



VOS DROITS ET OBLIGATIONS

LICENCIEMENT POUR MOTIF PERSONNEL

ÉDITION 2018

SOMMAIRE

Généralités	2
A qui s'applique cette procédure ?	2
La rupture pendant la période d'essai	2
Les étapes de la procédure.....	2
1° La convocation à un entretien préalable :	2
2° L'entretien préalable :	4
3 La lettre de licenciement :	4
L'obligation d'une cause réelle et sérieuse pour licencier	6
1/ D'une part, la cause du licenciement doit être réelle c'est-à-dire :	6
2/ D'autre part, la cause du licenciement doit également être sérieuse c'est-à-dire :	6
Les motifs disciplinaires de licenciement	7
La faute liée au comportement du salarié	8
Les motifs non disciplinaires de licenciement	11
La faute liée aux absences injustifiées de salarié	13
La pluralité des motifs de licenciement.....	14
Les interdictions et les limites au pouvoir de licencier.....	14
Le licenciement suite au refus d'une rétrogradation	17
Les cas de rupture requalifiés en licenciement	17
La mise à pied conservatoire	18
Le préavis	18
L'indemnité de licenciement	19
Les sanctions d'un licenciement irrégulier ou abusif	19
Dans quel délai la contestation d'un licenciement doit-elle intervenir ?	20
Le licenciement irrégulier :	20
Le licenciement abusif :	20
Le licenciement des salariés protégés	Erreur ! Signet non défini.
Les documents remis à l'expiration du contrat.....	21

GENERALITES

Le licenciement pour motif personnel est un mode de rupture du contrat de travail très réglementé. En effet, le licenciement d'un salarié doit être justifié par une cause réelle et sérieuse, et la procédure prévue par le code du travail doit être respectée dans toutes ses étapes. Cette procédure s'applique uniquement aux CDI.

A QUI S'APPLIQUE CETTE PROCEDURE ?

La procédure de licenciement pour motif personnel s'applique aux salariés liés à leur employeur par un contrat à durée indéterminée ;

- quel que soit l'effectif de l'entreprise ;
- quelle que soit l'ancienneté du salarié (art. Lp. 122-8 du CTNC) ;
- pour une cause en liaison avec la personne du salarié (comportement, actes, faits) ;
- qu'il s'agisse d'un motif d'ordre disciplinaire ;
- ou non disciplinaire.

Le cas du salarié mis à disposition :

Le code du travail de Nouvelle-Calédonie prévoit le cas particulier du salarié mis à la disposition d'une filiale étrangère de son entreprise, par un contrat de travail entre lui et cette filiale.

En cas de licenciement de ce salarié par la filiale, la société mère doit assurer son rapatriement et lui procurer un nouvel emploi d'une importance équivalente aux fonctions qu'il exerçait avant son départ au sein de la filiale.

A défaut d'un nouvel emploi disponible, la procédure de licenciement doit être respectée (art. Lp. 122-30 du CTNC).

LA RUPTURE PENDANT LA PERIODE D'ESSAI

Pendant la période d'essai, sauf exceptions expressément prévues par la loi, l'employeur peut rompre le contrat de travail sans motiver la rupture ni suivre la procédure de licenciement (sauf exceptions légales).

Lorsque la période d'essai prévue par le contrat de travail est différente de la durée légale et conventionnelle, il faut tenir compte de la période la plus favorable au salarié. Ainsi, la procédure de licenciement s'applique à la rupture intervenant après la période d'essai la plus courte.

LES ETAPES DE LA PROCEDURE

L'employeur doit observer successivement les formalités suivantes :

1. La convocation à un entretien préalable :

L'employeur envoie au salarié une convocation à un entretien préalable par :

- lettre recommandée (art. Lp. 122-4 du CTNC) ;
- ou remise en main propre contre décharge (la lettre est signée et datée de la main du salarié).

La convocation verbale rend la procédure de licenciement irrégulière.

Aucun délai minimal entre la convocation et l'entretien n'est prévu mais le salarié doit être averti suffisamment à l'avance non seulement du moment mais aussi de l'objet de l'entretien pour pouvoir s'y préparer (par exemple, la Cour d'appel de Nouméa a jugé qu'un délai de 4 jours la (lettre de convocation ayant été remise le 12 mai à 8 heures, pour un entretien fixé le 15 mai à 8 heures) était raisonnable pour permettre au salarié de préparer sa défense (CAN, 20 août 2008, n° 07/629).

La convocation doit indiquer :

- l'objet de l'entretien proposé (c'est-à-dire que le licenciement, ou tout autre sanction, est envisagé) (art Lp. 122-4 du CTNC),
- la date de l'entretien (art R. 122-2 du CTNC),
- l'heure (art R. 122-2 du CTNC),
- le lieu (art R. 122-2 du CTNC),
- et la possibilité pour le salarié de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise (art. Lp. 122-4 du CTNC).

Si ces mentions ne sont pas indiquées, le licenciement est irrégulier. Ainsi la lettre de convocation qui ne mentionne pas l'heure de l'entretien préalable rend la procédure irrégulière (Soc. 27 septembre 2007, n° 05-45.592).

La précision de l'objet dans la lettre de convocation est importante (Soc. 19 mars 1998, n° 9543618), il ne s'agit pas d'exposer les motifs du licenciement envisagé (Soc. 4 nov.1992, n°91-41189) mais d'indiquer le licenciement projeté afin de permettre au salarié d'y réfléchir et d'opter pour l'assistance d'une autre personne.

La jurisprudence considère que l'employeur a rempli son obligation lorsque la lettre revient à l'employeur avec la mention « n'habite pas à l'adresse indiquée » ou « adresse incomplète », mais qu'il s'agit bien de l'adresse donnée par le salarié (Soc., 26 février 1992, n° 88-44441).

En revanche, la convocation est irrégulière si le salarié a déménagé et que l'employeur connaissait sa nouvelle adresse, pour s'y être déjà rendu (Soc., 23 mars 2005, n° 02-46105).

Par ailleurs, si le salarié est absent de son domicile (exemple, s'il est en congé en dehors de son domicile), il doit prendre ses dispositions dans l'acheminement de son courrier (cass.soc. 5 mars 1987, n° 85-43126).

La seule obligation de l'employeur est de convoquer régulièrement le salarié à l'entretien préalable au licenciement, même en cas d'absence pour maladie du salarié (cass.soc. 1^{er} février 2001, n° 98-45784).

Planifier l'entretien préalable : Quand ? Où ?

Sauf en cas de convocation d'un salarié à temps partiel, l'entretien doit être fixé un jour de la semaine où il exerçait son activité tel que prévue par son contrat de travail (Soc. 9 avril 1992, n°91-41169).

Outre ce cas, rien n'oblige l'employeur à planifier l'entretien préalable pendant les heures de travail. Il peut le prévoir en dehors du temps de travail. Dans ce cas, le salarié a droit à la réparation du préjudice subi (Soc. 24 septembre 2008, n° 07-42551) sauf si le temps passé à l'entretien préalable lui a été payé comme temps de travail (Soc. 7 avril 2004, n°02-40.359 ; Soc. 20 avril 2005, n°03-40.556).

En cas d'absence pour maladie du salarié, il est nécessaire de le convoquer pendant les heures de sortie prévues par le certificat médical d'arrêt de travail car il ne peut quitter son domicile que pendant cette plage horaire (4° de l'article Lp.68-1 de la loi de pays n°2001-16 relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie).

Le lieu de l'entretien est fixé, en principe là où s'exécute le travail, ou au siège social de l'entreprise (cas. soc. 24 janv. 1996, n°92-45287).

L'employeur prend en charge les frais exposés par le salarié, s'il a choisi un lieu qui impose au salarié un déplacement, à charge pour ce dernier de produire les justificatifs afférents (Soc. 24 janv. 1996, n°92-45287).

Le report de l'entretien préalable :

Admis par la jurisprudence, le report de l'entretien préalable peut intervenir à la demande du salarié ou à l'initiative de l'employeur.

- En cas de report à la demande du salarié :

L'employeur n'est pas tenu de l'accepter (Soc. 26 mai 2004, n° 02-40.681).

Néanmoins, s'il accepte le report et à condition qu'il ait respecté le formalisme légal de la convocation à l'entretien préalable initialement prévu (précision au 1° supra) alors le juge admet qu'il ne soit pas à nouveau soumis à ce formalisme, ni au délai raisonnable à respecter entre la convocation et l'entretien.

