur produit doit être versé à une caisse de secours au profit du personnel (Art. 22 b. de la L. du 5 févr. 1932, *préc.*).

315 L. n° 78-753 du 17 juill. 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JORF* du 18 juill. 1978, p. 2851

316 C. trav., art. L. 1331-2

317 Circ. DRT n° 5-83 du 15 mars 1983

318 B. Teyssié (dir.), *La sanction en droit du travail*, Colloques, éd. Panthéon-Assas, 2012

319 Cass. soc., 20 oct. 2010, *RJS* 1/11, n° 38

320 Cass. soc., 9 juin 1993, *Bull. civ.* V, n° 161 et Cass. soc., 11 févr. 2009, n° 07-42.584

321 CE, 1^{er} juill. 1988, *Dr. soc.* 1988. 775.

143. – Accomplissement de la prestation de travail. D'une part, le champ d'application de la prohibition des sanctions pécuniaires s'étend à toutes les mesures qui amputent une rémunération due au salarié qui a accompli sa prestation de travail³²². Ainsi, la prohibition s'applique aux retenues pratiquées sur le salaire à la suite d'actes d'indiscipline reprochés au salarié³²³. L'exclusion d'une augmentation générale de salaire fondée, à l'égard d'un salarié, sur un comportement que l'employeur juge fautif constitue également une sanction pécuniaire prohibée³²⁴. De même, une retenue sur salaire à la suite d'une erreur de caisse commise par le salarié, est une sanction pécuniaire prohibée³²⁵.

144. – Mauvaise exécution du travail. D'autre part, le champ d'application de la prohibition des sanctions pécuniaires s'étend à toutes les mesures qui amputent la rémunération du salarié en raison de la mauvaise exécution du travail. A cet égard, la Cour de cassation estime que « *constitue une sanction pécuniaire prohibée la retenue sur salaire opérée par un employeur qui reproche à son salarié de ne pas avoir effectué un travail* »³²⁶. La possibilité pour l'employeur d'invoquer l'exception d'inexécution avait pu antérieurement se poser. En effet, lorsque le travail n'est pas correctement exécuté par le salarié, l'employeur peut-il amputer une partie de la rémunération normalement due au salarié, en tenant compte de la baisse de la productivité de l'entreprise ou de la baisse du rendement du salarié ? La Cour de cassation l'avait d'abord admis en considérant que « *l'employeur n'est tenu de verser la rémunération convenue que pour un travail fourni dans des conditions normales* »³²⁷. En conséquence, une réduction de salaire en cas d'exécution volontairement défectueuse du travail ne constituait pas une sanction pécuniaire prohibée. Puis, la Cour de cassation énonce que « *l'employeur, en amputant la rémunération de l'intéressée, a infligé une sanction à celle-ci* »³²⁸, amorçant un revirement jurisprudentiel qui se réalisa quelques années plus tard. En effet, la Cour de cassation considéra qu'était illicite la retenue faite sur le salaire de contrôleurs qui avaient refusé pendant trois mois d'opérer le contrôle des titres de transport des voyageurs³²⁹. Ainsi, l'exception d'inexécution est « absorbée » par le droit disciplinaire, au sens où lorsqu'il est

322 Circ. DRT n° 5-83 du 15 mars 1983

323 Cass. soc., 19 nov. 1997, *Bull. civ. V*, n° 381

324 Cass. soc., 19 juill. 1995, *RJS* 10/1995, n° 1021

325 Cass. soc., 9 juin 1993, *Bull. civ. V*, n° 161

326 Cass. soc., 7 févr. 2008, n° 06-45.208

327 Cass. soc., 14 avr. 1983, n° 81-40.459

328 Cass. soc., 8 oct. 1987, n° 84-45.915, *Dr. soc.* 1988. 153.

329 Cass. soc., 20 févr. 1991, *Bull. civ. V*, n° 83 et Cass. soc., 2 déc. 1992, *Bull. civ. V*, n° 577

reproché au salarié une mauvaise exécution du travail, l'employeur ne saurait faire jouer les mécanismes du droit des contrats pour réduire le montant de la rémunération à verser au salarié. Bien que contractuelle *ab initio*, la mesure devient disciplinaire lorsqu'elle laisse apparaître que l'employeur souhaite sanctionner le comportement du salarié qu'il considère comme fautif.

145. – Primes. Le champ d'application de la prohibition des sanctions pécuniaires s'étend également aux primes lorsque la réduction ou la suppression de celles-ci est en lien avec des fautes reprochées au salarié. Ainsi, la suppression d'une partie d'une prime de rendement à raison du comportement fautif reproché au salarié constitue une sanction pécuniaire prohibée³³⁰, tout comme la privation d'une prime de fin d'année en raison d'une faute grave³³¹, ou la suppression d'une prime d'objectifs en raison de « *dysfonctionnements du comportement du salarié vis-à-vis de sa hiérarchie et de la clientèle* »³³².

146. – Suppression d'un avantage. De même, la suppression d'un avantage en nature est couvert par la prohibition des sanctions pécuniaires. Ainsi, doit être considérée comme une sanction pécuniaire prohibée la suppression d'une place de parking dont le salarié bénéficiait depuis son embauche³³³, tout comme la suppression d'une carte permettant au salarié d'obtenir deux cent litres d'essence par mois, en raison d'une utilisation à des fins non-professionnelles³³⁴, alors même qu'en l'espèce, la salariée n'avait pas exécuté son obligation, ce qui, selon les juges du fond, libéraient l'employeur de son engagement. Ainsi, la Cour de cassation « *ignore la logique contractuelle et réintègre la décision de l'employeur dans le champ des sanctions pécuniaires* »³³⁵. En outre, la Cour de cassation a longtemps considéré que la suspension du bénéfice de billets à tarifs réduits accordés aux salariés d'une compagnie aérienne était une sanction pécuniaire prohibée³³⁶, avant d'assouplir une telle position³³⁷.

330 Cass. soc., 7 mai 1991, n° 87-43.350

331 Cass. soc., 11 oct. 2000, n° 98-45.491

332 Cass. soc., 16 févr. 1994, n° 90-45.915

333 Cass. soc., 22 juin 2011, n° 08-40.455

334 Cass. soc., 23 juin 2010, n° 09-40.825

335 A. Martinon, Rappels sur la qualification de la faute et la nature de la sanction disciplinaire, *JCP S* 2010. 1469.

336 Cass. soc., 22 oct. 1996, *RJS* 12/1996, n° 1269

337 Cass. soc., 18 janv. 2017, n° 15-21.802, *RJS* 2017, n° 179, v. *supra* n° 81 s.

* *
*

147. – Conclusion de chapitre. Il n'est pas aisé de distinguer la sanction pécuniaire illicite des effets pécuniaires d'une sanction licite qui a des effets sur la rémunération du salarié. En tout état de cause, si tout travail mérite salaire, l'absence de prestation de travail peut conduire à ce que l'employeur suspende le versement de la rémunération du salarié, en ce que l'obligation essentielle du contrat de travail n'est pas réalisée. Toutefois, il semble que l'interdiction des sanctions pécuniaires a pu être à ce point étendue par le juge qu'elle s'est révélée en certains cas injustifiée. En effet, le juge a pu avoir tendance, dans une volonté d'offrir au salarié la protection que commande sa position de subordonné, d'étendre la prohibition des sanctions pécuniaires au mépris de mécanismes résultant du droit des contrats.

TITRE II. Les garanties du salarié

148. – Plan. Les garanties du salarié découlent de plusieurs sources. D'une part, depuis la loi du 4 août 1982³³⁸, la norme légale a pris une place fondamentale en matière disciplinaire, et impose le respect de certaines règles par l'employeur, dont la nécessité de mettre en place un règlement intérieur. Le but affiché est de garantir une protection au salarié lorsque celui-ci se voit infliger une sanction disciplinaire. D'autre part, les partenaires sociaux ont pu s'emparer de la matière disciplinaire, si bien que l'employeur est désormais tenu de respecter tant des garanties légales, réglementaires que conventionnelles (**Chapitre 1**). En outre, est garantie la possibilité au salarié de contester la sanction qui lui est infligée, ou proposée (**Chapitre 2**).

338 L. n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, *JORF* du 6 août 1982, p. 2518

Chapitre 1. Les garanties légales, réglementaires et conventionnelles

149. – Plan. Tant la loi (**Section 1**) que le règlement intérieur et la convention collective (**Section 2**) assurent désormais des garanties au salarié qui, imposant un ensemble de règles à l'employeur, font reculer l'arbitraire dans le prononcé de la sanction disciplinaire.

Section 1 – La loi

150. – Plan. Les procédures légales (§1) ainsi que les délais de prescriptions (§2) encadrent fortement l'action de l'employeur qui met en œuvre son pouvoir disciplinaire à l'encontre du salarié.

§1. Les procédures

151. – Antérieurement à 1982. Antérieurement à la loi du 4 août 1982, l'employeur n'était tenu à aucune obligation de respecter une procédure disciplinaire lorsque celui-ci prenait une sanction³³⁹, sauf à considérer les rares cas où une convention collective ou un statut collectif du personnel prévoyaient une telle procédure.

152. – Les procédures³⁴⁰. Désormais, doivent être distinguées deux procédures³⁴¹ : la procédure dite « normale » et la procédure dite « simplifiée ».

153. – La procédure « simplifiée ». Lorsque l'employeur envisage de prononcer « *un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non,*

339 Sauf licenciement, du fait de la L. n° 73-680 du 13 juill. 1973 portant modification du code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, *JORF* du 18 juill. 1973, p. 7763

340 C. trav., art. L. 1332-1 s. et R. 1332-1 s.

341 Une troisième procédure n'a pas vocation à être développée ; elle concerne le licenciement pour motif disciplinaire qui fait l'objet de dispositions spécifiques dans le Code du travail.

sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié »³⁴², il n'est pas tenu de convoquer le salarié à un entretien préalable. En effet, il suffit à l'employeur de notifier par écrit sa décision motivée³⁴³. Toutefois, il peut arriver que l'avertissement ou la sanction de même nature puisse avoir une incidence sur le maintien ultérieur du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération notamment parce que le règlement intérieur subordonne le licenciement du salarié à l'existence de sanctions antérieures, dont l'avertissement. Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation considère que « *si l'employeur n'est en principe pas tenu de convoquer le salarié à un entretien préalable avant de lui notifier un avertissement, il en va autrement lorsque, au regard des dispositions d'un règlement intérieur, l'avertissement peut avoir une influence sur le maintien du salarié dans l'entreprise. Tel est le cas lorsque le règlement intérieur subordonne le licenciement d'un salarié à l'existence de deux sanctions antérieures pouvant être constituées notamment par un avertissement* »³⁴⁴. En pratique, il apparaît que la convocation à un entretien préalable même en cas de simple avertissement s'avère vertueuse. Donner la possibilité au salarié de s'expliquer sur son comportement permet d'une part de prévenir une nouvelle faute, tout comme elle permet d'éviter la naissance d'une frustration. En tout état de cause, si l'employeur a choisi de lui-même de convoquer le salarié selon les modalités fixées par le Code du travail, il est tenu d'en respecter tous les termes, quelle que soit la sanction finalement infligée³⁴⁵.

154. – La procédure « normale ». L'employeur qui envisage de prendre une sanction autre qu'un avertissement ou une sanction de même nature doit convoquer le salarié à un entretien préalable en lui précisant l'objet de la convocation³⁴⁶ et l'objet de l'entretien³⁴⁷. La convocation

342 C. trav., art. L. 1332-2 al. 1

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

344 Cass. soc., 3 mai 2011, n° 10-14.104 et Cass. soc., 7 déc. 1999, n° 97-43.059 concernant un blâme versé au dossier du salarié.

345 Cass. soc., 16 avr. 2008, n° 06-411.999. En revanche, n'ont pas à s'appliquer les garanties disciplinaires lors d'un entretien se déroulant dans le cadre d'une enquête interne préalable à l'engagement de la procédure disciplinaire (v. Cass. soc., 22 mars 2016, n° 15-10.503, *RJS* 2016, n° 394).

346 Le travailleur ne doit pas pouvoir se méprendre sur l'objet de l'entretien (Cass. soc., 25 mai 1989, n° 85-43.864) et si la sanction envisagée est un licenciement, celui-ci doit apparaître sur la convocation (Cass. soc., 7 févr. 1995, n° 93-42.324), bien qu'aucune disposition n'impose d'indiquer dans la lettre de convocation le motif de la sanction envisagée (Cass. soc., 17 déc. 1992, n° 89-44.651).

347 Avec précision de la date, de l'heure et du lieu. La convocation doit aussi évoquer que le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise (C. trav., art. R1332-1 al. 2).

est écrite³⁴⁸ et doit laisser un délai raisonnable entre sa notification et le moment de l'entretien³⁴⁹. En revanche, les faits reprochés au salarié n'ont pas à figurer dans la convocation à l'entretien préalable, les droits de la défense n'ayant pas à s'appliquer à ce stade³⁵⁰. Suite à la convocation à l'entretien préalable, vient l'entretien entre l'employeur et le salarié, au cours duquel le salarié – voire l'employeur – peut être assisté³⁵¹. Pendant l'entretien l'employeur indique le motif de la sanction envisagée³⁵² et recueille les explications du salarié³⁵³. Au terme de l'entretien, l'employeur doit attendre au moins deux jours ouvrables avant de prononcer une sanction³⁵⁴, mais celle-ci doit intervenir dans le mois suivant³⁵⁵ le jour fixé pour l'entretien³⁵⁶. Lorsque la sanction est notifiée³⁵⁷ par lettre recommandée, il convient de se placer à la date à laquelle l'employeur a envoyé la lettre pour vérifier si la notification est intervenue dans le délai d'un mois après la date fixée pour l'entretien³⁵⁸. La sanction qui intervient à la suite de

348 Elle est remise en main propre contre décharge ou adressée par lettre recommandée (C. trav., art. R. 1332-2), ou remise par voie d'huissier (Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-41.412) ou par Chronopost (Cass. soc., 8 févr. 2011, n° 09-40.027).

349 Si les dispositions légales ne prévoient aucun délai minimal entre la convocation et l'entretien, le salarié doit être averti suffisamment à l'avance non seulement du moment, mais aussi de l'objet de l'entretien pour pouvoir y réfléchir et recourir éventuellement à l'assistance d'un membre du personnel (Cass. soc., 19 mars 1991, n° 88-41.619). Un délai de trois quarts d'heure est insuffisant (Cass. soc., 12 déc. 1983, *Bull. civ.* V, n° 607).

