COMMISSION OUVERTE DE DROIT SOCIAL DU BARREAU DE PARIS
Coresponsables : *Béatrice Bursztein et Véronique Tuffal-Nerson,*
avocates à la cour d'appel de Paris

FORMATION CONTINUE EN DROIT SOCIAL
coordinateur : Paul Bouaziz (CDSBP)
avocat à la cour d'appel de Paris

SEANCE du 17 DECEMBRE 2007

Le contrôle du juge sur le motif personnel non disciplinaire de licenciement

J-Y Frouin
Conseiller à la cour d'appel de Poitiers
Professeur associé à l'Université François-Rabelais de Tours

Ce qu'il me revient de traiter, c'est en définitive le contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement quand elle ne repose pas sur un motif économique ou sur un motif disciplinaire.

A priori, ça ne devrait pas poser de problème si l'on considère que la cause réelle et sérieuse n'est pas légalement définie en sorte que toute cause a vocation à être constitutive d'une cause réelle et sérieuse, et si l'on considère par ailleurs que la Cour de cassation, depuis la fin des années 1980, ne contrôle pas la cause réelle et sérieuse de licenciement en sorte qu'est une cause réelle et sérieuse de licenciement toute cause jugée telle par les juridictions du fond.

En réalité, ce n'est pas aussi simple que cela : d'abord, parce que si la loi ne définit pas ce qu'est une cause réelle et sérieuse de licenciement, elle énonce un certain nombre de causes qui sont illicites (L. 122-45 CT) ; ensuite, parce que il est inexact de dire que la Cour de cassation ne contrôle pas la cause réelle et sérieuse de licenciement : elle contrôle en réalité ce qui peut être une cause de licenciement dont elle a précisément défini les contours ; ce qu'elle ne contrôle pas - et encore - c'est le caractère réel et sérieux de la cause de licenciement ; enfin, parce que le pouvoir d'appréciation du juge sur la cause réelle et sérieuse de licenciement est soumis à un certain nombre de règles - légales ou jurisprudentielles - qui le délimitent.

Si l'on prend en compte chacun de ces éléments, il apparaît en définitive que derrière une notion vague et générale qui semble couvrir une infinité d'hypothèses, il ne subsiste que très peu de causes réelles et sérieuses de licenciement possibles, c'est-à-dire admises : abstraction faite du motif disciplinaire, j'en ai dénombré 4, dont deux se rattachent à l'état de santé du salarié. A quoi, il y a lieu d'ajouter que la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement obéit elle-même à un certain nombre de règles.

C'est l'ensemble de ces éléments que l'on s'efforcera de développer pour mieux cerner le contrôle du juge sur la cause réelle et sérieuse de licenciement en procédant par voie d'approches successives : la notion de cause réelle et sérieuse

(II), le pouvoir d'appréciation du juge (III), les causes réelles et sérieuses possibles, la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement (V), et en commençant, si je puis dire, par le commencement, c'est-à-dire par le contrôle de l'énonciation des motifs (I).

I- Le contrôle de l'énonciation des motifs

On sait que l'article L. 122-14-2 du code du travail exige l'énoncé du ou des motifs de licenciement dans la lettre de licenciement. On sait aussi que la jurisprudence de la Cour de cassation interprète strictement ces dispositions en ce sens, d'une part, qu'il ne peut être suppléé à l'exigence de motivation du licenciement **dans la lettre de licenciement** par une information du salarié par un quelconque autre moyen (information verbale ou information dans un document autre que la lettre de licenciement), et d'autre part que les motifs énoncés doivent être suffisamment précis. On sait, enfin, que la Cour de cassation sanctionne rigoureusement le non-respect de cette obligation de motivation puisqu'il en résulte automatiquement l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.

Et il est utile d'ajouter que le moyen tiré du défaut de motivation de la lettre de licenciement est nécessairement dans le débat soumis au juge en cas de contestation du bien-fondé du licenciement. C'est ce qui avait été énoncé par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 mai 1999 (Bull. n° 235), jamais remis en cause à ma connaissance : « même si le moyen tiré du défaut de motivation de la lettre de licenciement n'a pas été soulevé par le salarié devant le juge du fond, il est nécessairement dans le débat ; il appartient donc aux juges du fond de rechercher, au besoin d'office, en respectant le principe du contradictoire, si la lettre de licenciement énonce le ou les motifs du licenciement ».