L'employeur doit aviser le salarié de la date et de l'heure du nouvel entretien, en temps utile (temps nécessaire au salarié pour s'assurer de la présence de la personne choisie) et par tous les moyens (une simple lettre ou un courriel suffit) (Soc. 29 janv. 2014, n° 12-19872 FS-PB). Lorsque le salarié demande la modification du lieu de l'entretien prévu dans la lettre de convocation, le juge exonère l'employeur du formalisme de la lettre recommandée et admet que le salarié soit avisé du changement du lieu de l'entretien par lettre (Soc. 24 janv. 2007, n° 05-44.098, dans le cas l'information a été transmise par télécopie).

- En cas de report à l'initiative de l'employeur :

Il est recommandé à l'employeur de suivre la procédure prévue aux articles Lp. 122-4 et R. 122-4 et suivants du CTNC.

2. L'entretien préalable :

En cas d'absence du salarié à l'entretien préalable en raison de son état de santé, l'employeur n'est pas tenu de faire droit au demande de nouvelle convocation. Le fait que le salarié ne puisse pas se déplacer en raison de son état de santé ne vicie la procédure de licenciement (Soc. 26 mai 2004, n° 02-40.681). Sauf, s'il est établi que l'employeur a volontairement mis le salarié dans l'impossibilité de se présenter à l'entretien préalable et s'est abstenu de lui laisser le temps de présenter ses observations sur les motifs du licenciement (Soc. 1^{er} février 2001, n° 98-45784).

L'absence du salarié à l'entretien préalable ne peut pas lui être reproché par l'employeur et ne constitue pas une cause de licenciement (Soc. 15 mai 1991, n° 89-44670 ; Soc. 28 novembre 2001, n° 99-460341) au même titre que son refus de prendre connaissance de la convocation et de la lettre de licenciement (Soc. 18 février 2004, n° 01-46124).

Au cours de l'entretien préalable, l'employeur est tenu d'indiquer les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications du salarié.

Il ne doit pas s'agir d'une simple formalité, au contraire, l'entretien doit être l'occasion d'éclaircir des faits, d'écouter les arguments du salarié, et de trouver des solutions alternatives au licenciement avec lui.

Si ce n'est pas l'employeur qui convoque et qui reçoit lui-même le salarié, le juge vérifie qu'il s'agit d'une personne ayant le pouvoir de licencier au nom de l'employeur, notamment par les fonctions qu'elle occupe (Soc. 19 novembre 2010, n° 10-10.095).

Par exemple, l'employeur peut déléguer sa compétence au cadre responsable de la gestion du personnel de la société mère pour le représenter à l'entretien préalable au licenciement d'un salarié d'une des filiales (CAN, 12 avril 2006, n° 29).

L'absence de pouvoir du signataire de la lettre de licenciement prive le licenciement de cause réelle et sérieuse (Soc. 30 septembre 2010, n° 09-40114).

3. La lettre de licenciement :

Le licenciement verbal est un licenciement irrégulier.

En effet, si la relation de travail est effectivement rompue, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse car le salarié n'a pas reçu les motifs précis justifiant la rupture.

La lettre de licenciement est adressée au salarié en recommandé avec accusé de réception.

La jurisprudence a parfois accepté d'autres modes de notification, à partir du moment où le contenu est conforme aux exigences légales et que l'employeur peut prouver cette notification (exploit d'huissier ; remise de la main à la main contresignée et datée par le salarié).

Mais le juge peut toujours ordonner à l'employeur de notifier le licenciement dans les formes légales (Soc., 28 novembre 1989, n° 87-40857).

La lettre de licenciement doit :

- énoncer le ou les motifs du licenciement (art. Lp. 122-6 du CTNC).
 - La lettre du licenciement fixe les limites du litige.
 - L'employeur ne peut invoquer devant le juge que les motifs qu'il a énoncés dans la lettre de licenciement pour le justifier (CAN, 3 juin 2009, n° 08/147).
 - L'absence de motif dans la lettre rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il s'agit d'une présomption irréfragable de licenciement abusif.
 - Les motifs doivent figurer dans la lettre même si le salarié a demandé que le motif n'y figure pas ou s'il a avoué la réalité des motifs qui ont motivé la rupture des relations de travail.
- être suffisamment précise. La seule mention d'une faute grave, sans autre précision, dans la lettre de licenciement, rend le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse (Soc., 18 juin 2002, n° 00-44345).
 - De même, la seule indication dans la lettre de licenciement d'un comportement qui perturbe gravement la bonne marche du service ne saurait suffire à remplir l'exigence de motivation (TTN, 17 mars 2006, n° 04/00408).

L'employeur qui licencie un salarié pour faute grave doit préciser dans la lettre de licenciement des éléments objectifs imputables au salarié (CAN, 03 juin 2009, n° 08/253).

La lettre de licenciement peut énoncer des faits qui peuvent recevoir la qualification de faute (refus de consignes, dénigrement, insultes) et d'autres pas (refus des critiques, incompatibilité d'humeur) (TTN, 18 juillet 2008, n° 07/00223).

L'employeur doit respecter le délai d'un jour entre la date de l'entretien et celle de l'envoi de la lettre de licenciement (art. Lp. 122-5 alinéa 2 du CTNC), car il doit avoir pris le temps de la réflexion. Le licenciement qui ne respecte pas ce délai, est dépourvu de cause réelle et sérieuse (CAN, 16 juillet 2008, n° 07/502).

Aucun délai maximal n'est fixé, toutefois, un mois paraît le maximum tolérable pour que l'employeur rende sa décision.

La date de 1^{ère} présentation de cette lettre fixe le point de départ du préavis (art. Lp. 122-5 alinéa 1 du CTNC).

N.B. : En cas de licenciement pour faute, la procédure de licenciement pour motif personnel se cumule avec la procédure disciplinaire (cf. fiche Le pouvoir disciplinaire).

L'OBLIGATION D'UNE CAUSE REELLE ET SERIEUSE POUR LICENCIER

L'employeur qui veut rompre la relation de travail après la période d'essai doit justifier d'une cause réelle et sérieuse.

L'existence d'une cause réelle et sérieuse

Il n'existe pas de définition légale de la cause réelle et sérieuse, mais la jurisprudence permet d'en cerner les contours.

1. D'une part, la cause du licenciement doit être réelle c'est-à-dire :

- **existante**, c'est-à-dire que la rupture est motivée par un élément concret susceptible d'être prouvé donc vérifiable. Tout motif inconsistant, vague, invérifiable, faux, ou contradictoire, ou la simple allégation, rend le licenciement abusif (Soc., 7 juillet 1988, n° 86-42804) ;
- **liée à l'exécution du contrat de travail**, parce qu'elle concerne la personne du salarié ou son inaptitude au travail. La faute doit être personnellement imputable au salarié, et non pas à cause d'agissements d'une personne de la famille ou de l'entourage du salarié. Les juges tiennent compte cependant de l'attitude du salarié et considèrent que le licenciement peut être justifié si le salarié a incité ou provoqué le comportement fautif de la tierce personne ;
- **objective**, ce qui exclut les préjugés tout autant que les motivations ou les convenances personnelles de l'employeur. La cause doit être indépendante de l'humeur de l'employeur.

Par exemple, le risque éventuel de fuite d'informations susceptible de provenir, selon l'employeur, de la relation qu'une salariée entretient avec un ancien salarié de l'entreprise concurrente, n'a pas été retenu comme cause objective de licenciement, (Soc., 27 mai 1998, n° 96-41276).

De même, le non-renouvellement du mandat électif du président de l'assemblée de province n'est pas un élément objectif imputable au salarié justifiant son licenciement, qu'elle qu'ait été la cause de son engagement (Soc., 23 février 2005, n° 02-43770, Soc., 5 octobre 2004, n° 02-41747 et Soc., 11 octobre 2006, n° 04-47456).

Par ailleurs, si l'employeur reproche au salarié une « insuffisance de résultats », le juge recherche si les objectifs de résultats fixés par l'employeur étaient bien réalisables ;

- **exacte**, c'est-à-dire être la véritable cause du licenciement. Tel n'est pas le cas quand la cause alléguée par l'employeur existe bien, mais que la véritable raison pour laquelle l'employeur souhaite licencier le salarié n'est pas celle qu'il évoque. Dans ce cas, la rupture est infondée et le juge recherche la vraie cause ayant motivé la rupture.