350 Les droits de la défense s'exercent devant les juges, et non au stade de l'entretien préalable. C'est pourquoi, le salarié n'a pas accès à son dossier, et donc aux faits qui lui sont reprochés (Cass. soc., 27 févr. 2013, n° 12-23.213).

351 Le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou de l'unité économique et sociale dont il relève (Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-14.650). L'employeur peut également se faire assister par un membre appartenant au personnel de l'entreprise (Cass. soc., 20 juin 1990, n° 87-41.118).

352 La procédure n'est pas respectée lorsque l'employeur ne fournit aucune explication au salarié au cours de l'entretien préalable (Cass. soc., 5 févr. 1992, *Dr. soc.* 1992. 267).

353 C. trav., art. L. 1332-2 al. 3

354 L'inobservation du délai ne saurait donner lieu à réparation si elle n'a causé aucun préjudice au salarié (Cass. soc., 8 juill. 1985, n° 84-41.507).

355 Sauf cas de procédure conventionnelle exigeant la réunion d'un conseil de discipline, à la condition toutefois que l'employeur ait, avant l'expiration du délai d'un mois, informé le salarié de sa décision de le déférer à l'instance disciplinaire (Cass. soc., 30 oct. 1991, n° 88-40.168). En effet, la saisine d'une instance disciplinaire a pour effet d'interrompre le délai d'un mois et de le suspendre pendant toute la durée de cette saisine (Cass. soc., 31 oct. 2000, n° 95-45.349 et Cass. soc., 18 janv. 2017, n° 15-24.599).

356 Si le salarié ne se présente pas, l'employeur n'est pas tenu de reporter l'entretien (Cass. soc., 25 nov. 1992, n° 89-42.186). Si l'employeur décide de reporter l'entretien préalable, une nouvelle convocation doit être adressée au salarié dans le délai de deux mois à compter de la date de la première convocation (Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-42.493), sauf lorsque c'est le salarié qui demande le report de l'entretien, auquel cas le délai court à compter de la date à laquelle l'entretien a eu lieu, même si cet entretien n'a pas été précédé d'une nouvelle convocation (Cass. soc., 3 févr. 2004, n° 01-46.318). Par ailleurs, la formalité de l'entretien étant instituée dans le seul intérêt du salarié, l'employeur ne peut se prévaloir de l'absence de celui-ci à l'entretien (Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-41.308). En outre, le délai d'un mois n'est ni suspendu ni interrompu pendant la suspension du contrat due à un accident du travail ou une maladie professionnelle (Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 02-40.085), ou une maladie non professionnelle (Cass. soc., 27 févr. 2013, n° 11-27.130).

357 La notification a lieu soit sous la forme d'une lettre remise en main propre à l'intéressé contre décharge, soit par l'envoi d'une lettre recommandée (C. trav., art. R. 1332-2).

358 Cass. soc., 11 mai 2005, n° 03-40.650. La date de la sanction disciplinaire est ainsi celle de l'envoi de la

l'entretien doit être motivée³⁵⁹ car elle doit permettre le contrôle judiciaire du bien-fondé de la sanction³⁶⁰. C'est pourquoi, le juge saisi d'une demande d'annulation d'une mise à pied ne peut refuser d'y faire droit sans rechercher si la lettre de notification de la sanction en précisait les motifs³⁶¹. En outre, la lettre de notification de la sanction fixe les limites du litige en ce que l'employeur ne peut invoquer un fait distinct de celui ayant motivé l'exercice du pouvoir disciplinaire lorsqu'il se trouve devant le juge³⁶².

155. – Période d'essai. Par ailleurs, s'il est admis que l'employeur peut sans motif et sans formalité mettre fin à la période d'essai, la Cour de cassation considère que celui-ci « *doit, lorsqu'il invoque un motif disciplinaire, respecter la procédure disciplinaire* »³⁶³. Du reste, une telle solution est tout à fait conforme à la position de l'administration³⁶⁴. Toutefois, de nombreuses critiques peuvent être développées à l'encontre d'une telle position. En effet, il doit être considéré que « *ce n'est pas la faute qui fonde la rupture, mais l'échec de l'essai derrière lequel s'efface la faute* »³⁶⁵, si bien que la rupture ne saurait être qualifiée de sanction et ne devrait pas devoir comporter l'obligation pour l'employeur de respecter la procédure disciplinaire. De même, puisque l'application du droit du licenciement est exclue en cas de rupture de la période d'essai, il devrait en être de même pour les sanctions moindres. En outre, d'un point de vue pratique, la Cour de cassation admet par une telle solution l'éventuelle possibilité pour le juge qui contrôlera l'existence de la faute³⁶⁶ de contrôler en réalité le motif fourni par l'employeur pour justifier la rupture alors que, précisément, aucun motif n'est en principe nécessaire pour rompre la période d'essai.

156. – Rupture conventionnelle. Concernant la rupture conventionnelle, celle-ci peut être conclue entre l'employeur et le salarié, bien que l'employeur ait formulé des griefs à son

lettre de notification de la sanction (Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 12-15.330).

359 Il s'agit là d'un principe général du droit du travail (CE, 28 juill. 1993, *AJDA* 1993. 739).

360 C. trav., art. L. 1332-1

361 Cass. soc., 25 mai 2004, n° 02-41.900

362 Cass. soc., 26 janv. 1989, n° 85-46.031

363 Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750

364 « *Le législateur a entendu donner aux dispositions concernant le droit disciplinaire le champ le plus large possible. (...) Par conséquent, tout salarié, quelle que soit l'activité ou la taille de l'entreprise, son ancienneté ou son statut, même s'il est en période d'essai, doit bénéficier de ces dispositions* » (Circ. DRT n° 5-83 du 15 mars 1983).

365 M. Dubertret, Procédure disciplinaire et rupture de la période d'essai, *Dr. soc.* 2004. 733.

366 V. *supra* n° 126

égard³⁶⁷ et ce, même après avoir engagé une procédure disciplinaire³⁶⁸. La rupture conventionnelle n'emportant pas renonciation de l'employeur à son pouvoir disciplinaire, il lui est toujours possible de sanctionner le salarié en cas de rétractation de sa part ou de refus d'homologation de la convention de rupture par l'administration³⁶⁹.

157. – Épuisement du pouvoir disciplinaire. Enfin, la chambre sociale considère que l'employeur qui est informé d'un ensemble de faits fautifs mais qui décide de n'en sanctionner que certains, renonce à pouvoir sanctionner les faits restants postérieurement à la notification de la première sanction³⁷⁰. En effet, dans cette hypothèse, l'employeur a « *épuisé son pouvoir disciplinaire* »³⁷¹. Ainsi, « *la Cour de cassation estime que la sanction notifiée couvre en quelque sorte l'ensemble des fautes révélées* »³⁷², ce qui s'explique aisément par le fait que l'employeur n'a en tout état de cause pas jugé les autres griefs suffisamment importants pour devoir être réprimés, puisque si tel avait été le cas, les faits fautifs lui auraient permis d'aggraver la sanction prononcée.

§2. Les délais de prescriptions

158. – Prescription des faits fautifs³⁷³. Antérieurement à 1982, la Cour de cassation avait pu décider que « *le temps écoulé entre la faute et la sanction n'avait pu avoir pour effet de priver celle-ci de sa justification* »³⁷⁴. Toutefois, certains arrêts avaient déjà pu esquisser l'existence d'un délai de prescription entre la connaissance des faits fautifs et l'engagement de la procédure disciplinaire. En effet, il avait été estimé que l'employeur demeuré sans réaction pendant un délai appréciable après avoir eu connaissance de la faute commise par un salarié ne pouvait ultérieurement s'en prévaloir à l'appui d'une sanction³⁷⁵. Désormais, la poursuite

367 Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-23.942

368 Cass. soc., 19 nov. 2014, n° 13-21.979

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

370 « *L'employeur qui, ayant connaissance de divers faits commis par le salarié considérés par lui comme fautifs, choisit de n'en sanctionner que certains, ne peut plus ultérieurement prononcer une mesure disciplinaire pour sanctionner les autres faits antérieurs à la première sanction* » (Cass. soc., 13 févr. 2019, n° 17-21.793). En conséquence, la règle doit s'appliquer même aux fautes commises pendant le déroulement de la procédure disciplinaire.

371 Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-12.976 et Cass. soc., 16 janv. 2019, n° 17-22.557

372 Y. Leroy, *Concours réel de fautes en droit du travail : une seule sanction possible*, *RDT* 2010. 443.

373 V. R. de Quenaudon, *L'exercice du pouvoir disciplinaire dans l'entreprise et écoulement du temps*, *Dr. soc.* 1984. 173.

374 Cass. soc., 9 juill. 1981, n° 79-42.258

375 Cass. soc., 12 oct. 1977, n° 76-41.094

disciplinaire doit être engagée dans un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur a eu connaissance du fait fautif³⁷⁶. Une telle règle « *s'explique à la fois par les difficultés de prouver un fait ancien, et par le désir de ne pas laisser le salarié sous la menace d'une sanction pour des faits qui n'ont pas assez troublé l'entreprise pour entraîner une sanction immédiate* »³⁷⁷. Toutefois, le point de départ de la prescription peut être repoussé lorsque de longues recherches ont été nécessaires pour connaître les faits reprochés³⁷⁸ ou lorsqu'un rapport d'audit³⁷⁹ a été demandé³⁸⁰. Une telle exception s'explique par le fait que le délai de prescription doit courir à compter du jour où l'employeur a eu une « *connaissance exacte et complète des faits reprochés au salarié* »³⁸¹. Par ailleurs, s'inspirant des infractions continues en droit pénal, le droit disciplinaire admet que la prescription ne s'oppose pas à la prise en considération d'un fait antérieur à deux mois dans la mesure où le comportement du salarié s'est poursuivi dans ce délai³⁸².

159. – Interruption du délai de prescription. Le délai de prescription des faits fautifs est interrompu par la convocation du salarié à l'entretien préalable³⁸³ ou par le prononcé d'une mise à pied conservatoire³⁸⁴. De même, en cas de poursuites pénales, le délai de deux mois pour engager les poursuites disciplinaires est interrompu³⁸⁵, ce qui s'explique par la nécessité

376 « *Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales* » (C.trav., art. L. 1332-4). L'employeur ne peut engager des poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter de la survenance d'un incident imputable à un salarié dès lors que le directeur artistique et supérieur hiérarchique direct de l'intéressé était présent lors de l'incident et en avait donc eu connaissance (Cass. soc., 30 avr. 1997, *Bull. civ. V*, n° 148, *Dr. soc.* 1998. 25).

377 J. Mouly, *Droit disciplinaire*, *Rép. trav.*, n° 218

378 Cass. soc., 17 févr. 1993, *Bull. civ. V*, n° 55

379 Cass. soc., 13 déc. 1995, n° 94-43.137 concernant la demande par l'employeur d'un rapport d'audit pour avoir une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des fautes susceptibles d'être reprochées au salarié.

380 Pour un compte-rendu d'une enquête réalisée par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, v. Cass. soc., 7 déc. 2016, n° 15-24.420

381 Cass. soc., 27 mai 2009, n° 98-41.474

382 Cass. soc., 7 mai 1991, n° 87-43.737

383 Cass. soc., 15 avr. 1996, n° 93-40.113. Si l'entretien préalable ne peut avoir lieu et se trouve reporté, notamment en raison de la maladie du salarié, un nouveau délai de deux mois court à compter de la lettre de convocation (Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 99-41.217).

384 Cass. soc., 13 janv. 1993, n° 90-45.046

385 « *Si, lorsqu'un fait fautif a donné lieu à des poursuites pénales, le délai de deux mois pour engager les poursuites disciplinaires est interrompu jusqu'à la décision définitive de la juridiction pénale lorsque l'employeur est partie à la procédure pénale, il ne court à nouveau dans le cas contraire qu'à compter du jour où l'employeur a eu connaissance de l'issue définitive de la procédure pénale, ce qu'il lui appartient d'établir* » (Cass. soc., 15 juin 2010, n° 08-45.243). La décision de la juridiction pénale ne devient définitive que lorsque le délai donné au procureur général pour interjeter appel est expiré (Cass. soc., 6 déc. 2000, n° 98-45.772).

d'éviter une contradiction entre la décision de l'employeur et celle rendue par la juridiction répressive, notamment s'agissant de la matérialité des faits ou de leur imputabilité au salarié. Toutefois, la qualification des faits sur le terrain disciplinaire est autonome vis-à-vis de la qualification donnée par le juge répressif³⁸⁶. C'est pourquoi, la relaxe prononcée par le juge répressif n'a pas d'incidence sur le prononcé d'une sanction par l'employeur³⁸⁷, tout comme le non-lieu prononcé au pénal³⁸⁸. Bien que les poursuites pénales entraînent l'interruption du délai de prescription des faits fautifs, l'employeur peut vouloir sanctionner le salarié sans attendre la décision pénale à intervenir. L'employeur sera même en mesure de bénéficier des preuves rassemblées par le ministère public, la Cour de cassation considérant que « *le droit à la présomption d'innocence n'a pas pour effet de priver l'employeur de se prévaloir de faits dont il a connaissance au cours d'une procédure pénale pour licencier le salarié qui n'a finalement pas été poursuivi pénalement* »³⁸⁹.

160. – « Amnistie » disciplinaire. Il existe « l'amnistie » de plein droit prévue par le Code du travail et des amnisties légales occasionnelles dont la dernière remonte à 2002³⁹⁰ et dont il semblerait qu'elle constitue « *l'ultime amnistie des manquements à la loi disciplinaire de l'entreprise* »³⁹¹. Selon le Code du travail, « *aucune sanction*³⁹² *antérieure de plus de trois ans à l'engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction* »³⁹³. Une incertitude a pu résulter de ce texte : s'agit-il d'une prescription ou d'une amnistie³⁹⁴ ? D'une part, le texte figure dans une section du Code du travail relative à la « *prescription des faits fautifs* » et, d'autre part, la Cour de cassation a pu utiliser le terme de « *prescription* »³⁹⁵. Toutefois, il apparaît en réalité que la disposition ne consacre ni une prescription, ni une amnistie. En effet, la prescription des peines en droit pénal a vocation à

386 C'est pourquoi, l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire ne méconnaît pas le principe de la présomption d'innocence lorsqu'il prononce une sanction pour des faits identiques à ceux visés par la procédure pénale (Cass. soc., 13 déc. 2017, n° 16-17.193).