Par exemple, un licenciement dont le vrai motif était le témoignage du salarié dans la procédure de divorce de son employeur ou en raison de la participation à une grève (Soc. 28 octobre 1981, n° 79-41274 et Soc., 28 avril 1994, n° 90-45687) ;

- **et appréciée au jour du licenciement**. Les faits postérieurs au jour du prononcé du licenciement ne doivent pas être pris en compte dans la procédure de licenciement entamée ; sinon le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Pour autant, l'employeur peut toujours interrompre le préavis de manière anticipée s'il justifie en effet d'un motif postérieur au licenciement mais suffisamment grave pour rendre nécessaire l'arrêt immédiat de la relation de travail. Si la lettre de licenciement se fonde sur un motif intervenu après l'entretien préalable et avant la notification du licenciement, le licenciement a une cause réelle. Toutefois, il est irrégulier. Dans ce cas, le Tribunal pourra octroyer au salarié une indemnité pour rupture irrégulière (Lp. 122-35 du CTNC ; cf. infra Les sanctions d'un licenciement irrégulier ou abusif). Par ailleurs, les faits reprochés doivent encore exister lorsque l'employeur décide d'entamer la procédure de licenciement (par exemple : le licenciement fondé sur des absences prolongées et répétitives à un moment où elles ont cessé, Soc., 6 février 2008, n° 07-40065).

2. D'autre part, la cause du licenciement doit également être sérieuse c'est-à-dire :

- la cause doit présenter un certain degré de gravité troublant la relation de travail ;
- ou rendre impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation de la relation de travail.

Une cause sérieuse est celle qui est susceptible de porter atteinte de façon permanente et dommageable au bon fonctionnement de l'entreprise.

La preuve de la cause réelle et sérieuse

Une fois la nature de la rupture établie (licenciement et non pas démission), le juge recherche si la cause du licenciement est réelle et sérieuse (cf. supra L'obligation d'une cause réelle et sérieuse pour licenciement).

L'employeur et le salarié ont tous deux la charge de la preuve.

En pratique, l'employeur doit rapporter les faits précis et vérifiables qui justifient la rupture du contrat de travail.

De son côté, le salarié ne doit pas se contenter de contester en bloc les reproches qui lui sont faits, mais il doit répondre à chacun des reproches que l'employeur a pris soin de détailler, en apportant des preuves contraires (Soc., 11 décembre 1997, n° 96-42045).

Attention ! Lorsque le licenciement se fonde sur une faute grave ou lourde du salarié, la charge de la preuve ne repose pas sur les deux parties mais sur l'employeur.

La preuve du motif de licenciement est libre et se fait par tous moyens.

Cependant, une preuve ne peut pas être obtenue :

- en portant atteinte aux droits des personnes et aux libertés du salarié (par exemple, si l'employeur souhaite procéder à l'ouverture de l'armoire individuelle du salarié, il doit respecter les conditions prévues dans le règlement intérieur et le faire en présence de l'intéressé) ;
- en recourant à des moyens illicites (comme faire suivre le salarié par un détective privé, à son issu, ce qui implique une atteinte à sa vie privée, ou encore utiliser un dispositif de surveillance qui n'a pas été porté à la connaissance des salariés).

Par contre, l'employeur peut accéder aux données de la messagerie de l'entreprise car son utilisation est rattachable à l'activité professionnelle et que les messages ne sont pas censés avoir un caractère privé.

La Cour de cassation a ainsi confirmé la faute grave invoquée à l'encontre d'un salarié au motif que « le message envoyé par le salarié (dans lequel il insultait sa hiérarchie) aux temps et lieu du 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. » (Soc., 2 février 2011, n° 09-72313).

LES MOTIFS DISCIPLINAIRES DE LICENCIEMENT

En vertu de son pouvoir disciplinaire, l'employeur peut prononcer le licenciement en raison d'une faute du salarié :

- **sérieuse** : le maintien du contrat de travail est impossible ;
- **grave** : le salarié doit quitter l'entreprise, sans exécution du préavis ;
- **ou lourde** : le maintien du salarié dans l'entreprise est impossible, il perd toute indemnité de rupture et de congés payés, sans exécution du préavis.

La faute légère n'est pas un motif de licenciement suffisant. (Sur la gravité de la faute : cf. fiche Le pouvoir disciplinaire)

LA FAUTE LIEE AU COMPORTEMENT DU SALARIE

Le comportement du salarié peut constituer une insuffisance professionnelle (cf. supra) mais les erreurs professionnelles peuvent également justifier un licenciement pour faute grave. Les motifs suivants ne sont pas exhaustifs.

L'abandon de poste : est considéré comme une cause réelle et sérieuse de licenciement voire une faute grave.

Exemple : le salarié qui prend des congés sans l'accord de son employeur, et qui l'en avertit par une lettre après son départ, le mettant ainsi devant le fait accompli malgré l'interdiction par le règlement intérieur d'une prise de congés pendant cette période précise, commet un abandon de poste. Cet abandon de poste est constitutif d'une faute grave justifiant la rupture immédiate du contrat de travail (CAN, 20 août 2008, n° 07/418).

En cas d'abandon de poste, l'employeur doit inviter le salarié à reprendre son poste de travail.

Par contre, l'abandon soudain du poste peut exceptionnellement être justifié par l'état de santé du salarié (consultation d'un médecin, Soc., 3 juillet 2001, n° 99-41738) ou par des raisons dramatiques telles que le décès d'un proche (Soc., 22 novembre 2000, n° 98-43283).

L'insubordination : Le lien de subordination entre le salarié et l'employeur implique que le salarié respecte les règles d'organisation et le pouvoir de direction de l'employeur. Il est tenu d'exécuter les ordres qui ne sont pas contraires à la loi. L'insubordination, l'obstruction aux ordres, le refus d'exécuter le travail pour lequel le salarié a été embauché, ou la mauvaise volonté à la tâche, constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement.

De la même manière, le salarié ne peut pas s'opposer au contrôle par l'employeur de ses heures effectuées ou à sa demande d'effectuer des heures supplémentaires (Soc., 26 novembre 2003, n° 01-43140), sauf abus de la part de l'employeur.

Par ailleurs, le juge rappelle qu'il est de jurisprudence constante que le salarié qui commet à nouveau la même faute autorise l'employeur à se prévaloir des faits similaires ou non qui sont antérieurs, y compris ceux ayant été sanctionnés, pour caractériser une faute grave (TTN, 7 novembre 2008, n° 08/00021). La faute grave justifie la rupture immédiate du contrat de travail.

De même, le salarié qui s'est engagé contractuellement à participer aux formations définies par l'employeur comme étant nécessaires et liées à l'exécution de ses tâches, commet une faute grave par son comportement perturbateur et son important absentéisme durant la formation (TTN, 7 mai 2008, n° 07/00132).

Toutefois, la jurisprudence considère que le refus d'obéissance est justifié s'il se fonde notamment sur :

- un ordre illicite ou illégitime (par exemple : tenant aux conditions de sécurité non remplies, ou le refus de reprendre le travail avant la fin du repos journalier) ;
- ou la demande d'exécuter une tâche ne relevant pas de la compétence du salarié (Soc., 3 décembre 1992, n° 91-42417).

Les violences verbales : que l'employeur peut prouver, constituent une faute grave en fonction des circonstances de chaque situation.

Ont été considérées comme des fautes graves :

- les faits d'insultes, d'insubordination à l'égard des supérieurs hiérarchiques et le non-respect des consignes, commis par le salarié et ce, de façon récurrente sont qualifiés de faute grave (TTN, 17 octobre 2008, n° 07/00136) ;
- les insultes répétées dans un écrit à l'encontre d'un supérieur hiérarchique (TTN, 16 janvier 2009, n° 08/00015) ;
- les comportements de mépris, d'autoritarisme, d'irrespect et de discrimination de la part d'un supérieur hiérarchique qui refusait notamment de collaborer avec d'autres salariés (CAN, 29 novembre 2010, n° 10/39) ;
- le fait pour un salarié de tenir des propos désobligeants et racistes, de refuser d'exécuter certaines tâches, de proférer des menaces à l'encontre de sa supérieure et de ne pas respecter les horaires imposés (CAN, 07 janvier 2010, n° 09/83).

Pour apprécier voire écarter la faute grave, les juges prennent en compte les éléments qui ont pu avoir une influence sur la faute commise par le salarié, tel que son état de santé et l'éventuelle provocation de l'employeur ou du supérieur hiérarchique. En cas de violences verbales entre collègues de travail, la simple mésentente ne justifie pas la rupture du contrat de travail (incident bref et reprise du cours normal des relations,

Soc., 9 octobre 2001, n° 99-77951). Néanmoins, la situation est différente si l'altercation a eu un réel impact sur le bon fonctionnement de l'entreprise, si l'agressivité du salarié est habituelle ou encore si elle s'accompagne de menaces.

Les violences physiques : exercées pendant le travail et sur le lieu de travail, sont généralement constitutives d'une faute grave. Les juges prennent en compte le contexte pour apprécier concrètement l'attitude du salarié.

La participation à une rixe est également une faute grave privative de l'indemnité de rupture.

Les violences physiques commises en dehors du lieu ou du temps de travail ne sont plus sous le contrôle de l'employeur et sont du ressort de la vie privée du salarié.

Cependant, les faits peuvent se rattacher au contexte professionnel et constituer une faute grave, même s'ils sont commis à l'extérieur, ou hors du temps de travail.

Ont été jugées comme fautes graves :

- un coup violent donné à un autre salarié pendant une réunion du CE en dehors des horaires de travail (Soc., 12 janvier 1999, n° 96-43705 ;
- l'agression par son supérieur hiérarchique d'un subordonné chargé d'une mission à l'extérieur et hors des heures de travail (Soc., 6 février 2002, n° 99-45418).
- La délibération n° 34 du 23 février 1989 relative aux mesures générales en matière de sécurité et d'hygiène prévoit qu' « Il est interdit à toute personne d'introduire ou de distribuer et à tout chef d'établissement et, en général, à toute personne ayant autorité sur le personnel, de laisser introduire ou de laisser distribuer dans les établissements soumis à la présente réglementation, pour être consommées par le personnel, toutes boissons alcooliques ou fermentées. »

L'alcoolisme est une cause réelle et sérieuse de licenciement, par exemple en cas :

- d'ébriété non contestée d'un responsable en contact avec le public, portant atteinte à l'image de l'entreprise (Soc., 2 avril 1992, n° 90-42030) ;
- de consommation d'alcool dans un local appartenant à l'entreprise laissé en désordre et dégradé (Soc., 27 juin 2001, n° 99-45121) ;
- l'incapacité du salarié à conduire des engins miniers du fait du danger représenté par son intempérance (CAN, 1er avril 2009, n° 07/651).

Mais la consommation d'alcool peut entraîner un licenciement pour faute grave car il est aussi un facteur démultiplicateur des accidents du travail et de trajet. A cet égard, le code du travail de Nouvelle-Calédonie prévoit que « l'employeur prend toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs » (art. Lp. 261-1 du CTNC).

« Il incombe à chaque travailleur de prendre soin de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou omissions au travail notamment en se conformant aux instructions données par l'employeur et celles figurant au règlement intérieur le cas échéant. » (art. Lp. 261-10 du CTNC).

Ainsi, les juges considèrent qu'il s'agit d'une faute grave dans certaines situations :

- toute intempérance ou état d'ébriété du salarié ayant des répercussions sur la qualité de son travail ou ayant fait courir des risques à lui-même ou à d'autres personnes ;
- le fait de conduire un véhicule qui transporte un autre salarié de l'entreprise (Soc., 22 mai 2002, n° 99-45878) ;
- le fait pour un responsable de la section sécurité de ne pas être en mesure d'assumer ses responsabilités professionnelles, en présence de ses subordonnés, en raison d'une absorption excessive d'alcool (Soc., 6 décembre 2000, n° 98-45785) ;
- l'état d'ébriété d'un convoyeur de fonds porteur d'une arme à feu pour l'exercice de sa fonction (Soc., 14 juin 1994, n° 92-43390) ;
- les violences exercées en état d'ébriété en dehors du temps de travail mais dans l'entreprise (Soc., 28 mars 2000, n° 97-43823).

Par ailleurs, l'article Lp. 261-17 du CTNC mentionne également qu' « Il est interdit à tout chef d'établissement et, en générale, à toute personne ayant autorité sur les travailleurs, de laisser entrer ou séjourner dans l'entreprise des personnes en état d'ivresse manifeste, qu'il s'agisse d'un membre du personnel ou d'un tiers à l'entreprise. Si la personne conteste l'état d'ivresse qui lui est reproché, il lui revient d'en apporter la preuve contraire. (...) »

L'usage du matériel de l'entreprise à des fins personnelles : peut, s'il est abusif, être un motif de licenciement.

Exemple : l'usage à des fins personnelles d'un véhicule de service, à deux reprises en quelques mois, la première fois en ayant occasionné des dégradations au véhicule, et la seconde fois en ayant constitué une infraction pour laquelle la responsabilité de l'employeur a été engagée, caractérise une faute grave justifiant la rupture immédiate du contrat de travail, le salarié n'ayant pas tenu compte de l'avertissement énoncé lors de la première utilisation (TTN, 7 mars 2008, 06/00362). Il en est de même de l'usage du téléphone lorsque le salarié a été averti de l'augmentation anormale des consommations téléphoniques (Soc., 18 juin 2003, n° 01-43122), ou de l'usage d'internet et de la messagerie (sites prohibés).

Le comportement déloyal : Le salarié est tenu envers son employeur à une obligation de loyauté dans l'exécution de son contrat de travail, qu'il doit exécuter de bonne foi.

D'une part, le salarié ne doit pas se livrer à des indécitesses telles que :

- un détournement de fonds (prélèvements, dépenses personnelles...) ;
- l'attribution indue de compléments de rémunération (conservation de paiements indus ou d'un chèque destiné à l'employeur...) ;
- l'usage d'un faux (curriculum vitae erroné, falsification d'une note de frais, faux rapports d'activités...) ;
- vol au préjudice de l'employeur, des clients ou d'un fournisseur de l'entreprise.

Par exemple, la fraude commise par la salariée à l'insu de son employeur, accompagnée de mensonges, caractérise une faute grave qui se renouvelait à chaque établissement des salaires. En l'espèce, le salarié a procédé à une augmentation illicite de 5% des salaires des cinq employés de l'agence dont le sien (CAN, 20 août 2008, n° 07/617).

Autre exemple, le fait pour le salarié d'exercer une activité complémentaire (vente d'ordinateurs), même non concurrente, en violation de la clause d'exclusivité stipulée dans son contrat de travail constitue une faute grave conformément à la jurisprudence constante, dans la mesure où « la clause était indispensable, justifiée et proportionnée » (TTN, 17 octobre 2007, n° 08/00010).

Ces indécitesses peuvent faire l'objet d'un licenciement mais également être constitutifs d'une infraction pénale.

Toutefois, les décisions de la juridiction pénale ont autorité de la chose jugée devant le juge civil : si le salarié obtient une décision de relaxe au pénal et que la lettre de licenciement se basait sur la qualification pénale de la malversation, le motif du licenciement devient inexistant (Soc., 28 octobre 2002, n° 02-40919).

D'autre part, le salarié ne doit pas se livrer non plus à des actes déloyaux tels que :

- l'exercice d'une activité concurrente ou le concours à une activité concurrente
- le détournement de clientèle.

Le salarié commet une faute grave lorsqu'il exerce une activité concurrente à son profit ou au profit d'une autre entreprise, ou qu'il favorise sciemment un autre concurrent.

Il en est de même s'il utilise le savoir-faire d'un salarié au profit d'une société dont il est le gérant par exemple (Soc., 1er décembre 2004, n° 02-41859).

Les juges retiennent également la faute grave, voire lourde, lorsque ces agissements s'accompagnent d'un détournement de clientèle (utilisation du matériel et du savoir-faire de l'entreprise afin de s'approprier par la suite l'activité et la clientèle de la société, Soc., 11 mai 1999, n° 97-41576).