387 Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 01-40.412

388 Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-42.016

389 Cass. soc., 13 déc. 2017, *préc.*

390 L. n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie, *JORF* du 9 août 2002, p. 13647

391 F. Duquesne, L'amnistie des fautes disciplinaires des salariés, *Dr. soc.* 2002. 959.

392 L'employeur, semble-t-il, ne peut invoquer une sanction qui ne correspond pas à la répression des manquements portant atteintes au fonctionnement de la communauté qu'il dirige, celui-ci ne disposant pas d'un pouvoir de police générale. C'est pourquoi il ne peut invoquer une sanction prononcée par un ordre professionnel auquel le salarié appartenait, ou une sanction pénale infligée à celui-ci (R. de Quenaudon, L'exercice du pouvoir disciplinaire dans l'entreprise et écoulement du temps, *Dr. soc.* 1984. 173).

393 C. trav., art. L. 1332-5

394 R. de Quenaudon, L'exercice du pouvoir disciplinaire dans l'entreprise et écoulement du temps, *préc.*

395 Cass. soc., 10 nov. 1992, n° 89-43.108

bénéficiaire à des condamnés qui ont échappé à l'exécution de celles-ci, alors qu'en droit du travail, les sanctions disciplinaires ont été normalement exécutées, le texte s'opposant seulement à ce qu'elles soient prises en compte lors d'une nouvelle poursuite disciplinaire. Ainsi, l'écoulement du temps joue un rôle d'effacement de la sanction disciplinaire, alors même que celle-ci a été exécutée. De plus, la sanction « prescrite » n'a pas à être « *purgée des dossiers du salarié* »³⁹⁶, contrairement à ce qui est applicable en matière d'amnistie. Il apparaît qu'en réalité, seule l'invocation de la sanction antérieure de plus de trois ans dans la motivation d'une nouvelle sanction soit prohibée.

Section 2 – Le règlement intérieur et la convention collective

161. – Plan. L'approche renouvelée du rôle du règlement intérieur et de la convention collective en matière disciplinaire fait de ces textes des sources contraignantes (§1) pour l'employeur. Toutefois, l'articulation de ces sources (§2) n'est pas toujours aisée.

§1. Des sources contraignantes

162. – Évolutions du règlement intérieur. A l'origine, la chambre sociale de la Cour de cassation considérait que le pouvoir disciplinaire était « *inhérent à la qualité* » de chef d'entreprise³⁹⁷. En conséquence, peu importait les prescriptions du règlement intérieur. La sanction disciplinaire ne résultait alors que de l'application du contrat de travail, le règlement intérieur en constituant une annexe tacitement acceptée par le salarié. La sanction s'imposait alors au salarié, le juge étant dépourvu de tout contrôle de proportionnalité de la sanction à la gravité de la faute commise³⁹⁸.

396 D. Boulmier, Discipline : Portée de l'amnistie des sanctions disciplinaires, *Dr. soc.* 2014. 775.

397 Cass. soc., 16 juin 1945, *Dr. soc.* 1946. 427.

398 Cass. civ., 14 févr. 1866, *D.* 1866. I. 84.

163. – Le règlement intérieur. Désormais, la loi impose que le règlement intérieur³⁹⁹ « fixe les règles générales et permanentes⁴⁰⁰ relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur »⁴⁰¹. Une telle exigence doit impliquer la possibilité pour le salarié « d'évaluer la gravité de la mesure prise à son encontre ainsi que la situation de celle-ci à l'intérieur de l'échelle des sanctions en vigueur au sein de l'entreprise »⁴⁰². La nature de la mesure implique en outre de préciser sa durée lorsque cela est pertinent ; tel est le cas de la mise à pied disciplinaire qui n'est « licite que si le règlement intérieur précise sa durée »⁴⁰³. L'employeur qui inflige une sanction disciplinaire est dès lors tenu de respecter les prescriptions du règlement intérieur. En effet, l'employeur, en mettant en place le règlement intérieur, « autolimite »⁴⁰⁴ son pouvoir disciplinaire. Dans le cas contraire, « les dispositions légales n'auraient aucune signification s'il était possible au chef d'entreprise d'imaginer n'importe quelle sanction, même non prévue au règlement intérieur »⁴⁰⁵. Ainsi, la chambre sociale considère que « dès lors que le règlement intérieur fixe les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur, une sanction ne peut être prononcée contre un salarié que si elle est prévue par ce règlement intérieur »⁴⁰⁶. C'est pourquoi, lorsque l'entreprise ou l'établissement compte au moins vingt salariés⁴⁰⁷ – ou cinquante prochainement⁴⁰⁸ – mais que l'employeur n'a pas mis en place un règlement intérieur, celui-ci se trouve partiellement privé de son pouvoir disciplinaire. En effet, l'employeur, dans cette

399 Le règlement intérieur constitue un acte réglementaire de droit privé et s'impose à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise (Cass. soc., 25 sept. 1991, *Bull. civ.* V, n° 381).

400 « Le terme permanent ne signifie pas que les règles établies doivent s'appliquer toute l'année pour être assimilées au règlement. Il suffit qu'elles aient une portée constante sans avoir uniquement pour objet de répondre à une situation particulière limitée dans le temps » (B. Soinne, Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur, *Dr. soc.* 1983. 509).

401 C. trav., art. L. 1321-1, 3°

402 F. Duquesne, Légalité disciplinaire dans l'entreprise, l'épilogue ?, *RJS* 2011, n° 90

403 Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-42.740

404 A. Fabre, La durée maximale de la mise à pied doit être précisée par le règlement intérieur. Ou comment renforcer l'autolimitation du pouvoir disciplinaire de l'employeur, *RDT* 2010. 719.

405 B. Soinne, Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur, *préc.*

406 Cass. soc., 26 oct. 2010, *préc.* Une telle exigence avait déjà été consacrée par la Circ. DRT n° 91-17 du 10 sept. 1991, pt 42-2

407 « L'établissement d'un règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins vingt salariés » (C. trav., art. L. 1311-2 et Circ. DRT n° 5-83 du 15 mars 1983 pour l'appréciation du seuil). Il doit être établi dans les trois mois suivant l'ouverture de l'entreprise (C. trav., art. R. 1321-5). A défaut, il s'agit d'une contravention de quatrième classe (C. trav., art. R. 1323-1).

408 La L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF* n° 0119 du 23 mai 2019, texte n° 2, prévoit que « l'établissement d'un règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises ou établissements employant au moins cinquante salariés », une telle obligation s'appliquant « au terme d'un délai de douze mois à compter de la date à laquelle le seuil de cinquante salariés a été atteint, conformément à l'article L. 2312-2 » (C. trav., art. L. 1311-2 à partir du 1^{er} janv. 2020).

hypothèse, ne peut prononcer de sanction disciplinaire « *autre que le licenciement* »⁴⁰⁹, le droit de résiliation unilatérale participant de la prohibition des contrats perpétuels. A l'inverse, lorsque l'entreprise ou l'établissement compte moins de vingt salariés – ou cinquante à partir du 1^{er} janvier 2020⁴¹⁰ –, l'absence de règlement intérieur ne saurait priver l'employeur de son pouvoir disciplinaire. Celui-ci peut prononcer toute sanction qu'il juge appropriée aux faits reprochés.

164. – Sort du règlement intérieur en cas de transfert d'entreprise. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a pu considérer que le règlement intérieur, qui s'impose aux salariés avant le transfert de plein droit de leurs contrats de travail vers une société nouvellement créée, n'est pas transféré avec ces contrats, dès lors qu'il constitue un acte réglementaire de droit privé dont les conditions sont encadrées par les dispositions légales et réglementaires, lesquelles imposent à une telle entreprise nouvelle d'élaborer un règlement intérieur dans les trois mois de son ouverture. L'application par la nouvelle société du règlement intérieur en matière disciplinaire constitue ainsi un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser⁴¹¹.

165. – Nature et échelle des sanctions conventionnelles. En sus du règlement intérieur, la convention collective applicable dans l'entreprise peut revêtir une importance particulière à deux égards. D'une part, la convention collective peut elle aussi – bien qu'il ne s'agisse pas d'une négociation obligatoire – fixer les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur. En effet, la chambre sociale considère que « *lorsqu'une convention collective fixant les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur, limite la durée d'une mesure de suspension du contrat de travail, le dépassement de cette durée entraîne la nullité de la sanction* »⁴¹² étant entendu que le prononcé d'une sanction par l'employeur en violation des stipulations conventionnelles applicables « *cause nécessairement au salarié un préjudice dont les juges du fond apprécient*

409 Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-23.090

410 A en croire l'exposé des motifs de la L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 *préc.*, celle-ci répond à une exigence parmi d'autres, celle de créer, selon le gouvernement, « *un environnement juridique plus simple et plus favorable à la croissance des entreprises en matière de seuils d'effectif* ».

411 Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-16.465, *RJS* 2019, n° 70

412 Cass. soc., 24 nov. 2010, n° 09-42.267

souverainement le montant »⁴¹³.

166. – Garanties conventionnelles. D'autre part, la convention collective peut ajouter des garanties supplémentaires au regard de la loi⁴¹⁴ ou du règlement intérieur et ce, au bénéfice du salarié, telle la faculté pour l'employeur de prononcer certaines sanctions qu'en cas de récidive⁴¹⁵, ou comme la nécessité de saisir une instance disciplinaire préalablement au prononcé de la sanction par l'employeur⁴¹⁶. De telles règles de procédure sont qualifiées par la Cour de cassation de « *garanties de fond* »⁴¹⁷ et, c'est pourquoi, la nullité de la sanction est encourue en cas de violation de celles-ci⁴¹⁸. Les critères permettant l'identification de la garantie de fond doivent être recherchés dans la disposition qui en cause. Ainsi, il apparaît qu'il y a garantie de fond « *lorsque la mesure constitue une limite aux pouvoirs de l'employeur ou lorsqu'elle assure une protection renforcée et effective des droits de la défense* »⁴¹⁹ du salarié »⁴²⁰. Par ailleurs, les stipulations conventionnelles doivent se combiner avec les dispositions légales procédurales, c'est pourquoi le salarié doit être convoqué à l'entretien préalable avant la saisine d'un conseil de discipline organisé par la convention collective applicable⁴²¹.

413 Cass. soc., 4 déc. 2013, n° 12-23.930

414 « *Les dispositions conventionnelles, qui édictent des règles de fond plus favorables que la loi, sont impératives, et le licenciement prononcé en méconnaissance de ce texte est sans cause réelle et sérieuse* » (Cass. soc., 12 mars 1991, *Bull. civ.* V, n° 121).

415 Une convention collective peut à ce titre prévoir que le licenciement pour faute grave ne pourra être prononcé qu'après avoir sanctionné à trois reprises par des avertissements les comportements fautifs du salarié (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-41.496).

416 « *La consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle ou du règlement intérieur d'une entreprise, de donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur constitue pour le salarié une garantie de fond* » (Cass. soc., 16 janv. 2019, n° 17-10.421).

417 « *Preuve étrange et inattendue que la forme, c'est le fond* » (V. Hugo, *Utilité du beau et autres textes*, Manucius, 2018).

418 Cass. soc., 3 déc. 2008, n° 07-43.582 et Cass. soc., 9 janv. 2013, n° 11-25.646. Concernant le licenciement, celui-ci était dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 11 juill. 2000, n° 97-45.781). Désormais, le fait pour l'employeur de ne pas observer la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement entraîne le versement d'une indemnité au salarié qui ne peut être supérieure à un mois de salaire (C. trav., art. L. 1235-2). Ceci ne remet toutefois pas en cause les conséquences à attacher aux violations des autres garanties de fond, puisque la disposition sus mentionnée ne concerne que la « *consultation* » et le « *licenciement* ».

419 Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-62.787

420 C. Varin, Les critères de la notion de garantie de fond, *JCP S* 2013. 1356.

421 Cass. soc., 28 sept. 2005, n° 02-45.926

§2. L'articulation du règlement intérieur et de la convention collective

167. – Hiérarchie. Le règlement intérieur ne peut contenir « *des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement* »⁴²². Ainsi, le règlement intérieur mis en place postérieurement à l'entrée en vigueur de la convention collective doit respecter ses stipulations. Dans l'hypothèse où un règlement intérieur existe déjà dans l'entreprise ou l'établissement, la convention collective postérieure viendra se substituer aux dispositions du règlement intérieur et ce, même si les clauses sont moins favorables⁴²³.

168. – Silence. Lorsque le règlement intérieur ajoute une sanction à la liste fixée par la convention collective, la modification du règlement intérieur s'avère nécessaire en ce que le silence de la convention collective demeure plus favorable au salarié⁴²⁴. Or, une telle solution est critiquable à au moins deux égards.

169. – Critique. D'une part, l'employeur n'est plus maître de la discipline dans l'entreprise, puisqu'il ne peut déterminer les sanctions qui ont vocation à s'y appliquer en présence d'une convention collective qui fixe la nature et l'échelle des sanctions. Ce pouvoir étant dévolu aux partenaires sociaux, c'est le pouvoir disciplinaire de l'employeur qui s'en trouve alors amoindri. D'autre part, la solution est justifiée par son caractère plus favorable, que le silence de la convention collective induit pour le salarié. Cependant, en pratique, une sanction disciplinaire figurant de façon supplémentaire à la liste des sanctions disciplinaires pouvant être prononcées par l'employeur crée un effet de dilution en ce que, plus nombreuses, les sanctions disciplinaires sont à la fois moins sévères et plus adaptées à la faute commise par le salarié. En d'autres termes, à défaut de mise à pied disciplinaire figurant dans la liste entre l'avertissement et la rétrogradation – ou la mutation –, c'est cette seconde sanction qui sera prononcée pour des faits qui auraient pu justifier le prononcé d'une mise à pied disciplinaire. En cas de refus du salarié, qui trouvera à juste titre la sanction disciplinaire disproportionnée au regard de la faute commise, c'est le licenciement qui sera prononcé.

422 C. trav., art. L. 1321-3, 1°

423 Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 04-41.390 concernant la procédure disciplinaire.