La création d'une société n'est pas forcément un acte de concurrence déloyale, exerçant la même activité que celle qui employait le salarié, à partir du moment où le salarié n'est plus tenu à aucune obligation envers son employeur. Par contre, il s'agit bien d'une faute grave ou lourde

entraînant le licenciement du salarié créateur d'entreprise si celui-ci a utilisé son temps de travail, des manœuvres frauduleuses et usurpé des informations qui sont la propriété de l'entreprise (Soc., 1er décembre 2004, n° 01-45066).

LES MOTIFS NON DISCIPLINAIRES DE LICENCIEMENT

Le licenciement peut être fondé sur un motif autre qu'une faute commise par le salarié. Il s'agit alors d'un licenciement pour motif personnel, mais qui n'est pas une mesure disciplinaire.

La fin de chantier : Le licenciement qui intervient du fait de la fin d'un chantier relève d'une pratique habituelle. Il est soumis à la procédure de licenciement pour motif personnel (art. Lp. 122-21 du CTNC).

La maladie du salarié : Aucun salarié ne peut être sanctionné en raison de son état de santé. La maladie entraîne une suspension du contrat de travail à l'issue de laquelle le salarié reprend son activité professionnelle. Toutefois, les conséquences d'une maladie prolongée ou d'absences répétées, peut être un motif non fautif de licenciement.

Pour cela, la jurisprudence exige deux conditions cumulatives :

- la perturbation objective et grave du fonctionnement de l'entreprise (CAN, 29 octobre 2008, n° 08/59) ;
- la nécessité de remplacer définitivement le salarié malade.

Par ailleurs, l'indisponibilité du salarié n'entraîne son licenciement que lorsque son remplacement définitif est devenu nécessaire (art. 76 bis de l'AIT et CAN, 14 juin 2006, n° 05/382).

L'employeur qui embauche à temps partiel pour remplacer un poste à temps complet, qui a recours à l'intérim, ou à un prestataire de service, ne remplit pas la condition d'un remplacement définitif (Ass. plén. 22 avril 2011, n° 09-43334).

L'incapacité du salarié : Seul le médecin du travail peut prononcer l'incapacité médicale définitive du salarié, et non le médecin de l'entreprise. L'incapacité médicale définitive du salarié prononcée par le médecin de l'entreprise ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement (CAN, 1er avril 2009, n° 07/651).

La modification du contrat de travail : Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail. Son refus ne peut pas constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement sauf s'il est avéré que cette modification est motivée par des faits objectifs imputables au salarié et de nature à nuire à la bonne marche de l'entreprise.

Par exemple, le refus d'un salarié de travailler à mi-temps ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement, même économique (CAN, 19 novembre 2008, n° 08/64).

L'employeur tire les conséquences du refus du salarié soit en renonçant à la modification du contrat, soit en engageant la procédure de licenciement, mais la cause du licenciement ne doit pas être fondée sur ce refus.

Par contre, le salarié est tenu d'accepter le changement imposé par l'employeur concernant ses « conditions de travail ». A défaut, son refus peut être sanctionné (cf. fiches : L'exécution du contrat de travail ; Le pouvoir disciplinaire)

L'insuffisance professionnelle : Le salarié qui n'exécute pas son travail de façon satisfaisante peut être licencié pour incompétence ou insuffisance professionnelle.

Il ne s'agit pas d'un licenciement disciplinaire car l'insuffisance professionnelle n'est pas fautive (Soc., 20 février 1986, n° 83-41785), sauf si l'erreur professionnelle du salarié est délibérée, et que celui-ci s'est comporté avec mauvaise volonté (abandon de poste, absences et retards, ivresse, critiques et dénigrements, dégradations de matériel, infractions à la sécurité, insubordination, insultes, malhonnêteté, etc.).

L'insuffisance professionnelle peut notamment être un manque de contact avec les clients, un manque de suivi des dossiers, le non-respect des rendez-vous pris avec des clients, l'insatisfaction générale de la clientèle, des difficultés de management ou encore le niveau insuffisant des résultats, etc.

Il peut également s'agir d'erreurs légères d'inattention, sans conséquence grave qui s'analysent en tout état de cause en une insuffisance professionnelle ou incompétence, mais non en une faute (retard dans la transmission d'une facture, erreur de saisie sur salaire et de déclaration des bénéficiaires auprès de la mutuelle, CAN, 03 septembre 2008, n° 08/03).

En cas de contentieux, il revient au juge d'apprécier l'insuffisance évoquée par l'employeur. Le juge tient compte des circonstances et notamment s'il s'agit :

- de faits uniques et isolés,
- d'un salarié qui n'a jamais fait l'objet de la moindre observation et qui a satisfaisait son employeur jusqu'à présent,
- ou si le salarié a eu le temps et les moyens de s'adapter à de nouvelles tâches ou à l'évolution de son poste (par exemple, manque d'information technique sur l'installation d'un nouveau logiciel, Soc., 21 octobre 1998, n° 96-44109).

Si l'employeur invoque une « insuffisance de résultats » (secteurs commerciaux), les juges contrôlent le caractère réalisable des objectifs, mais également s'il s'agit bien d'une faute du salarié, et non d'une conjoncture difficile, de l'attitude fautive de l'employeur ou des objectifs contractuels trop difficiles à atteindre (Soc., 3 octobre 2007, n° 06-42121).

Par ailleurs, la lettre de licenciement peut mentionner à la fois une insuffisance professionnelle et des faits suffisamment graves pour constituer une faute.

La perte de confiance : La perte de confiance est trop subjective pour constituer une cause de licenciement à elle seule, même quand elle repose sur des éléments objectifs (Soc., 29 mai 2001, n° 98-46341).

Seuls les éléments objectifs reprochés au salarié peuvent constituer une cause de son licenciement et non la perte de confiance qui a pu en découler.

Le licenciement dont la lettre envoyée au salarié ne mentionne que la perte de confiance comme cause du licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

La mésentente : Une mésentente persistante, l'incompatibilité d'humeur, le conflit de personnes ou des désaccords dans l'entreprise peuvent être à l'origine de tensions nuisibles au climat de travail et au bon fonctionnement de l'entreprise.

Il peut s'agir d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, mais comme la perte de confiance, la mésentente n'est pas un motif de licenciement à elle seule, il faut que l'employeur indique les faits précis et objectifs qu'il reproche au salarié (Soc., 27 novembre 2001, n° 99-45163).

Par ailleurs, même si le désaccord est ponctuel, il doit avoir des répercussions sur le fonctionnement de l'entreprise (publicité, incidences sur la clientèle...) ou du service (tensions, disputes, absentéisme...).

Le plus souvent, une mésentente ne constitue pas une faute disciplinaire.

Toutefois, la mésentente est une faute lorsqu'elle s'accompagne notamment d'actes de violence, de dénigrement, d'insubordination, d'une attitude d'opposition systématique ou de manquements aux obligations professionnelles.

Par exemple, le fait pour un salarié de refuser de rendre des comptes à sa hiérarchie alors que des chantiers dont il était responsable connaissaient des difficultés sérieuses, ainsi que les mauvaises relations de travail que le salarié avait tant avec ses subordonnés qu'avec ses supérieurs hiérarchiques, constituent une faute grave, CAN, 16 décembre 2010, n° 09/581).

De même, la jurisprudence considère que les désaccords du salarié avec son employeur, sur la politique générale de la société et ses méthodes de travail, qu'il a affichés publiquement et qui ont été rapportés dans la lettre de licenciement par des faits, précis et circonstanciés, sont de nature à nuire à la bonne marche de l'entreprise et constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement (Soc., 20 juillet 1989, n° 86-45417 et Soc., 4 février 1998, n° 95-42061).

Les juges contrôlent les faits objectifs reprochés et s'ils sont bien imputables au salarié, c'est-à-dire sa part de responsabilité dans le désaccord. Il est donc préférable que l'employeur indique dans sa lettre de licenciement les faits précis, leur auteur et leur incidence sur le fonctionnement de l'entreprise.

LA FAUTE LIEE AUX ABSENCES INJUSTIFIEES DE SALARIE

Si le salarié n'a pas informé son employeur de sa maladie ou d'une prise de congé anticipée contraire à ce qui était convenu : il s'agit d'absences injustifiées.

Ces absences du salarié peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement et même une faute grave si ces absences sont d'une durée conséquente, répétées ou qu'elles démontrent une réelle mauvaise foi du salarié.