424 CE, 28 janv. 1991, req. n° 84586 concernant la mise à pied disciplinaire.

* *
*

170. – Conclusion de chapitre. La sanction disciplinaire, et les garanties procédurales l'entourant, est désormais strictement encadrée dans son prononcé par une multitude de sources dont l'employeur n'a pas toujours la maîtrise. Si le règlement intérieur est mis en place de son fait, tel n'est pas le cas lorsque c'est la loi ou la convention collective qui posent des garanties bénéficiant au salarié. La multiplicité des acteurs de l'encadrement de la sanction disciplinaire, si elle peut être opportune en ce qu'elle permet d'éviter l'exercice par l'employeur d'un pouvoir qui pourrait apparaître en certains cas arbitraire, ne facilite pour autant pas la lecture et l'application du régime de la sanction disciplinaire.

Chapitre 2. Les contestations de la sanction disciplinaire

171. – Plan. Les contestations de la sanction disciplinaire empruntent deux voies, la différence entre elles tenant notamment à l'autorité devant laquelle le salarié conteste la sanction. D'une part, le salarié peut en certains cas refuser une sanction disciplinaire, c'est-à-dire la contester devant l'employeur (**Section 1**). D'autre part, il peut contester judiciairement la sanction, auquel cas la contestation aura lieu devant le juge (**Section 2**).

Section 1 – Le refus de la sanction disciplinaire

172. – Plan. La possibilité pour le salarié de refuser une sanction disciplinaire (§1) résulte d'une évolution jurisprudentielle dont la critique n'a pas cessé de souligner les multiples conséquences (§2).

§1. La possibilité de refuser une sanction disciplinaire

173. – Avant *Hôtel le Berry*. Avant l'arrêt *Hôtel le Berry*⁴²⁵ le refus de la modification du contrat de travail par le salarié s'analysait en un acte d'indiscipline constituant une faute grave et privant le salarié de toute indemnité de rupture, alors même que la faute initiale ayant justifiée la rétrogradation n'était pas nécessairement une faute privative d'indemnité⁴²⁶. Jusqu'en 1998, la Cour de cassation considérait que la modification du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire ne pouvait ouvrir droit au salarié de refuser la modification du contrat lorsque la sanction était justifiée⁴²⁷. Dans l'arrêt *Saint-Michel*, la chambre sociale avait décidé que le refus opposé par le salarié à son déclassement disciplinaire ne permettait pas à l'employeur de prendre acte de la rupture du contrat de travail en rendant celle-ci imputable au salarié. En effet, la Cour considérait que « *le déclassement*

425 Cass. soc., 16 juin 1998, *Bull. civ.* V, n° 320

426 Cass. soc., 9 oct. 1991, *Bull. civ.* V, n° 400

427 Cass. soc., 31 nov. 1991, *Dr. soc.* 1992. 77.

que l'employeur avait imposé au salarié apportait une modification substantielle au contrat de travail que celui-ci n'avait pas acceptée, ce dont il résultait qu'il appartenait à l'employeur de prendre l'initiative de la rupture en mettant en œuvre la procédure de licenciement »⁴²⁸. Puis, la Cour de cassation affirme dans un arrêt *Cie Internationale des wagons-lits* que « le refus du salarié de se soumettre à la sanction rendait impossible la poursuite du contrat de travail pendant la durée du préavis »⁴²⁹. L'existence d'une faute grave en cas de refus par le salarié de la modification du contrat de travail à titre de sanction était alors implicitement admise, la faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis⁴³⁰. La Cour considère toutefois que constitue une faute grave justifiant le licenciement, le refus d'un salarié de se soumettre à une modification d'échelon résultant d'une sanction disciplinaire, dès l'instant que la sanction de rétrogradation prise par l'employeur « est justifiée »⁴³¹. En effet, « le licenciement qui suit le refus du salarié d'accepter cette modification n'a de cause que si la sanction initiale est justifiée »⁴³². La Cour de cassation est alors ferme : la logique disciplinaire doit l'emporter sur le socle contractuel dont sont convenues les parties au contrat de travail. L'employeur, sur le fondement de son pouvoir disciplinaire, inflige une sanction modificatrice du contrat de travail au salarié ; si ce dernier la refuse alors qu'elle est justifiée, son licenciement est justifié par ce refus. Un tel régime s'explique par le fait que « l'employeur se trouve dans une sorte d'état de nécessité, la gravité du comportement justifie la révision. En refusant, le salarié se met lui-même hors contrat. L'employeur en prend acte »⁴³³. La justification de la solution consistant à assimiler le refus du salarié de la sanction disciplinaire modificatrice du contrat de travail à une faute grave résultait alors de ce que le salarié commettait une faute supplémentaire en exprimant son refus, « circonstance aggravante lorsqu'il s'opposait à l'exercice légitime du pouvoir disciplinaire »⁴³⁴. Toutefois, une telle solution ne semblait pas compatible avec la nouvelle distinction entre changement des conditions de travail et modification du contrat de travail, le salarié étant en droit de refuser la modification du contrat ne résultant pas d'une sanction disciplinaire⁴³⁵. Dès lors, comment justifier que le refus de la modification ne pouvait être

428 Cass. soc., 21 févr. 1990, *Bull. civ.* V, n° 74

429 Cass. soc., 9 oct. 1991, *Bull. civ.* V, n° 400

430 Cass. soc., 26 févr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 97

431 Cass. soc., 19 nov. 1997, n° 94-44.784

432 Cass. soc., 5 févr. 1997, n° 94-40.948

433 A. Mazeaud, La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire, *Dr. soc.* 1991. 16.

434 M. Morand, Le contractuel pourchasse le disciplinaire, *JCP E* 1998. 2059.

435 Cass. soc., 10 déc. 1996, n° 94-40.300

fautif que lorsque celle-ci était disciplinaire ? La Cour considérait que « *le refus d'une modification de son contrat de travail par un salarié ne peut légalement constituer une cause de licenciement* »⁴³⁶ et « *que le refus du salarié d'accepter une modification ne caractérise pas à lui seul un motif de licenciement* »⁴³⁷. L'uniformisation des conséquences du refus de la modification du contrat quel que soit le motif à l'origine de celle-ci était alors à prévoir.

174. – Hôtel le Berry. En effet, le doyen P. Waquet considérait que « *toute modification, même de nature disciplinaire, peut être refusée, sans faute. En cas de refus, l'employeur retrouve son pouvoir disciplinaire. En conséquence, il peut prononcer une nouvelle sanction ou recourir au licenciement* »⁴³⁸. Le doyen Waquet, rapporteur à la chambre sociale de la Cour de cassation à l'époque de l'arrêt *Hôtel le Berry*, influença sans doute celle-ci, puisqu'elle énonça finalement qu'une « *modification du contrat de travail, décidée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée ; en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, aux lieu et place de la sanction refusée* »⁴³⁹. Désormais, la sanction qui emporte modification du contrat de travail ne peut être imposée au salarié. En outre, le refus par le salarié de la sanction n'est plus constitutif, en lui-même, d'une faute grave. L'employeur peut mettre en œuvre une procédure de licenciement qui sera alors fondée sur les faits qui ont donné lieu au prononcé de la première sanction disciplinaire refusée par le salarié, et non sur le refus de la sanction en lui-même. En effet, « *le licenciement d'un salarié fondé sur le seul refus d'accepter une modification de son contrat de travail est sans cause réelle et sérieuse* »⁴⁴⁰.

175. – Confirmations postérieures. Une telle solution a été confirmée par la suite dans de nombreux arrêts⁴⁴¹. Des juges du fond ont tenté toutefois de résister à une telle solution, mais ceux-ci se sont vus systématiquement censurés par la Cour de cassation. Une cour d'appel avait pu notamment considérer que « *par essence, tout pouvoir disciplinaire conduit l'employeur à imposer unilatéralement une sanction pouvant affecter la carrière ou la rémunération du salarié ; qu'exiger son accord en matière disciplinaire comme dans le*

436 Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 3425 P + B

437 Cass. soc., 15 juill. 1998, n° 97-43.985

438 P. Waquet, Droit disciplinaire et modification du contrat de travail, *Dr. soc.* 1998. 805.

439 Cass. soc., 16 juin 1998, *Bull. civ.* V, n° 320

440 Cass. soc., 13 oct. 1999, n° 97-42.072

441 Cass. soc., 29 nov. 2000, n° 4760 F-D ; Cass. soc., 15 juin 2000, *Bensoussan*, n° 98-43.400 ; Cass. soc., 6 mai 2002, n° 00-42.054 ; Cass. soc., 10 juill. 2007, *RDT* 2008. 108.

domaine contractuel conduirait inéluctablement à la fin du pouvoir disciplinaire de l'employeur »⁴⁴².

176. – Justification. L'arrêt *Hôtel le Berry* s'explique tant par la nécessité d'éviter le licenciement pour faute grave privatif d'indemnités pour le salarié en raison de son refus de la sanction que par la nature de la relation qui lie l'employeur et le salarié. En effet, l'employeur et le salarié, en concluant le contrat de travail, s'engagent l'un vis-à-vis de l'autre à exécuter des prestations précises. En effet, « *lorsque le contrat est un contrat à durée indéterminée, chacune des parties a le droit de rompre unilatéralement, sous certaines conditions, le contrat qui les lie, mais elles n'ont pas pour autant le droit de modifier unilatéralement celui-ci. Tant qu'il n'est pas rompu, les obligations contractuelles s'imposent à chacun des cocontractants. Seul un accord entre eux peut modifier telle ou telle obligation, considérée comme essentielle* »⁴⁴³. Ainsi, l'emploi tenu par le salarié est à l'évidence une clause essentielle et, c'est pourquoi, une modification d'emploi qu'entraîne une rétrogradation suppose nécessairement un accord entre les parties et ne saurait être imposée par l'employeur.

177. – Conciliation des droits contractuel et disciplinaire. D'aucuns pourraient considérer que l'arrêt *Hôtel le Berry* consacre la suprématie du droit des contrats sur le droit disciplinaire ; mais il n'en est rien. D'un point de vue théorique, la possibilité pour le salarié de refuser la sanction est juridiquement justifiée dans la mesure où le pouvoir disciplinaire n'a pas à prévaloir sur les règles contractuelles. Le droit des contrats et le droit disciplinaire doivent coexister et, ainsi, l'employeur ne saurait modifier unilatéralement le contrat de travail qui a force obligatoire. Même si l'employeur détient un pouvoir disciplinaire, il est dans le même temps cocontractant et lié par les règles contractuelles. Le droit disciplinaire et le droit contractuel sont à concilier, l'employeur devant les respecter tous deux. Ainsi, une sanction modificatrice du contrat de travail qui serait conforme au droit disciplinaire, mais infligée sans l'accord du salarié, ne saurait valoir. De même, une sanction modificatrice du contrat de travail acceptée par le salarié serait illicite si infligée en violation du droit disciplinaire.

442 Cass. soc., 4 juin 2002, n° 00-44.279

443 J. Pélissier, *Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire*, D. 1992. 30.

178. – Régime. Depuis l'arrêt *Hôtel le Berry* le salarié fautif peut refuser la sanction modificatrice du contrat de travail proposée par l'employeur. Trois possibilités s'offrent à l'employeur en cas de refus du salarié : s'incliner en rétablissant le salarié dans son poste et en lui infligeant une sanction moins grave, négocier une autre modification du contrat de travail avec le salarié lorsqu'il ne conteste pas le principe d'une telle sanction, ou licencier le salarié si la faute commise initialement est telle qu'elle justifie la rupture du contrat de travail.

179. – Acceptation expresse. La sanction modificatrice du contrat de travail doit être proposée au salarié et recueillir son accord exprès⁴⁴⁴. En effet, la Cour de cassation considère que la notification⁴⁴⁵ au salarié d'une sanction emportant modification du contrat de travail doit comporter l'information de l'intéressé sur sa faculté d'accepter ou de refuser cette modification⁴⁴⁶. A défaut, le salarié pourra prendre acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur⁴⁴⁷, ou solliciter la résiliation judiciaire de celui-ci⁴⁴⁸. Il peut tout aussi bien demander l'annulation de la sanction et réclamer le maintien de son statut antérieur et de tous ses avantages⁴⁴⁹.

180. – Entretien préalable et délais de prescription. Lorsque le salarié est convoqué à un entretien préalable afin de se voir infliger une sanction disciplinaire emportant modification du contrat de travail, et qu'il refuse ensuite celle-ci, l'employeur doit-il convoquer de nouveau le salarié à un entretien en vue de lui infliger la seconde sanction ? En effet, la nécessité du second entretien ne va pas de soi, en ce que les faits qui motivent la première sanction disciplinaire sont ceux qui motivent la seconde. Le salarié a alors déjà pu présenter ses explications et observations sur ces faits. La Cour de cassation considère toutefois que *« lorsque le salarié refuse une mesure de rétrogradation disciplinaire notifiée après un premier entretien préalable, l'employeur qui envisage de prononcer un licenciement au lieu et place de la sanction refusée doit convoquer l'intéressé à un nouvel entretien ; qu'il en résulte que le délai d'un mois prévu par le Code du travail court à compter de la date fixée pour ce nouvel entretien »*⁴⁵⁰. Une telle solution s'explique par le fait que si le salarié refuse

444 L'acceptation du salarié doit être *« claire et non équivoque »* (Cass. soc., 19 févr. 2003, n° 00-46.188).

445 Pour un exemple de notification d'une rétrogradation disciplinaire, v. *RF Social*, 2019, n° 192, p. 29

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

447 Cass. soc., 14 févr. 2001, n° 98-46.259

448 Cass. soc., 26 oct. 2011, n° 10-19.001

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

450 Cass. soc., 27 mars 2007, n° 05-41.921. Toutefois, l'absence d'un nouvel entretien préalable ne prive pas de

tardivement la première sanction, un tel refus pourrait priver l'employeur d'exercer son pouvoir disciplinaire du fait du délai de prescription d'un mois qui court à compter de l'entretien et qui impose à l'employeur de prendre une sanction définitive dans ce délai⁴⁵¹. L'employeur ne peut présumer un accord du travailleur fautif, il peut seulement exiger du salarié qu'il donne sa réponse dans un « *délai raisonnable* »⁴⁵². Cependant, la notion de « *délai raisonnable* » est incertaine. Ainsi, un salarié convoqué le 1^{er} décembre qui refuserait la sanction de façon expresse le 30 décembre, priverait l'employeur de la possibilité de lui infliger une seconde sanction dans le délai d'un mois qui a commencé à courir à compter du 1^{er} décembre. La tenue d'un nouvel entretien en vue du prononcé de la seconde sanction permet alors de faire courir un nouveau délai d'un mois, empêchant toute stratégie déloyale du salarié pour faire échec au prononcé de la seconde sanction consécutive au refus de la première. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur est alors préservé. De même, la Cour de cassation considère que « *le refus d'une rétrogradation par le salarié interrompt le délai de prescription prévu par l'article L. 1332-4 du code du travail, en sorte que l'employeur dispose d'un nouveau délai de deux mois, à compter de ce refus, pour convoquer le salarié à un entretien en vue d'une autre sanction disciplinaire* »⁴⁵³. La première convocation interrompt le délai de prescription de deux mois depuis les faits fautifs ou leur connaissance par l'employeur⁴⁵⁴, un nouveau délai de même durée étant ainsi ouvert à l'employeur à compter du refus de la sanction par le salarié afin qu'il convoque de nouveau le salarié à un entretien préalable, celui-ci ouvrant un délai d'un mois pour sanctionner le salarié.