Par exemple, ont été jugées comme des causes réelles et sérieuses de licenciement :

- la prise d'un congé par un chef de service sans souci de l'intérêt du service dont il a la charge, malgré le refus de l'employeur ou sans son accord préalable ;
- l'absence, même de courte durée, qui a sérieusement désorganisé les travaux de l'atelier et qui traduisait un manque de conscience professionnelle du salarié (Soc., 31 janvier 1980, n° 78-41693).

Ont été jugées comme des fautes graves :

- l'absence d'une salariée à son poste de travail malgré la mise en demeure de son employeur ;
- les absences injustifiées d'une caissière pendant les fêtes de fin d'année malgré les avertissements concernant déjà ses retards répétés ;
- le fait pour un cadre d'avoir pris un jour de congé sur la journée de l'Ascension alors que l'employeur avait informé ses salariés que cette journée était travaillée ;
- l'absence injustifiée concertée avec d'autres salariés, contraignant l'employeur à fermer son magasin (Soc., 24 janvier 1991, n° 89-41068).

Toutefois, l'employeur ne doit pas être de mauvaise foi et procéder à un licenciement :

- pour abandon de poste alors que le salarié travaille à domicile ;
- pour absences injustifiées alors que le salarié est en congé parental d'éducation, son contrat étant suspendu (Soc., 13 décembre 2007, n° 06-46302) ;
- pour une absence alors que la salariée en avait l'autorisation.
- Par ailleurs, les juges tiennent compte des circonstances de l'absence, en relevant :
 - si le salarié en question bénéficiait d'une certaine liberté dans l'organisation de son travail de cadre ;
 - ou si, par exemple, il s'agit d'un salarié qui a été irréprochable en 34 ans d'ancienneté et que ses ennuis de santé étaient connus de son employeur (Soc., 6 novembre 2001, n° 99-41435).

Par ailleurs, le salarié commet une faute grave s'il ne prévient pas l'employeur de son absence en raison de son incarcération, d'une durée d'un mois pendant laquelle il ne pouvait pas assurer ses fonctions (TTN, 4 juillet 2008, n° 07/00144).

LA PLURALITE DES MOTIFS DE LICENCIEMENT

L'employeur peut invoquer plusieurs motifs différents qui ont motivé sa décision de rompre le contrat de travail, parce qu'il constate réellement des faits distincts entraînant des motifs différents. Il ne s'agit pas de multiplier les motifs pour un même fait.

S'il y a coexistence d'un motif d'ordre économique et d'un motif d'ordre personnel de licenciement, l'employeur doit se baser sur la cause première et déterminante du licenciement pour savoir quelle est la procédure à appliquer.

Toutefois, lorsque le code prévoit des dispositions protectrices en faveur du salarié pour l'un des motifs, alors l'employeur devra favoriser ce motif de licenciement et mettre en œuvre les dispositions protectrices du code.

Exemple : L'employeur qui retient un motif économique à l'encontre d'un salarié déclaré inapte à la suite d'un accident de travail, prive le salarié de la protection spécifique instaurée par le code du travail concernant la rupture pour inaptitude.

LES INTERDICTIONS ET LES LIMITES AU POUVOIR DE LICENCIER

Discrimination :

Le licenciement fondé sur un motif discriminatoire est nul de plein droit.

L'article Lp. 112-1 du CTNC interdit à l'employeur de prendre en considération l'origine, le sexe, l'état de grossesse, la situation de famille, l'appartenance ou la non appartenance réelle ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, l'opinion politique, l'activité syndicale, le handicap ou les convictions religieuses du salarié.

La réintégration est de droit. Le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi.

Le salarié peut engager une action en justice afin de faire respecter ce principe d'égalité professionnelle. Plus particulièrement, le code du travail prévoit expressément que tout licenciement qui s'avère être une mesure prise par l'employeur à l'encontre d'un salarié, en raison d'une action en justice qu'il a engagée, ou en sa faveur, afin de faire respecter l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, est réputé sans cause réelle et sérieuse (art. Lp. 112-3 du CTNC).

Le salarié présente au juge des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. L'employeur est alors tenu de combattre les apparences en produisant des éléments objectifs, à défaut, la discrimination est considérée comme établie.

A défaut de réintégration, si la discrimination est avérée, le salarié perçoit une indemnité au minimum égale aux six derniers mois de salaires et une indemnité correspondant à l'indemnité de licenciement prévue par l'article Lp. 122-27 du CTNC.

La convention ou l'accord collectif applicable, voire le contrat de travail, peuvent prévoir une indemnité dont le montant est plus favorable que la loi.

Quelques précisions :

- la situation de famille englobe notamment la situation matrimoniale, de concubinage, la nature de la filiation, l'existence ou l'absence d'enfants. Ex : le licenciement au motif que la salariée est la fille d'une autre employée (Soc., 1er juin 1999, 96-43617).
- le licenciement fondé sur l'âge du salarié est également un motif discriminatoire (Soc., 15 juin 1999, n° 96-45464).
- la discrimination fondée sur l'opinion politique est sanctionnée par le juge. Il peut s'agir du fait d'appartenir, ou non, à un parti mais également du fait d'exprimer ses faveurs, ou refuser de les exprimer, pour toute organisation politique.
- l'interdiction de licenciement fondée sur l'activité syndicale ne vise pas seulement les délégués syndicaux (cf. fiche salariés protégés), mais tout salarié. L'employeur ne peut pas reprocher l'activité syndicale actuelle, ou antérieure (Soc., 12 octobre 2005, n° 03-47971). Il ne peut pas non plus prononcer le licenciement pour la participation du salarié à une grève. Le salarié peut présenter au juge des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.

Maternité et adoption :

L'état de grossesse n'est pas un motif légal pour rompre le contrat de travail de la salariée, dès lors que cet état est médicalement constaté.

Le licenciement lié à la grossesse est nul. La réintégration est de droit.

L'employeur ne peut également pas rompre le contrat de travail pendant les périodes de protection instaurées par le code :

- périodes de congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, prolongées quatre semaines suivant leur expiration ; cf. F.A.Q. et fiche Congé maternité) ;
- périodes de congé d'adoption (art. Lp. 126-14 du CTNC).

Le licenciement doit être annulé lorsque, dans un délai de quinze jours à compter de la notification de son licenciement, la salariée envoie à son employeur :

- soit un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte ;
- soit une attestation justifiant l'arrivée à son foyer, dans un délai de huit jours, d'un enfant placé en vue de son adoption (art. Lp. 126-5 du CTNC).

Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque le licenciement est prononcé pour une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou par l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse, à l'accouchement ou à l'adoption.

Dans ce cas, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de protection (art. Lp. 126-4 du CTNC).

A l'inverse, la rupture sur l'initiative de la salariée en état de grossesse médicalement constaté est possible sans préavis (art. Lp. 126-7 du CTNC).

Libertés fondamentales :

1. Vie privée : En principe, un fait relevant de la vie privée du salarié ne peut pas constituer une faute professionnelle (Soc., 18 mai 2007, n° 95-41326).

En effet, hors de l'entreprise et durant le temps pendant lequel le salarié n'est pas à la disposition de l'employeur et sous sa subordination, le salarié peut se prévaloir du respect de sa vie privée. Cela comprend des droits fondamentaux tels que l'inviolabilité du domicile, ou le libre choix de la vie privée et familiale.

Toutefois, peuvent être une cause réelle et sérieuse de licenciement les faits fautifs commis :

- soit dans l'entreprise (ex : ébriété et violences hors du temps de travail mais dans les locaux de l'entreprise) ;
- soit pendant le temps de travail (ex : salarié qui sollicite un client pour un service à titre personnel) ;
- ou à l'extérieur de l'entreprise et hors de son temps de travail, si le comportement du salarié peut créer un trouble caractérisé à l'entreprise, par rapport à la finalité de l'entreprise et aux fonctions du salarié (ex : chauffeur sanctionné pour conduite en état d'ivresse en dehors de son temps de travail ; cadre de banque poursuivi pour vol et trafic de voiture ; employé d'un établissement d'hébergement de personnes protégées mis en examen pour des faits d'attentat à la pudeur sur mineur, Soc., 21 mai 2002, n° 00-41128).

Par ailleurs, le salarié est tenu par certaines obligations découlant de son contrat de travail, notamment les obligations de discrétion, de loyauté ou de secret professionnel, qui perdurent hors du temps de travail (ex : le salarié qui effectue une formation dans une entreprise concurrente pendant une période de suspension de son contrat de travail).