181. – Inapplication du principe *non bis in idem*. Lorsque l'employeur souhaite sanctionner le salarié à la suite de son refus de la sanction modificatrice du contrat de travail, une telle sanction ne saurait heurter le principe *non bis in idem* selon lequel des faits ne peuvent être sanctionnés deux fois. En effet, la rétrogradation qui est envisagée dans un premier temps par l'employeur ne peut pas être considérée comme une sanction disciplinaire puisque celle-ci ne produit aucun effet à défaut d'acceptation de celle-ci par le salarié⁴⁵⁵.

cause réelle et sérieuse le licenciement prononcé au lieu et place d'une sanction disciplinaire modifiant le contrat de travail et refusée par le salarié (Cass. soc., 16 sept. 2015, n° 14-10.325, *Dr. soc.* 2015. 939).

451 C. trav., art. L. 1332-2

452 Cass. soc., 1^{er} avr. 2003, n° 01-40.389, *Dr. soc.* 2003. 666.

453 Cass. soc., 15 janv. 2013, n° 11-28.109

454 Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 00-41.217

455 En revanche, la mutation refusée par le salarié et prononcée concomitamment à un avertissement est nulle, en ce qu'elle viole le principe *non bis in idem* (v. Cass. soc., 19 oct. 2017, n° 16-11.343).

182. – Licenciement pour faute grave. Si le refus de la sanction n'est plus constitutif d'une faute grave, il est des cas où l'employeur souhaitera licencier le salarié pour faute grave à la suite du refus de la sanction modificatrice du contrat de travail par celui-ci⁴⁵⁶. Or, la faute est grave est définie comme celle « *d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien de l'intéressé dans l'entreprise pendant la durée du préavis* »⁴⁵⁷. Si l'employeur propose une première sanction de rétrogradation au salarié, c'est qu'il est manifestement en mesure d'assurer le maintien du salarié dans l'entreprise au regard des faits qui lui sont reprochés. Dès lors, comment justifier qu'à la suite du refus du salarié de la sanction, les faits qui à l'origine motivent une rétrogradation, motivent finalement un licenciement pour faute grave ? En certains cas, suite au premier entretien préalable, le salarié commet de nouveaux agissements considérés par l'employeur comme fautifs. La Cour de cassation considère que ces faits pourront être invoqués à l'appui de la seconde sanction⁴⁵⁸, si bien qu'une faute grave pourrait être retenue à l'encontre du salarié finalement licencié et ce, en raison des ces faits nouveaux qui aggravent la qualification de la faute retenue ayant donné lieu à la proposition de rétrogradation. En revanche, en l'absence de faits nouveaux invoqués à l'appui du licenciement consécutif au refus de la sanction modificatrice, il apparaît en réalité que si le refus, en lui-même, ne saurait constituer une faute grave, il peut toutefois rendre le maintien du salarié impossible dans l'entreprise et donner à la faute à l'origine de la sanction le caractère de faute grave. La frontière semble alors bien ténue.

§2. La critique de la possibilité du refus de la sanction disciplinaire

183. – Considérations pratiques. Dans l'hypothèse où le manquement du salarié ne constitue pas une faute sérieuse pouvant justifier un licenciement, l'employeur n'a plus à sa disposition, en cas de refus du salarié, que le blâme ou l'avertissement qui pourront s'avérer être des sanctions insuffisantes en certains cas. Dès lors, en permettant au salarié de faire échec au pouvoir disciplinaire de l'employeur, la jurisprudence conduit en réalité à la disparition des sanctions intermédiaires. L'employeur ne devrait alors proposer la rétrogradation que dans le cas où il pourrait tout aussi bien prononcer un licenciement. La rétrogradation devient alors une sanction alternative au licenciement. L'employeur pourrait brandir la menace de celui-ci

456 Cass. soc., 7 juill. 2004, n° 02-44.476, *RJS* 10/04, n° 1038

457 Cass. soc., 26 févr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 97

458 Cass. soc., 14 janv. 2014, n° 12-12.744

afin de faire accepter la rétrogradation par le salarié, en convoquant notamment celui-ci à un entretien en vue du prononcé d'une sanction « *pouvant aller jusqu'au licenciement* ». Plus radicalement, l'employeur pourrait décider de n'opter que pour des licenciements à chaque fois qu'une sanction modificatrice du contrat de travail est en réalité possible, quitte à proposer finalement après l'entretien préalable une telle sanction⁴⁵⁹.

184. – Cause réelle et sérieuse de licenciement. Du reste, « *l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, au lieu et place de la sanction refusée, notamment le licenciement du salarié ; que si le refus du salarié d'accepter la sanction initiale ne peut constituer un motif de licenciement, il appartient au juge de rechercher si le ou les motifs invoqués à l'appui de ladite sanction initiale constituent ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement* »⁴⁶⁰. Dans le cas d'un licenciement à la suite du refus du salarié de la première sanction, le juge peut estimer qu'il n'y a pas de cause réelle et sérieuse, dans l'hypothèse notamment où l'employeur se contente d'invoquer dans la lettre de licenciement le fait que le salarié avait refusé la mutation⁴⁶¹. Inversement, il peut reconnaître l'existence d'une faute suffisamment sérieuse pour justifier la rupture du contrat⁴⁶².

185. – Qualification de sanction. D'un point de vue théorique, la possibilité de refuser la sanction disciplinaire modificatrice du contrat de travail soulève une question. Une telle proposition de modifier le contrat de travail à titre de sanction disciplinaire peut-elle revêtir la qualification de sanction ? A en croire la lettre de l'article L. 1331-1 du Code du travail, la mesure doit être « *prise* » par l'employeur. Or, puisque le salarié est en droit de refuser la sanction modificatrice du contrat de travail, la mesure n'est plus prise par l'employeur, mais seulement proposée par celui-ci. Or, il peut être considéré qu'une « *sanction véritable n'a pas à être acceptée ou refusée par celui qu'elle doit punir* »⁴⁶³. Ainsi, la Cour « *dénature la notion même de pouvoir disciplinaire* », la sanction étant « *par essence unilatérale* »⁴⁶⁴. Toutefois, ce droit de refuser la sanction disciplinaire n'a pas une portée générale, mais ne concerne que les

459 La jurisprudence tend à privilégier la sanction la plus lourde, c'est-à-dire le licenciement, alors même que le juge prud'homal, s'il peut annuler toute sanction disciplinaire, ne peut le faire s'agissant du licenciement (C. trav., art. L. 1333-3).

460 Cass. soc., 6 juill. 2002, n° 00-42.054

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

462 Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-44.307

463 J. Mouly, Une remise en cause indirecte de la jurisprudence Hôtel le Berry : l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire, *Dr. soc.* 2002. 955.

464 *Ibid.*

hypothèses où la sanction entraîne une modification du contrat de travail. Lorsque la sanction n'entraîne pas une telle modification, elle ne peut être refusée par le salarié⁴⁶⁵. Certes amoindri, le pouvoir disciplinaire de l'employeur ne disparaît pas pour autant avec la jurisprudence *Hôtel le Berry*, mais fait face au socle contractuel.

186. – Conséquences similaires avant et après *Hôtel le Berry*. La jurisprudence *Hôtel le Berry* n'a pas d'intérêt selon certains⁴⁶⁶, puisqu'antérieurement une telle solution l'employeur sanctionnait une faute du salarié dans un premier temps et la résistance du salarié à la sanction dans un second temps. Or, après l'arrêt *Hôtel le Berry*, l'employeur sanctionne directement la faute. Auparavant, le licenciement du fait de l'insubordination du salarié manifestée par son refus n'était justifié que si la sanction à laquelle le salarié résistait était elle-même fondée, c'est-à-dire si la faute le justifiait⁴⁶⁷. Ainsi, « *l'insubordination n'était donc pas sanctionnée de manière systématique, en vertu d'une appréciation in abstracto de sa gravité, mais bien au cas par cas en fonction de la légitimité de la sanction à laquelle le salarié prétendait résister. Dans le nouveau système, l'écran constitué par l'insubordination disparaît et le licenciement sera fondé si la faute professionnelle le justifie, ce qui revient au même* »⁴⁶⁸.

187. – Solutions alternatives à *Hôtel le Berry*. De plus, l'intention de départ était d'atténuer la sévérité des sanctions à l'égard du salarié qui refuse une sanction justifiée emportant modification de son contrat de travail. Or, il apparaît que d'autres solutions existent désormais. En effet, le refus du changement des conditions de travail n'est plus en soi une faute grave⁴⁶⁹. Dans la conception classique du pouvoir disciplinaire, le refus par le salarié d'une sanction doit être traité comme un tel changement puisque, lui aussi, s'impose au salarié⁴⁷⁰. Il serait par conséquent possible de revenir à la conception traditionnelle du pouvoir disciplinaire et obliger le salarié à se soumettre aux sanctions infligées par l'employeur. Un refus de sa part continuerait à constituer un comportement fautif, mais il ne caractériserait plus, en lui-même, une faute grave. Le salarié conserverait donc *a priori* son droit au préavis et à l'indemnité de

465 En tout état de cause, le refus du salarié de se soumettre à une mise à pied disciplinaire peut constituer une faute grave (Cass. soc., 25 mai 2004, n° 02-41.900).

466 C. Radé, A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique, *Dr. soc.* 1999. 3.

467 Cass. soc., 13 nov. 1991, *Dr. soc.* 1992. 77.

468 Le motif de la modification dicte le motif du licenciement (Cass. soc., 14 mai 1997, *Dr. soc.* 1997. 740).

469 Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463

470 Cass. soc., 13 juin 2007, n° 06-41.368 concernant le refus d'une mutation dans le même secteur géographique à la suite de faits de harcèlement moral.

licenciement⁴⁷¹. L'évolution de la jurisprudence en matière de changement des conditions de travail a rendu en grande partie inutile la jurisprudence *Hôtel le Berry*. Même si le régime du changement des conditions de travail découle du pouvoir de direction de l'employeur, et non de son pouvoir disciplinaire, un tel régime serait cependant aisément transposable.

Section 2 – La contestation judiciaire

188. – Plan. La contestation judiciaire de la sanction disciplinaire consiste essentiellement pour le salarié à demander l'annulation de celle-ci (§1), bien qu'un tel contentieux demeure marginal (§2) lorsqu'il est fait abstraction du contentieux particulier du licenciement.

§1. Le contentieux de l'annulation de la sanction disciplinaire

189. – Principe. L'article L. 1333-1 du Code du travail énonce qu'en « *cas de litige, le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction* ». Le juge doit ainsi rechercher si la mesure prise par l'employeur constitue une sanction disciplinaire. Dans l'éventualité où la mesure présente la qualification d'une sanction disciplinaire, le juge doit alors contrôler le respect de la procédure qui lui était applicable et si les garanties de procédure ont été respectées⁴⁷², étant entendu que leur étendue peut varier en raison des éléments supplémentaires que consacraient le règlement intérieur ou la convention collective. En outre, l'article L. 1333-2 du Code du travail dispose que « *le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée⁴⁷³ ou disproportionnée⁴⁷⁴ à la faute commise* ». La sanction disciplinaire qui est contestée devant le conseil de prud'hommes fait l'objet d'un quadruple contrôle en ce que le juge vérifie qu'elle est justifiée à la faute commise, proportionnée⁴⁷⁵ à celle-ci, et régulière en la forme ou au fond. Enfin, le juge doit contrôler la licéité de la sanction, c'est-à-dire si celle-ci est ou non une sanction pécuniaire prohibée, une sanction discriminatoire, ou une sanction qui n'est pas prévue par le règlement intérieur.

471 Tel est le but initial de la jurisprudence *Hôtel le Berry*.

472 Cass. soc., 12 nov. 2003, *RJS* 2004, n° 36

473 Sur la notion, v. *supra* n° 125 s.

474 Sur la notion, v. *supra* n° 129 s.

475 Cass. soc., 12 févr. 1987, *D.* 1988. 98.

190. – Sanction irrégulière en la forme. La loi donne compétence au conseil de prud'hommes d'apprécier la régularité de la procédure suivie. Si par le passé des irrégularités de formes mineures n'étaient ni sanctionnées par la nullité, ni par l'octroi de dommages-intérêts, il apparaît désormais que la Cour de cassation considère que la violation d'une règle de forme cause nécessairement un dommage au salarié. Toutefois, en cas d'irrégularité de forme résultant de l'inobservation de la procédure disciplinaire, l'annulation judiciaire n'est que facultative⁴⁷⁶. En effet, « *une sanction disciplinaire, même irrégulière en la forme, n'est pas nécessairement annulable* »⁴⁷⁷. C'est pourquoi, la mise à pied irrégulière en la forme mais justifiée quant au fond peut ne pas être annulée⁴⁷⁸.

191. – Pouvoir d'annulation. Si le juge peut annuler la sanction, il ne peut la modifier⁴⁷⁹, en ce que la réduction ne correspondrait pas à une annulation partielle, mais bien à un acte d'exercice du pouvoir disciplinaire qui par principe n'appartient qu'à l'employeur. De même, si le juge peut annuler la sanction, il n'est pas pour autant tenu de le faire⁴⁸⁰, mais il doit alors accorder des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé au salarié⁴⁸¹. Par ailleurs, le pouvoir d'annulation de la sanction disciplinaire s'exerce, non seulement en cas d'inobservation des règles de la procédure légale, mais encore dans l'hypothèse où auraient été méconnues des règles prévues par une procédure conventionnelle ou statutaire, comportant, pour les salariés faisant l'objet de poursuites disciplinaires, des garanties supérieures ou des avantages supplémentaires à ceux prévus par la loi⁴⁸² et ce, même si la sanction envisagée est un avertissement n'ayant pas eu d'incidence sur la situation du salarié dans l'entreprise⁴⁸³.