2. Liberté d'expression : « L'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant dépourvu de sanction, il ne peut en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce sauf abus, dans toute sa plénitude » (Soc., 28 avril 1988, n° 87-41804). Ainsi, est un licenciement fondé sur des déclarations critiques sur les conditions de travail publiées dans un quotidien par le salarié.

Par ailleurs, il est rappelé que le code du travail condamne la discrimination opérée en raison des opinions politiques, des activités syndicales ou des convictions religieuses (cf. supra).

Par contre, le salarié ne peut pas abuser de sa liberté d'expression, ce qui est le cas de termes injurieux, diffamatoires, dénigrants ou excessifs, qui peuvent par ailleurs être sanctionnés pénalement. Ainsi, la Cour de cassation considère comme une faute grave, justifiant le licenciement, les propos mensongers, diffamatoires du salarié, pendant sa pause déjeuner, qui traduisait son intention de nuire à l'entreprise, notamment parce qu'il les tenait devant un journaliste qui les a repris dans un article publié dans la presse locale (Soc., 26 avril 2006, n° 04-44538).

Accident du travail et maladie professionnelle (cf. fiche concernée)

L'employeur ne peut pas licencier le salarié pendant une période de suspension de son contrat de travail, sauf s'il justifie :

- d'une faute grave de l'intéressé, qui rend impossible la poursuite de la relation de travail et justifie le licenciement immédiat. Il peut s'agir d'une faute commise avant l'accident ou la maladie du salarié mais qui s'est révélée postérieurement, d'une faute commise pendant la période de suspension, ou d'une faute liée à l'accident ou la maladie (ex : tromperie sur son état de santé et absence ayant gravement perturbé le fonctionnement de son service, Soc., 21 mai 1996, n° 95-40032) ;
- d'une impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie du salarié en CDI (fin de chantier, interruption complète de l'activité sans motif économique ;
- d'un cas de force majeure lorsqu'il s'agit d'un salarié en CDD (art. Lp. 127-3 du CTNC) ;
- ou en cas de maladie excédant une durée fixée par la réglementation ou par voie conventionnelle, de la nécessité qui lui est faite de remplacer le salarié absent (art. Lp. 122-7 du CTNC).

La lettre de licenciement ne peut pas être envoyée pendant la suspension du contrat.

Toutefois, le licenciement n'est pas nul si :

- l'employeur a expédié la lettre de licenciement avant que le salarié soit victime d'un accident du travail, et que le salarié la réceptionne pendant la suspension de son contrat. Le licenciement n'est pas nul mais son effet est reporté à l'expiration de la période de suspension.
- la procédure commence pendant l'arrêt et que la lettre est envoyée juste après la période de suspension, le licenciement n'est pas remis en cause.

Par ailleurs, les périodes de suspension du contrat de travail n'ont pas pour effet de suspendre ni d'interrompre le délai de prescription de deux mois (à partir des faits reprochés) que l'employeur doit respecter pour entamer une procédure disciplinaire (Soc., 17 janvier 1996, n° 92-42031).

Harcèlement au travail :

Aucun salarié ne peut être licencié pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou sexuel. Le licenciement fondé sur le témoignage du salarié de tels agissements est également nul.

Un texte de loi relatif au harcèlement au travail est actuellement en cours d'adoption par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie.

Le règlement intérieur, les clauses conventionnelles ou contractuelles

Le règlement intérieur, la convention collective ou le contrat de travail peuvent limiter le pouvoir de licencier de l'employeur. En effet, ces textes peuvent prévoir par exemple que :

- les premières absences injustifiées ne donneront pas lieu à un licenciement mais à un avertissement ;
- le licenciement sanctionnant des faits répétés n'interviendra qu'après un blâme ou une mise à pied ;
- ou encore que l'employeur doive respecter le répertoire des actes fautifs et leur qualification conventionnelle ;

- Le juge n'est pas lié par la qualification attribuée à chaque faute par ces textes (légère, grave, lourde).

En revanche, le juge requalifie le licenciement en licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsque l'employeur ne respecte pas l'exigence de sanctions préalables imposée par les textes conventionnels (avertissement, mise à pied...), car la Cour de cassation considère qu'il s'agit d'une règle de fond plus favorable au salarié (Soc., 1er avril 1997, n° 94-4345).

LE LICENCIEMENT SUITE AU REFUS D'UNE RETROGRADATION

La rétrogradation s'assimile à une modification du contrat de travail en raison de la baisse de la rémunération qu'elle génère. L'employeur a donc l'obligation d'informer le salarié de sa faculté d'accepter ou de s'opposer à la rétrogradation comme sanction disciplinaire (Soc., 28 avril 2011, n° 09-70619).

Si le salarié refuse la rétrogradation, l'employeur a la possibilité de prononcer une autre sanction en substitution, y compris le licenciement pour faute si les faits à l'origine de la rétrogradation le justifient.

Dans ce cas, le licenciement se substitue à la précédente sanction, mais l'employeur doit respecter la procédure de licenciement :

- un nouvel entretien préalable est nécessaire pour notifier le licenciement ;
- un nouveau délai de 2 mois court à compter du refus du salarié d'accepter la rétrogradation (Soc., 28 avril 2011, n° 10-13979).

LES CAS DE RUPTURE REQUALIFIES EN LICENCIEMENT

Le salarié qui réclame des indemnités de rupture devant le juge, doit prouver qu'il a été licencié, ce qui ne pose pas de problème dans le cas d'une procédure de licenciement.

Par contre, certaines situations de rupture sont susceptibles d'être requalifiées en licenciement du fait de l'employeur :

- démission déduite par l'employeur, mais qui ne résulte pas d'une volonté claire et non équivoque de la part du salarié ;
- démission due en réalité aux pressions exercées par l'employeur (prise d'acte de rupture).

En effet, la démission présumée par l'employeur n'existe pas et ne saurait résulter du seul comportement du salarié (TTN, 17 mars 2006, n° 05/00004).

L'employeur doit mettre en demeure le salarié qui a abandonné son poste de le reprendre et, en cas de refus, il doit mettre en place une procédure de licenciement (TTN 7 mai 2010, n° 09/00138).

Par ailleurs, le démissionnaire peut contester la validité de sa démission, soit en démontrant qu'il a été victime de manœuvres et qu'il a signé la démission sous contrainte, soit qu'elle constituait en fait une prise d'acte de rupture en raison de faits qu'il reproche à son employeur.

En effet, la jurisprudence admet qu'une démission puisse résulter d'une faute de l'employeur et elle la requalifie alors en licenciement injustifié si deux conditions sont réunies :

- que le salarié caractérise la faute prétendue,
- et que cette faute soit être suffisamment sérieuse pour avoir contraint le salarié à mettre fin au contrat que l'employeur n'aurait pas respecté.

Par exemple, la démission est requalifiée en licenciement lorsque le salarié a pris acte de la rupture de son contrat de travail en reprochant à son employeur de ne plus lui fournir de travail et d'avoir à son égard une attitude humiliante (Soc, 5 juin 2001, n° 99-44164).

Autre exemple, la Cour d'appel de Nouméa considère que le fait pour l'employeur de ne plus adresser la parole au salarié, de lui retirer une partie de ses tâches, de lui infliger un avertissement sans être en mesure de justifier son bienfondé, de lui écrire qu'il n'existe plus aucune confiance et qu'il ne souhaite plus discuter avec lui, constitue un comportement fautif (CAN, 29 octobre 2008, n° 07/717).

Il en est de même si le salarié démissionne suite à la modification unilatérale par l'employeur de la part variable de sa rémunération, sans son consentement (Soc., 3 juin 2009, n° 07-43778).

LA MISE A PIED CONSERVATOIRE

Lorsque les faits reprochés au salarié rendent impossible son maintien dans l'entreprise, et en attendant l'entretien et sa future décision de sanction, l'employeur peut informer le salarié qu'il est mis à pied, à titre conservatoire. Cette mesure est facultative et elle n'exige aucun formalisme. Elle n'a pas à être précédée d'un entretien préalable (Soc., 26 novembre 1987, n° 85-40367), toutefois, son caractère conservatoire doit être établi.

La mise à pied conservatoire ne constitue pas une sanction disciplinaire, mais d'une mesure de précaution pendant laquelle le salarié est rémunéré. Toutefois, le salaire ne sera pas maintenu si la sanction définitive est un licenciement pour faute grave, ou lourde, reconnue comme telle par le juge, ou si la mise à pied conservatoire est transformée en mise à pied disciplinaire.

Par ailleurs, la mise à pied qui n'est pas immédiatement suivie de l'engagement de la procédure de licenciement doit être considérée comme une sanction disciplinaire malgré sa qualification de mise à pied conservatoire (Soc., 19 décembre 2007, n° 06-40155).

La mise à pied conservatoire est une mesure provisoire qui prend effet immédiatement pour faire face à des situations de désordre ou de danger.

En définitive, elle ne peut être imposée au salarié que si :

- la faute relevée est suffisamment grave et la justifie ;
- elle est ordonnée simultanément à l'engagement d'une procédure disciplinaire.

Le salarié est en principe informé de la mise à pied conservatoire par la lettre de convocation à l'entretien préalable à son licenciement ou à toute autre sanction. L'employeur doit également préciser dans la lettre que le salarié est mis à pied dans l'attente d'une sanction définitive. La durée de cette mesure est donc indéterminée, et elle prend fin avec le prononcé de la sanction définitive.

Ainsi, le salarié ne doit plus occuper son poste jusqu'à l'issue de la procédure disciplinaire.

LE PREAVIS

Lorsque le licenciement n'est pas motivé par une faute grave le salarié a droit à un préavis avant la rupture définitive de la relation de travail.

La durée du préavis :

Le préavis débute le jour de la première présentation de la lettre de notification, que le salarié en accuse réception ou non. Il est calculé en fonction de l'ancienneté des services continus du salarié chez le même employeur (art. Lp. 122-22 du CTNC).

Sauf faute grave ou lourde, le salarié a droit à un préavis :

- de trois mois, pour une ancienneté continue de 10 années ou plus ;
- de deux mois, pour une ancienneté continue de 2 années ou plus ;

- d'un mois, si l'ancienneté du salarié est comprise entre 6 mois et 2 ans,
- et de deux semaines pour une ancienneté inférieure à six mois (art. 87 de l'A.I.T. et art. Lp. 122-38 du CTNC).

Le contrat de travail ne peut pas aménager une condition d'ancienneté de services supérieure à celle énoncée par le code, ou bien une durée de préavis inférieure à celles qui sont légalement prévues. Toute disposition en ce sens est nulle (art. Lp. 122-23 du CTNC). Toutefois, les textes, la convention ou l'accord collectif de travail, le contrat de travail, ou les usages peuvent prévoir un préavis ou une condition d'ancienneté de services, plus favorable pour le salarié. Pendant le préavis, le salarié continue de travailler normalement et à percevoir sa rémunération habituelle.

La durée du préavis entre dans le calcul des congés payés.

L'indemnité compensatrice de préavis :

Si l'employeur ne respecte pas le préavis auquel le salarié a droit afin de se préparer à son départ de l'entreprise, il devra lui verser une indemnité compensatrice, sauf en cas de rupture pour faute grave du salarié (art. Lp. 122-24 du CTNC).

Cette indemnité compensatrice de préavis est distincte des autres indemnités auxquelles le salarié peut prétendre. Elle se cumule avec l'indemnité de licenciement prévue l'article Lp. 122-27 et s'il y a lieu avec l'indemnité pour procédure irrégulière ou abusive prévue à l'article Lp. 122-35 du CTNC.

L'inexécution du préavis n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin (art. Lp. 122-25 du CTNC).

La dispense de préavis :

L'employeur peut dispenser le salarié d'exécuter le préavis, mais cette dispense est sans incidence sur l'indemnité compensatrice de préavis qui doit être versée.

Cette dispense n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis (art. Lp. 122-26 du CTNC).

L'INDEMNITE DE LICENCIEMENT

Le salarié en CDI qui est licencié alors qu'il compte deux ans d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf faute grave de sa part, à une indemnité de licenciement (art. Lp. 122-27 du CTNC).

Le calcul de cette indemnité se fait en fonction de la rémunération que le salarié a perçue avant la rupture du contrat.

Cette indemnité de licenciement ne peut pas être inférieure à (art. R. 122-4 du CTNC) :

- une base de 20 heures de salaire par année de service dans l'entreprise pour les salariés rémunérés à l'heure ;
- un dixième de mois par année de service dans l'entreprise pour les salariés rémunérés au mois.

Le salaire servant de base au calcul de l'indemnité est le salaire moyen des trois derniers mois.

LES SANCTIONS D'UN LICENCIEMENT IRRÉGULIER OU ABUSIF

Les contestations auxquelles peut donner lieu l'application du chapitre II du présent titre sont portées devant le tribunal du travail (art. R. 122-1 du CTNC).

Dans quel délai la contestation d'un licenciement doit-elle intervenir ?

La contestation d'un licenciement dont les faits sont antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, alors les délais pour agir en justice varient en fonction de l'action engagée. Par exemple l'action en responsabilité contractuelle engagée en vue d'obtenir des dommages-intérêts se prescrit par trente ans (Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 09 2009 n°08-42043)

En revanche la contestation d'un licenciement dont les faits sont postérieurs à la loi n° 2008-561 suscitée doit intervenir dans un délai de cinq ans à compter de la connaissance par le titulaire des faits dommageables.

C'est la prescription extinctive prévue pour toutes les actions personnelles ou mobilières par l'article 2224 du code civil qui s'applique.

Cette prescription s'applique :

- aux actions en paiement de dommages et intérêts pour licenciement dénué de cause réelle et sérieuse ou pour licenciement irrégulier ;
- aux actions en paiement d'indemnité de licenciement ou d'indemnité liée à la rupture anticipée d'un CDD ;
- à toute action tendant à obtenir la condamnation de l'employeur (ou du salarié en cas de faute lourde) à réparer le préjudice résultant d'un manquement à ses obligations.
- aux actions engagées en reconnaissance de droit né de l'exécution du contrat de travail.

Le licenciement irrégulier :

Le licenciement est irrégulier quand l'employeur a rompu la relation de travail, sans observer la procédure requise, mais en ayant bien une cause réelle et sérieuse pour le faire.

En cas de procédure irrégulière de licenciement :

- le juge impose à l'employeur d'accomplir la procédure prévue par la loi (art. Lp. 122-35 alinéa 1) ;
- à défaut, il accorde au salarié une indemnité pour l'irrégularité du licenciement qui est équivalente à un mois de salaire maximum ;
- cumule avec l'indemnité légale de licenciement due au titre de l'article Lp. 122-27 du CTNC, si le salarié a plus de 2 ans d'ancienneté ininterrompue chez son employeur.

Rappel : L'obligation pour l'employeur d'accomplir la procédure et le versement d'une indemnité pour licenciement irrégulier sont applicables quel que soit l'effectif de l'entreprise ou l'ancienneté du salarié (art. Lp. 122-8 du CTNC).

Le licenciement abusif :

Le juge apprécie la cause qui a motivé le licenciement. S'il considère que la cause invoquée par l'employeur n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec le maintien de ses avantages acquis (art. Lp. 122-35 du CTNC).

Si l'employeur, ou le salarié, refuse la réintégration, le salarié a droit à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse due au salarié est distincte de l'indemnité de licenciement prévue à l'article Lp. 122-27 du CTNC. Les deux indemnités sont cumulables.

Le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ne peut pas être inférieur aux salaires des six derniers mois. Toutefois, lorsque l'ancienneté du salarié est inférieure à deux ans, le montant de l'indemnité est décidé par le juge en fonction du préjudice subi par le salarié et peut, de ce fait, être inférieure aux salaires des six derniers mois (art. Lp. 122-35 du CTNC).

L'employeur délivre au salarié :

- **un certificat** qui mentionne la date d'entrée du salarié et celle de sa sortie, ainsi que la nature du ou des emplois occupés successivement dans l'entreprise, ainsi que les périodes pendant lesquelles ces emplois ont été tenus (art. Lp. 122-31 et art. R. 122-5 du CTNC) ;
- **un solde de tout compte** qui mentionne qu'il est établi en double exemplaire dont un est remis au salarié (art. Lp. 122-32 et art. R. 122-6 du CTNC) ;