476 Cass. soc., 14 nov. 1995, n° 92-40.972

477 Cass. soc., 23 mars 1989, *Dr. soc.* 1989. 504.

478 Cass. soc., 13 oct. 1988, n° 85-45.646

479 Cass. soc., 24 janv. 2018, n° 16-22.591 et Cass. soc., 23 avr. 1986, *Bull. civ.* V, n° 161. Par ailleurs, « *quel sens peut conserver, après tant de mois, un nouvel avertissement ou une nouvelle mise à pied, pour un acte fautif réel, mais recouvert par l'oubli ? Il serait bien préférable que le conseil de prud'hommes, saisi d'une contestation sur la régularité ou le bien fondé d'une sanction disciplinaire puisse mettre fin définitivement au litige* » (J. Savatier, Le contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire de l'employeur depuis la loi du 4 août 1982, *Dr. soc.* 1986. 501).

480 Cass. soc., 13 oct. 1988, *préc.*

481 Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-42.216 et Cass. soc., 20 juin 2007, n° 05-44.314 « *L'appréciation du préjudice subi du fait de l'inobservation de la procédure disciplinaire ressortit au pouvoir souverain des juges du fond* » (Cass. soc., 20 oct. 1988, *Bull. civ.* V, n° 534 et Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 10-30.583).

482 Cass. soc., 7 mai 1996, n° 92-40.391

483 Cass. soc., 3 déc. 2008, n° 07-43.582

192. – Obligation d'annulation. Il est des cas où le juge doit prononcer l'annulation d'une sanction et ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation. Tel est le cas en matière d'irrégularité de fond puisque si les faits reprochés au salarié ne sont pas établis ou ne constituent pas une faute, le juge ne saurait refuser l'annulation. Ainsi, une mise à pied motivée par une action syndicale licite⁴⁸⁴, un avertissement prononcé pour participation à une grève⁴⁸⁵ ou pour l'exercice d'un mandat représentatif⁴⁸⁶ doivent être annulés. Doit aussi être annulée une sanction pécuniaire illicite ou une sanction non prévue par le règlement intérieur⁴⁸⁷. De même, certaines règles sont analysées comme des « *garanties de fond* »⁴⁸⁸, si bien que leur violation est obligatoirement sanctionnée par la nullité de la sanction disciplinaire⁴⁸⁹.

193. – Cas particulier du licenciement. Si toutes les sanctions disciplinaires peuvent être annulées, tel n'est pas le cas du licenciement pour motif disciplinaire dont le législateur prévoit un régime particulier. En effet, l'article L. 1333-3 du Code du travail soustrait expressément le licenciement à l'annulation judiciaire pour ne prévoir que des condamnations indemnitaires⁴⁹⁰, sauf lorsque le licenciement est nul parce que discriminatoire⁴⁹¹, ou qu'il porte atteinte à une liberté fondamentale⁴⁹².

194. – Conséquences de l'annulation. L'annulation judiciaire de la sanction disciplinaire rétablit le salarié dans ses droits et le fonde à obtenir le rétablissement dans sa situation antérieure. Ainsi, la rétrogradation annulée implique la réintégration du salarié dans son emploi antérieur. Si un tel poste ne peut être retrouvé par le salarié, l'employeur doit proposer à l'intéressé un poste équivalent à celui qu'il occupait avant le prononcé de la sanction⁴⁹³. Si la sanction annulée est un avertissement, celui-ci doit être retiré du dossier du salarié, et il ne saurait être invoqué à l'appui d'une nouvelle sanction pour des faits postérieurs. Lorsqu'il s'agit d'une mise à pied, l'employeur doit verser au salarié les salaires dont ce dernier a été privé pendant la durée de la mise à pied.

484 Cass. soc., 8 nov. 1988, n° 85-45.100

485 Cass. soc., 30 janv. 2013, n° 11-23.891

486 Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66.792

487 Cass. soc., 20 oct. 2010, n° 09-42.740

488 Sur la notion, v. *supra* n° 166

489 Cass. soc., 16 avr. 2008, n° 06-41.999

490 C. trav., art. L. 1235-3

491 C. trav., art. L. 1132-4

492 Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735

493 Cass. soc., 16 nov. 1993, *D.* 1994. 457.

195. – Nouvelle sanction. Suite à l'annulation de la sanction, l'employeur peut vouloir infliger une nouvelle sanction au salarié. Or, une telle possibilité dépendra du motif de l'annulation judiciaire de la première sanction. Si l'annulation est prononcée au motif que le salarié n'avait pas commis de faute, l'autorité de la chose jugée exclut toute nouvelle sanction pour un fait déclaré non fautif. L'employeur ne peut pas non plus prononcer une nouvelle sanction si c'est l'engagement tardif de la procédure disciplinaire en violation du délai de prescription des faits fautifs qui justifie l'annulation de la sanction⁴⁹⁴. En revanche, si l'annulation est motivée par un vice de procédure ou par la disproportion de la sanction au regard de la faute commise, l'employeur peut prononcer une nouvelle sanction si l'annulation laisse subsister la procédure antérieure⁴⁹⁵. Enfin, si l'annulation est motivée par le défaut d'entretien préalable, le délai de prescription de deux mois de l'article L. 1332-4 du Code du travail n'a pas été interrompu par un acte d'engagement des poursuites, si bien que l'employeur ne peut prononcer une nouvelle sanction. Si l'irrégularité de forme n'est pas le défaut d'entretien préalable, la prescription a été interrompue, et il semblerait dès lors qu'un nouveau délai de deux mois commence à courir à compter de la notification du jugement d'annulation de la sanction⁴⁹⁶. En tout état de cause peut-il apparaître absurde de prononcer une seconde sanction des mois après l'existence des faits fautifs dans l'hypothèse où le salarié a eu un comportement irréprochable depuis lesdits faits. En effet, « *il est douteux que la sanction tardive soit vraiment justifiée par la nécessité de maintenir la discipline dans l'entreprise* »⁴⁹⁷.

§2. Le contentieux marginal de la sanction disciplinaire

196. – En 1990 et 1991. En 1990⁴⁹⁸, sur les 152 955 demandes au fond⁴⁹⁹ portées devant les conseils de prud'hommes, seules 1 393⁵⁰⁰ ont pour objet une demande d'annulation d'une sanction disciplinaire, soit 0,9 % des demandes formées au fond devant les conseils de

494 Cass. soc., 18 janv. 1995, *Dr. soc.* 1995. 349.

495 Cass. soc., 4 févr. 1993, *Dr. soc.* 1993. 429 concernant l'annulation d'une sanction pour disproportion.

496 En ce sens, J. Savatier, La régularisation d'une sanction disciplinaire irrégulière en la forme est-elle possible ?, *Dr. soc.* 1995. 349.

497 J. Savatier, Les effets de l'annulation d'une sanction disciplinaire disproportionnée à la faute commise, *Dr. soc.* 1993. 429.

498 A. Jeammaud, L'état du contentieux judiciaire social, *Dr. soc.* 1993. 445 (tableau 3).

499 En 1990, pour 40 822 demandes en référé devant les conseils de prud'hommes, seules 297 ont pour objet une demande d'annulation d'une sanction disciplinaire, soit 0,7 % de l'ensemble des demandes en référé de l'année 1990.

500 1 172 en 1991, soit 0,8 %.

prud'hommes la même année. Les demandes formées en appel ayant pour objet l'annulation d'une sanction disciplinaire représentent quant à elle 0,3 % de l'ensemble de ces demandes.

197. – En 2004. En 2004⁵⁰¹, sur les 207 770 demandes portées devant les conseils de prud'hommes, seules 1 182 ont pour objet une demande d'annulation d'une sanction disciplinaire, soit 0,6 % du total des demandes formées la même année. En revanche, 66,3 % des demandes portées devant les conseils de prud'hommes ont pour objet la contestation du motif de la rupture contrat de travail (motif non économique). Aussitôt, il apparaît que les sanctions disciplinaires ne sont que très marginalement contestées, sauf lorsqu'il s'agit de la sanction la plus grave, à savoir le licenciement. Une telle analyse est corroborée par les chiffres des années postérieures.

198. – En 2012 et 2013. En effet, en 2012⁵⁰², le total des demandes portées devant les conseils de prud'hommes atteint 175 714, pour seulement 403 demandes d'annulation d'une sanction disciplinaire, soit 0,2 % des demandes formées cette année. Là encore, la contestation du motif de licenciement représente 79,6 % des demandes. Enfin, en 2013⁵⁰³, sur les 206 039 demandes formées devant les conseils de prud'hommes, seules 446 ont pour objet l'annulation d'une sanction disciplinaire, soit 0,2 % des demandes formées la même année. Comme sus mentionné, c'est la contestation du motif de la rupture du contrat de travail (non économique) qui prédomine, puisque 157 436 demandes ont cet objet, soit 76,4 % des demandes formées devant les conseils de prud'hommes en 2013.

199. – Explications. Selon certains, le contentieux disciplinaire – hors licenciement – reste marginal, d'une part parce que le salarié peut s'expliquer au cours de l'entretien préalable avec l'employeur, et d'autre part car le salarié « *n'ignore pas que l'assigner en justice alors qu'il continue à travailler dans l'entreprise ne constitue pas vraiment une assurance de promotion, mais plutôt une solide option pour figurer dans le prochain plan de sauvegarde de l'emploi* »⁵⁰⁴. A dire vrai, au-delà du coût financier et du temps nécessaire à consacrer à

501 M. Guillonnet et E. Serverin, Les litiges individuels du travail de 2004 à 2013 : des actions moins nombreuses mais toujours plus contentieuses, Infostat Justice, août 2015, n° 135, tableau 1

502 M. Guillonnet et E. Serverin, Rapport au garde des Sceaux, 2013

503 M. Guillonnet et E. Serverin, Les litiges individuels du travail de 2004 à 2013 : des actions moins nombreuses mais toujours plus contentieuses, *préc.*

504 Ray J.-E., *Droit du travail – Droit vivant*, 27^e éd., Wolters Kluwer, 2019, p. 163

l'action en justice, la part du contentieux disciplinaire se révèle marginale en raison notamment du contexte socio-économique dans lequel les salariés évoluent. Au fort taux de chômage correspond la crainte de perdre son emploi et, c'est pourquoi, le contentieux prud'homal se concentre autour de la sanction la plus lourde, à savoir le licenciement. Le contentieux de l'avertissement, de la mise à pied, et des sanctions « moindres » que le licenciement, s'il existe, demeure marginal en comparaison du contentieux du licenciement dont le motif – qui peut être disciplinaire – est contesté. Peu important les conséquences pratiques d'une sanction qui se révèle injustifiée ou disproportionnée, l'enjeu fondamental pour le salarié, c'est de conserver cette qualité.

* *
*
*
*

200. – Conclusion de chapitre. Si la possibilité pour le salarié de refuser une sanction disciplinaire qui entraîne une modification de son contrat de travail est critiquable d'un point de vue théorique en ce qu'elle subordonne le prononcé d'une sanction à l'acceptation de celui auquel elle est censée s'appliquer, elle demeure également critiquable d'un point de vue pratique en ce qu'elle conduit à privilégier la sanction la plus lourde, c'est-à-dire le licenciement. Quant à la contestation judiciaire, si des craintes avaient pu être formulées, notamment que le contrôle judiciaire « *entraînera des retards considérables et donc finalement une paralysie des instances* »⁵⁰⁵, il apparaît qu'en raison de la marginalité du contentieux disciplinaire, de telles craintes s'avère aujourd'hui injustifiées.

505 Sénat, Commission spéciale, projet de loi du 4 août 1982, rapport n° 470, p. 40

CONCLUSION

201. – Absence du législateur. Depuis 1982, le législateur a abandonné le droit disciplinaire qui s'est quasi-exclusivement construit de par l'action judiciaire. Et pourtant, la définition de la sanction disciplinaire que celui-ci avait introduite dans le Code du travail appelait un grand nombre de précisions. Là n'est pas pure théorie, car la notion de sanction disciplinaire commande l'application du régime correspondant, celui du droit disciplinaire, qui a été introduit pour conférer aux salariés des droits et des garanties qu'un pouvoir arbitraire de l'employeur méconnaissait antérieurement.

202. – Disparition progressive des sanctions. En tout état de cause, les sanctions disciplinaires ont-elles vocation à progressivement disparaître, au moins pour ce qui est de l'avertissement, du blâme et de la mise à pied. D'aucuns pourraient considérer que c'est la mise en place d'un cadre juridique à la sanction disciplinaire qui entraîne un recul de son prononcé en ce que l'employeur a « *peur de la sanction prud'homale* » ainsi que du « *risque financier encouru en cas de condamnation* »⁵⁰⁶. En réalité, il apparaît que le recul des sanctions disciplinaires – ou de certaines d'entre elles – s'explique par la théorie de la « culture de l'entreprise ». Afin de favoriser la productivité par la qualité de la vie au travail, la tendance n'est pas à la confrontation entre employeurs et salariés, mais à la conciliation et à la négociation⁵⁰⁷. Il apparaît qu'au sein de l'entreprise, les sanctions disciplinaires soient tant préjudiciables à l'employeur qu'au salarié.

203. – Diversité des sanctions. Le régime de la sanction disciplinaire désormais bien établi, continue pour autant de se construire. Pour cause, la diversité des formes que peuvent revêtir les sanctions, la conception subjective de la notion impliquant sans cesse, en cas de contentieux, de s'attacher à la volonté de l'employeur. Si dans bien des hypothèses l'identification de la sanction est aisée, il apparaît en de nombreux cas que la mesure décidée par l'employeur soit neutre, tant parce que celui-ci demeure passif, en refusant par exemple d'accorder une promotion au bénéfice d'un salarié, que parce qu'il exerce son pouvoir de

506 H. Grego, *Le pouvoir disciplinaire de l'employeur*, Gereso, 2017, p. 119

507 La rétrogradation comme la mutation doivent alors être privilégiées en ce qu'elles supposent l'accord du salarié. A défaut d'acceptation, c'est le licenciement qui sera *in fine* privilégié.

direction de par sa qualité d'employeur. A ce titre, la « mise au placard » si elle peut être ressentie comme une sanction par le salarié, dont l'âge le rend, aux yeux de l'employeur, moins productif, n'en est pour autant pas une.

204. – Évolution de la discipline. Plus radicalement, il apparaît qu'au-delà des évolutions concernant la sanction disciplinaire elle-même ainsi que ses formes, c'est la discipline dans l'entreprise qui prend un nouveau tournant. Là où à l'usine un retard de quelques minutes donnait lieu à avertissement, une société de services implique désormais une vision renouvelée de la discipline. En effet, plus que la discipline elle-même, c'est le travail qui est sanctionné. Or, la sanction du travail mal exécuté se reporte sur le travail lui-même qui, s'il n'est pas tout bonnement interrompu par un licenciement, peut s'en voir seulement modifié⁵⁰⁸. En effet, « *pour un travailleur du savoir, c'est désormais l'autonomie, la liberté qui est source de productivité* »⁵⁰⁹ et non la peur d'un blâme.

508 Le cadre n'est pas mis à pied, mais il se voit confier moins de tâches.

509 J.-E. Ray, *Droit du travail – Droit vivant*, 27^e éd., Wolters Kluwer, 2019, p. 157

BIBLIOGRAPHIE

– Ouvrages généraux, traités et manuels –

- AUZERO G., BAUGARD D. & DOCKES E., *Droit du travail*, 32^e éd., Précis, Dalloz, 2019
- CESARO J.-F., MARTINON A. & TEYSSIE B., *Droit du travail – Relations individuelles*, 3^e éd., LexisNexis, 2014
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018
- DURAND P. & JAUSSAUD R., *Traité de droit du travail*, t. I, Dalloz, 1947
- FAVENNEC-HERY F. & VERKINDT P.-Y., *Droit du travail*, 6^e éd., LGDJ, 2018
- GAUDU F. & VATINET R., *Droit du travail*, 5^e éd., Dalloz, 2013
- MERLE R. & VITU A., *Traité de droit criminel*, t. II, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 3^e éd., 1979
- OLLIER P.-D., *Le droit du travail*, Armand Colin, 1972
- RAY J.-E., *Droit du travail – Droit vivant*, 27^e éd., Wolters Kluwer, 2019
- VINEY G., *Traité de droit civil – Les obligations*, LGDJ, 1982

– Ouvrages spéciaux, thèses et monographies –

- BRETHER DE LA GRESSAYE J., & LEGAL A., *Le pouvoir disciplinaire dans les entreprises privées*, Sirey, Paris, 1938
- FOUCAULT M., *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975
- GREGO H., *Le pouvoir disciplinaire de l'employeur*, Gereso, 2017
- HUGO V., *Utilité du beau et autres textes*, Manucius, 2018
- KOUKEZIAN T., *Sanction pénale, sanction disciplinaire*, Thèse, Rennes, 2014
- LYON-CAEN G., *Le salaire*, Dalloz, 1981
- MALLET-BRICOUT B. (préf.), *La sanction*, L'Harmattan, 2003
- MOULY J., *Droit disciplinaire*, Rép. trav., Dalloz
- DE MILAN A., *Les devoirs*, t. I, Les Belles Lettres, Paris, 1984

MOURGEON J., *La répression administrative*, LGDJ, 1967
NEZARD H., *Les principes généraux du droit disciplinaire*, Thèse, Paris, 1903
SALON S., *Délinquance et répression disciplinaire dans la fonction publique*, LGDJ, 1969
TEYSSIE B. (dir.), *La sanction en droit du travail*, Colloques, éd. Panthéon-Assas, 2012
VIDAL J., *Théorie générale de la fraude en droit français*, Thèse, Toulouse, 1957

– **Articles de doctrine** –

ADAM P., Mise à pied conservatoire et licenciement non disciplinaire : influence ou indifférence ?, *RDT* 2010. 299.
ADAM P., Sur la vie personnelle : cinquante ans après Despax, *RDT* 2012. 100.
ADAM P., La sanction disciplinaire ou « le songe de Nabuchodonosor », *RJS* 2012, n° 431.
ADAM P., De quoi la « faute » et la « sanction » sont-elles le nom ?, *RDT* 2015. 590.
ADAM P., Droit d'alerte et sanction disciplinaire : question(s) d'objet, *RDT* 2016. 491.
ADAM P., La faute lourde, entre intention et conscience de nuire, *RDT* 2016. 100.
ADAM P., La faute lourde, entre sanction et réparation, *RDT* 2017. 264.
ADAM P., De la responsabilité civile du salarié, *Dr. soc.* 2018. 465.
ALEXANDRE D. & LOKIEC P., L'architecture du droit disciplinaire, *RJS* 2015, n° 211.
AMAUGER-LATTES M.-C., L'autonomie sans faille de la mise à la retraite du salarié, *RDT* 2008. 234.
AUBERT-MONPEYSSSEN T., Une précision des frontières du domaine disciplinaire, *RDT* 2007. 527.

BAUGARD D. & BORGA N., L'admission ambiguë des clauses de *bad leaver*, *D.* 2016. 2042.
BERNARD-MENORET R. & FRAISSINIER-AMIOT V., Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail, *LPA* 2009, n° 46.
BLAISE H., La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur, *RJS* 1996, n° 68.
BONNARD-PLANCKE L. & VERKINDT P.-Y., La lutte contre la discrimination syndicale, *Dr. soc.* 2006. 393.
BOSSU B., La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité

disciplinaire ?, *Dr. soc.* 1995. 26.

BOUDIAS B., Le détournement d'une clause de mobilité à des fins disciplinaires et sa neutralisation, *D.* 2006. 1945.

BOULMIER D., Discipline : Portée de l'amnistie de sanctions disciplinaires, *Dr. soc.* 2014. 775.

BOUTON J., Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français, *RDT* 2014. 471.

CAMERLYNCK G.-H., Le règlement des différends touchant l'exercice du pouvoir disciplinaire, y compris le renvoi, *Dr. soc.* 1964. 80.

CHAUMETTE P., Droit de retrait. Danger grave et imminent. Motif raisonnable (oui). Obligation de sécurité de résultat. Nullité du licenciement., *Dr. soc.* 2009. 489.

CHENU D., Faute lourde : des confirmations, *JCP S* 2017. 1089.

CIRAY H., Propos injurieux tenus dans un groupe Facebook fermé : pas de sanction disciplinaire, *Dalloz actualité*, 10 oct. 2018.

COEURET A., Les titulaires du pouvoir disciplinaire, *Dr. soc.* 1998. 25.

CORRIGNAN-CARSIN D., Sanction emportant modification du contrat de travail et information du salarié, *JCP S* 2011. 1284.

CORTOT J., Le juge ne peut aggraver la qualification de la faute retenue par l'employeur, *Dalloz actualité*, 23 janv. 2018.

COUTURIER G., Le risque du tout disciplinaire, Mélanges P. Ortscheidt, PU Strasbourg, 2003, p. 83.

COUTURIER G., Plan de stock-options. Clause prévoyant la perte des options en cas de licenciement pour faute grave. Sanction pécuniaire illicite., *Dr. soc.* 2010. 117.

CROZAFON J.-L., Le contrôle juridictionnel de la sanction disciplinaire dans l'entreprise et dans l'administration, *Dr. soc.* 1985. 201.

DAUXERRE N., Sanction pécuniaire prohibée, *JCP S* 2010. 519.

DESPAX M., La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, *JCP* 1963 I. 1776.

DUMONT F., Sanction pécuniaire et stipulation conventionnelle, *JCP S* 2009. 1185.

DUMORTIER G., Refus d'une modification disciplinaire du contrat de travail et autorisation de licenciement, *Dr. soc.* 2013. 925.

DESPREZ F., Comment concilier le pouvoir disciplinaire de l'employeur avec la présomption d'innocence ?, *RDT* 2018. 416.

DUBERTRET M., Procédure disciplinaire et rupture de la période d'essai, *Dr. soc.* 2004. 733.

DUQUESNE F., L'amnistie des fautes disciplinaires des salariés, *Dr. soc.* 2002. 959.

DUQUESNE F., Prescription disciplinaire et poursuite pénale, *RDT* 2010. 585.

DUQUESNE F., Légalité disciplinaire dans l'entreprise, l'épilogue ?, *RJS* 2011, n° 90.

DUQUESNE F., La détermination par accord collectif des sanctions disciplinaires, *RDT* 2011. 249.

DUQUESNE F., La clause d'exclusion de l'actionnaire salarié sous la menace de l'interdiction des sanctions pécuniaires, *JCP S* 2017. 1087.

ESCANDE-VARNIOL M.-C., Mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique : les écueils à éviter, *D.* 2009. 1799.

EVERAERT-DUMONT D., Régime probatoire de la discrimination syndicale, *JCP S* 2009. 1403.

EVERAERT-DUMONT D., Une demande d'explications peut constituer une sanction disciplinaire, *JCP S* 2013. 1196.

FABRE A., La durée maximale de la mise à pied doit être précisée par le règlement intérieur. Ou comment renforcer l'autolimitation du pouvoir disciplinaire de l'employeur, *RDT* 2010. 719.

FRAISSE W., Compatibilité entre le pouvoir disciplinaire de l'employeur et la présomption d'innocence, *Dalloz actualité*, 18 janv. 2018.

FRANCK P., La sanction doit-elle être la même pour tous les auteurs d'une même faute ?, *Dr. soc.* 1991. 621.

FRANCOIS G., Notion de sanction disciplinaire, *JCP S* 2016. 1002.

FROSSARD S., La réaction de l'employeur à la faute du salarié, *Mélanges Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 231.

FROSSARD S., Les évolutions du droit disciplinaire, *Dr. soc.* 2004. 2450.

FROSSARD S., Droit disciplinaire : délai de prononcé d'un licenciement à la place d'une rétrogradation refusée, *RDT* 2007. 459.

FROSSARD S., Les caractères de la sanction disciplinaire, *RDT* 2012. 685.

GAYAT E., L'autorité de la chose jugée au pénal sur l'instance prud'homale en contestation d'une sanction disciplinaire, *Dr. ouvrier* 1998. 515.

GUYADER H., La privation de la faculté de lever les options en cas de licenciement pour faute grave constitue une sanction pécuniaire prohibée, *D.* 2010. 1197.

JEAMMAUD A., L'état du contentieux judiciaire social, *Dr. soc.* 1993. 445.

LAYDU J.-B., La responsabilité civile du salarié : contractuelle ou délictuelle ?, *Dr. soc.* 1995. 146.

LEFRANC-HAMONIAUX C., Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise : état des lieux, *JCP E* 2011. 1730.

LEGER N., La responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde, *JCP S* 2008. 579.

LEROY Y., Concours réel de fautes en droit du travail : une seule sanction possible, *RDT* 2010. 443.

LOKIEC P., La sanction disciplinaire déguisée, *Dr. soc.* 2012. 145.

LYON-CAEN G., L'étendue du contrôle des tribunaux dans le droit disciplinaire du travail, *Rec. gén. lois* 1960. 12.

MARRAUD C., Sanction pécuniaire prohibée. Retenue sur salaire. Refus de participer à une réunion., *Dr. soc.* 1998. 196.

MARTINON A., Rappels sur la qualification de la faute et la nature de la sanction disciplinaire, *JCP S* 2010. 1469.

MARTINON A., Responsabilité pécuniaire du salarié : peu importe le contrat, *JCP S* 2011. 1416.

MATHIEU C., La place de la présomption d'innocence en droit disciplinaire, *RDT* 2018. 278.

MAZEAUD A., La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire, *Dr. soc.* 1991. 16.

MAZEAUD A., Un élargissement, en jurisprudence, du domaine de la sanction pécuniaire, *Dr. soc.* 1991. 469.

MAZEAUD A., Contractuel, mais disciplinaire, *Dr. soc.* 2003. 164.

MOULY J., Une remise en cause indirecte de la jurisprudence Hôtel le Berry : l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire, *Dr. soc.* 2002. 955.

MOULY J., Disciplinaire, donc non contractuel, *Dr. soc.* 2003. 395.

MOULY J., Les suites de la jurisprudence Hôtel le Berry, *Dr. soc.* 2008. 537.

MOULY J., Des sanctions disciplinaires pécuniaires pour des sportifs salariés ?, *Dr. soc.* 2012. 940.

MOULY J., La mise à pied conservatoire prononcée à l'occasion de poursuites pénales est-elle une mise à pied comme les autres ?, *Dr. soc.* 2013. 181.

MOULY J., Le refus d'une rétrogradation disciplinaire par le salarié : de nouvelles causes d'interruption de la prescription, *Dr. soc.* 2013. 277.

MOULY J., Sauf à l'employeur à justifier d'un motif, l'engagement des poursuites disciplinaires doit être concomitant au prononcé de la mise à pied conservatoire, *Dr. soc.* 2014. 83.

MOULY J., Exercice du pouvoir disciplinaire et égalité de traitement, *Dr. soc.* 2014. 385.

MOULY J., La mutation temporaire du salarié, alternative à la mise à pied conservatoire, *Dr. soc.* 2014. 1068.

MOULY J., La distinction entre les sanctions disciplinaires et les mesures d'instruction : à propos de la procédure de demande d'explications écrites, *Dr. soc.* 2015. 652.

MOULY J., Licenciement consécutif à un défaut de rétrogradation : la sanction du défaut d'entretien préalable, *Dr. soc.* 2015. 939.

MOULY J., Une exception à la règle de l'unicité de la sanction disciplinaire pour l'ensemble des faits connus de l'employeur, *Dr. soc.* 2015. 943.

MOULY J., Du caractère substantiel des dispositions garantissant le principe d'impartialité dans la procédure disciplinaire, *Dr. soc.* 2016. 869.

MOULY J., Où l'on voit la Cour de cassation définir la faute lourde du salarié au visa d'une disposition qui ne la mentionne plus, *Dr. soc.* 2017. 378.

MOULY J., Dans les entreprises d'au moins vingt salariés, l'absence de règlement intérieur prive l'employeur de son pouvoir disciplinaire hors la rupture du contrat, *Dr. soc.* 2017. 573.

MORAND M., Le contractuel pourchasse le disciplinaire, *JCP E* 1998. 2059.

ODOUL-ASOREY I., Retenue de salaire et discrimination indirecte pour fait de grève, *RDT* 2015. 698.

OLLIER P.-D., Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail, *Dr. soc.* 1967. 496.

ORIF V., Le pouvoir disciplinaire de l'employeur face aux exigences du procès équitable, *RDT* 2014. 58.

ORIF V., Comment concilier le pouvoir disciplinaire de l'employeur avec la présomption d'innocence ?, *RDT* 2018. 416.

PAGNERRE Y., Contrôle des clauses de « *bad leaver* » dans les promesses de cession d'actions détenues par un salarié, *JCP S* 2016. 1329.

PAGNERRE Y., Licenciement d'un salarié actionnaire et engagement de cession de ses titres, *JCP S* 2018. 1134.

PATIN M., Les décisions patronales à répercussion pécuniaire, *JCP S* 2014. 1276.

PELISSIER J., Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire, Mélanges dédiés à J. Vincent, Dalloz, 1981, p. 273.

PELISSIER J., La définition des sanctions disciplinaires, *Dr. soc.* 1983. 545.

PELISSIER J., Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire, *D.* 1992. 30.

PELISSIER J., Les ambiguïtés du droit disciplinaire dans les relations de travail, Écrits en l'honneur de J. Savatier, PUF, 1992, p. 367.

PERRIN L., *Stock-options* et faute grave : sanction pécuniaire prohibée, *D.* 2009. 2613.

PEYRONNET M., Sanction disciplinaire : une enquête préliminaire n'interrompt pas le délai de prescription, *Dalloz actualité*, 4 nov. 2016.

PRALUS-DUPUY J., La répression disciplinaire de l'infraction pénale, *RSC* 1992. 229.

PRALUS-DUPUY J., Cumul et non-cumul de sanctions en droit disciplinaire, *D.* 1993. 135.

PRALUS-DUPUY J., Le sursis disciplinaire : un emprunt du droit disciplinaire au droit pénal, *RSC* 1994. 135.

PUIGELIER C., Une modification du contrat de travail prononcée à titre de sanction disciplinaire ne peut être imposée au salarié, *D.* 1999. 125.

PUIGELIER C., Une mise à pied prononcée pour un temps déterminé présente un caractère disciplinaire, *D.* 2002. 1454.

DE QUENAUDON R., L'exercice du pouvoir disciplinaire dans l'entreprise et écoulement du temps, *Dr. soc.* 1984. 173.

DE QUENAUDON R., Refus d'une sanction modificatrice suivi d'un licenciement pour faute grave, *RDT* 2008. 108.

RADE C., A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique, *Dr. soc.* 1999. 3.

RAY J.-E., Contrôle minimum ou contrôle normal du juge judiciaire en matière disciplinaire ?, *Dr. soc.* 1987. 365.

RAY J.-E., La mise à pied conservatoire avant licenciement, *Dr. soc.* 1989. 289.

RAY J.-E., Grève. Faute lourde. Licenciement. Discrimination., *Dr. soc.* 1995. 276.

ROUSSEL M., L'exigence de faute lourde en matière de responsabilité pécuniaire des salariés, *Dalloz actualité*, 16 févr. 2017.

SACHS-DURAND C., Pouvoir disciplinaire et liberté de l'employeur. A propos d'une décision récente, *RDT* 2007. 588.

SAVATIER J., Le contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire de l'employeur depuis la loi du 4 août 1982, *Dr. soc.* 1986. 501.

SAVATIER J., Droit disciplinaire conventionnel et droit disciplinaire légal, *Dr. soc.* 1992. 227.

SAVATIER J., La protection de la vie privée des salariés, *Dr. soc.* 1992. 329.

SAVATIER J., Les effets de l'annulation d'une sanction disciplinaire disproportionnée à la faute commise, *Dr. soc.* 1993. 429.

SAVATIER J., La régularisation d'une sanction disciplinaire irrégulière en la forme est-elle possible ?, *Dr. soc.* 1995. 349.

SAVATIER J., Sanctions disciplinaires et contrat de travail, La sanction du droit, Mélanges offerts à P. Couvrat, Paris, PUF, 2001, p. 211.

SAVATIER J., Portée de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle, *Dr. soc.* 2003. 625.

SINAY H., Le contrôle de la proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises, *Dr. soc.* 1979. 275.

SOINNE B., Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur, *Dr. soc.* 1983. 509.

TAURAN T., La mise à pied du salarié, *JCP S* 2007. 1508.

TOURNAUX S., L'artifice de la sanction des garanties conventionnelles de licenciement, *Dr. soc.* 2013. 460.

TOURNAUX S., Le caractère non fautif de la procédure disciplinaire inaboutie, *RDT* 2013. 702.

TOURNAUX S., Les garanties procédurales fondamentales, *Dr. soc.* 2015. 389.

VARIN C., Le rappel à l'ordre, une mesure exclue du domaine disciplinaire ?, *RDT* 2010. 109.

VARIN C., Les critères de la notion de « garantie de fond », *JCP S* 2013. 1356.

VATINET R., La nature juridique des *stock-options* précisée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, *JCP S* 2005. 1417.

VATINET R., Identification de la faute lourde du gréviste, *JCP S* 2007. 1863.

VENNIN F., La contestation des sanctions disciplinaires par le salarié, *Dr. soc.* 1990. 769.

WAQUET P., La sanction doit-elle être la même pour tous les auteurs d'une même faute ?, *Dr. soc.* 1991. 619.

WAQUET P., Droit disciplinaire et modification du contrat de travail, *Dr. soc.* 1998. 805.

WAQUET P., Petite chronique de droit disciplinaire, *Dr. soc.* 2002. 862.

WAQUET P., Le principe d'égalité en droit du travail, *Dr. soc.* 2003. 276.

WAQUET P., La vie personnelle du salarié, *Dr. soc.* 2004. 23.

WAQUET P., Réflexions sur le droit disciplinaire en général et sur la faute grave en particulier, *Dr. soc.* 2009. 1177.

WAQUET P., Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle, *Dr. soc.* 2010. 14.

WAQUET P., La double nature de la mise à pied, *SSL* 2012, n° 1565.

– Études et rapports –

AUROUX J., Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1981

CHERIOUX J., Sénat, Commission spéciale, projet du 4 août 1982, rapport n° 470

GUILLONEAU M. & SERVERIN E., Rapport au garde des Sceaux, 2013

GUILLONEAU M. & SERVERIN E., Les litiges individuels du travail de 2004 à 2013 : des actions moins nombreuses mais toujours plus contentieuses, Infostat Justice, août 2015, n° 135

SOURY G., La protection du salarié : jurisprudence récente relative au droit disciplinaire dans l'entreprise, Rapport, Cour de cassation, 2000

INDEX ALPHABETIQUE

A

Accord collectif, v. *Convention collective*
Accord de Matignon, 111
Alerte, v. *Droit d'alerte*
Amendes, v. *Sanction pécuniaire*
Amnistie, 160
Ancienneté, 130
Annulation, 189 s.
Arrêt de travail, v. *Droit de retrait*
Avertissement, 153

B

Bad leaver, v. *Clauses*
Billets à tarifs réduits, 81 s.

C

Charge de la preuve, v. *Preuve*
Clauses,
- clause de *bad leaver*, 88 s.
- clause de confidentialité, 113
- clause de mobilité géographique, 73 s.
- clause de présence, 96, 97, 99, 100
- clause pénale, 140
Compensation, 136
Conseil de prud'hommes, 189 s., 196 s.
Conseil d'Etat, 142
Contentieux disciplinaire, 196 s.
Contrôle judiciaire, 125 s., 189 s.
Convention collective, 165 s.

D

Danger, 112
Délégation de pouvoir, 22
Demande d'explications écrites, 65 s.
Détournement de pouvoir, 9, 10, 108, 138
Discrimination, 70, 109 s.
Dossier, 66, 194
Droit,
- civil, 52 s.
- pénal, 47 s.
Droit d'alerte, 113
Droit de grève, 110
Droit de retrait, 112
Droit syndical, 111
Droits fondamentaux, 109

E

Égalité de traitement, 108
Employeur, 22
Évaluation, v. *Formation professionnelle*
Exception d'inexécution, 144
Exercice du droit syndical, v. *Droit syndical*

F

Faute,
- disciplinaire, 23
- grave, 33, 35, 36, 89, 182
- lourde, 55 s., 89, 110
Formation professionnelle, 69 s.

G

Garantie conventionnelle, 166
Grève, 110

H

Harcèlement, 31, 114
Heures supplémentaires, 135

I

Individualisation, 108
Inexécution contractuelle, 81 s.
Insuffisance professionnelle, 34

L

Lanceur d'alerte, 113
Liberté d'expression, 122, 123
Liberté syndicale, v. *Droit syndical*
Licenciement,
- non disciplinaire, 34
Lieu de travail, 73
Lois Auroux, 11, 13, 129
Loyauté, 113, 122

M

Mesure conservatoire, 33 s., 39 s.
Mesure de gestion, 63
Mesure d'instruction, 65
Mise à pied,
- conservatoire, 33 s.
- disciplinaire, 194
Mobilité géographique, 73 s.
Modification du contrat de travail,
- acceptation, 179
- refus, 172 s.
Mutation,
- conservatoire, 39 s.
- géographique, 73 s.

N

Non bis in idem, 51, 67, 181

O

Obligation de sécurité, 31
Observations verbales, 19
Ordre public, 27, 142

P

Période d'essai, 155
Poursuites pénales, 36
Pouvoir de direction, 70, 73 s.
Pouvoir disciplinaire,
- épuisement, 157
Pouvoir normatif, 163
Prescription, 158 s.
Preuve, 47, 111, 126, 159,
Primes, 72, 134, 137, 145
Procédure disciplinaire, 152 s.
- modification du contrat, 179 s.
- normale, 154
- simplifiée, 153

R

Rappel à l'ordre, 63 s.
Règlement intérieur, 162, 163, 164, 167 s.
Réintégration, 110
Réseau social, 123
Responsabilité,
- contractuelle, 52 s.
Retard, 71
Retrait, v. *Droit de retrait*
Rétrogradation, 78
Rupture conventionnelle, 156

S

Sanction civile, 52 s.

Sanction disciplinaire, 4

- acception, 179

- déguisée, 60 s., 71

- individualisation, 108

- justification, 125 s.

- irrégulière, 190

- notion, 18

- objective, 28 s.

- procédure disciplinaire, 152 s.

- proportionnalité, 129 s.

- qualification, 18 s.

- refus, 173 s.

- régime, 103 s.

- subjective, 25 s.

Sanction pécuniaire, 72, 91, 95, 97 s., 142 s.

- déguisée, 135

- indirecte, 72, 137 s.

Sanction pénale, 47 s.

Sécurité, v. *Mesures conservatoires*

Stock-options, 96 s.

Syndicat, v. *Droit syndical*

T

Théorie,

- contractuelle, 6

- institutionnelle, 7

Transfert d'entreprise, 164

Trouble caractérisé, 118

V

Vie personnelle, 116 s.

Vie privée, 117

Vie professionnelle, 120

TABLE DES MATIERES

Introduction	7
PARTIE I. La notion de sanction disciplinaire	14
TITRE I. L'identification de la sanction disciplinaire	15
Chapitre 1. La qualification d'une mesure en sanction disciplinaire	16
Section 1 – Les critères de la qualification	16
§1. Les critères légaux	17
§2. L'approche objective ou subjective	20
Section 2 – La distinction des sanctions disciplinaires des mesures conservatoires	22
§1. La mise à pied conservatoire	23
§2. Les autres mesures conservatoires de sécurité	26
Chapitre 2. Le particularisme de la sanction disciplinaire	30
Section 1 – La sanction disciplinaire au regard de la sanction pénale	30
§1. L'antinomie ou l'analogie	31
§2. L'identité de but et de moyen	32
Section 2 – La sanction disciplinaire au regard de la sanction civile	34
§1. L'immunité civile en matière disciplinaire	34
§2. La faute lourde : passage de la responsabilité disciplinaire à la responsabilité civile	35
TITRE II. La sanction disciplinaire déguisée	39
Chapitre 1. Les mesures relevant du pouvoir de direction	40
Section 1 – Les sanctions involontaires	40
§1. Le rappel à l'ordre	41
§2. La demande d'explications écrites	42
Section 2 – Les sanctions par destination	43
§1. La privation de l'accès à la formation	43
§2. La mutation géographique avec clause de mobilité	45
	128

Chapitre 2. Les mesures relevant du droit des contrats	49
Section 1 – Les mesures résultant d'une inexécution contractuelle en matière civile	49
§1. Le domaine disciplinaire envahissant	49
§2. Le renouveau de l'autonomie contractuelle	51
Section 2 – Les mesures résultant d'une inexécution contractuelle en matière commerciale	52
§1. Les clauses de « bad leaver »	53
§2. Les plans de stock-options	56
PARTIE II. Le régime de la sanction disciplinaire	60
TITRE I. L'encadrement de la sanction disciplinaire	61
Chapitre 1. Le choix de la sanction disciplinaire appropriée	62
Section 1 – La discrimination et les faits de la vie personnelle	62
§1. L'interdiction de la discrimination	62
§2. L'interdiction de sanctionner la vie personnelle du salarié	67
Section 2 – L'interdiction des sanctions disciplinaires injustifiées et disproportionnées	71
§1. La sanction disciplinaire injustifiée	71
§2. La sanction disciplinaire disproportionnée	73
Chapitre 2. L'interdiction des sanctions pécuniaires	76
Section 1 – Une admission restreinte des conséquences pécuniaires	76
§1. La conséquence pécuniaire liée à l'absence de prestation de travail	76
§2. La conséquence pécuniaire d'une sanction disciplinaire	78
Section 2 – Une interdiction large des sanctions pécuniaires	79
§1. L'évolution historique de l'interdiction	79
§2. Le champ d'application de l'interdiction	80

TITRE II. Les garanties du salarié	84
Chapitre 1. Les garanties légales, réglementaires et conventionnelles	85
Section 1 – La loi	85
§1. Les procédures	85
§2. Les prescriptions	89
Section 2 – Le règlement intérieur et la convention collective	92
§1. Des sources contraignantes	92
§2. L'articulation entre le règlement intérieur et la convention collective	95
Chapitre 2. Les contestations de la sanction disciplinaire	98
Section 1 – Le refus de la sanction disciplinaire	98
§1. La possibilité de refuser une sanction disciplinaire	98
§2. La critique de la possibilité de refuser une sanction disciplinaire	104
Section 2 – La contestation judiciaire de la sanction disciplinaire	107
§1. Le contentieux de l'annulation de la sanction disciplinaire	107
§2. Le contentieux marginal de la sanction disciplinaire	110
Conclusion	113
Bibliographie	115
Index alphabétique	125