Par conséquent, le premier contrôle exercé par le juge du fond en cas de contestation de la cause réelle et sérieuse de licenciement est celui qui porte - qui doit porter - sur l'énonciation des motifs de licenciement dans la lettre de licenciement. La règle est assez connue pour qu'il n'y ait pas lieu de s'y attarder, même si on trouve encore des cassations de ce chef (Cass.soc. 17 janvier 2006, n° 04-40.740 et 23 janvier 2007, n° 05-43.428), sauf peut-être à rappeler ce qui peut faire difficulté, à savoir ce qu'il faut comprendre par motif précis ou suffisamment précis.

Depuis 1996 (Cass.soc. 14 mai 1996, Bull. n° 189), la Cour de cassation décide qu'il faut comprendre par là l'énoncé d'un *grief matériellement vérifiable*, c'est-à-dire (me semble t-il) l'imputation au salarié d'un fait assez explicite en lui-même pour que l'on sache ce qu'il recouvre et qu'il soit ainsi susceptible d'être discuté devant le juge. En général, il n'y a pas de véritable difficulté dans la pratique sauf à la marge, notamment, dans l'hypothèse de difficultés relationnelles, ou de mésentente. Dans ces hypothèses, on peut hésiter car les difficultés relationnelles ou la mésentente ne peuvent constituer une cause de licenciement que si elles trouvent leur cause dans un fait ou un comportement précis du salarié (fautif) qui les aurait provoquées. Par conséquent, quand un tel grief est énoncé dans la lettre de licenciement, on peut se demander s'il est suffisant au stade de la motivation du licenciement, auquel cas c'est le bien-fondé du licenciement qu'on va discuter, ou s'il n'est pas suffisant, auquel cas le licenciement est d'emblée mal fondé. La jurisprudence de la Cour de cassation est incertaine (voir toutefois, Cass.soc. 2 avril 2003, RJS 6/03, n° 719) comme elle peut l'être toutes les fois que le motif de licenciement énoncé a un caractère général de sorte qu'on ne sait pas trop ce qu'il

recouvre. Ainsi, dans un arrêt relativement récent, il a été jugé que le motif tiré du fait que le salarié ne parvenait pas s'adapter à ses fonctions était un motif suffisant (Cass.soc. 28 septembre 2005, n° 03-47.996). Il avait été jugé le contraire, peu auparavant (Cass.soc. 3 décembre 2003, n° 01-45.620). A titre d'exemple, il vient d'être jugé que l'allégation dans la lettre de licenciement d'un "contexte d'erreurs et d'anomalies" dont la nature demeurait indéterminée, ne constituait pas un motif suffisamment précis pour permettre aux juges du fond de vérifier sa réalité et son sérieux (Cass.soc. 4 octobre 2007, n° 06-44.094).

II- La notion de cause réelle et sérieuse

Si l'on aborde à présent le débat de fond, ou plutôt le fond du débat, le contrôle du juge du fond sur la cause réelle et sérieuse de licenciement est circonscrit par le fait que nonobstant l'absence de définition légale et jurisprudentielle de la cause réelle et sérieuse, la cour de Cassation, au fil des arrêts, a précisé les contours de la notion autour de plusieurs traits caractéristiques qui permettent d'écarter ce qui aurait pu être des causes possibles de licenciement et l'a parfois été d'ailleurs dans le passé.

Ainsi, la cause réelle et sérieuse s'entend-elle, et ne peut-elle s'entendre que :

- **d'éléments objectifs**
- **imputables au salarié,**
- **en relation avec la prestation de travail**

On va expliciter chacun de ces trois traits caractéristiques de la cause réelle et sérieuse de licenciement, étant observé que les deux premiers sont souvent rassemblés dans une même formule par la Cour de cassation : « le licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs imputables à ce salarié (Cass.soc. 21 septembre 2006, n° 05-41.155).

1°) Eléments ou faits présentant un caractère objectif, c'est-à-dire des faits se traduisant par des manifestations extérieures susceptibles de vérifications, et par conséquent indépendants de l'opinion que peut en avoir l'employeur, ce qui exclut la perte de confiance parce qu'elle repose sur la subjectivité de l'employeur (Cass.soc. 29 mai 2001, Bull. n° 183 : « la perte de confiance ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement, même quand elle repose sur des éléments objectifs. Seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement, mais non la perte de confiance qui en est résultée » ; voir aussi Cass.soc. 31 mars 2004, RJS 6/04, n° 662).

2°) Faits ou éléments présentant un caractère objectif, **imputables (personnellement) au salarié**, ce qui exclut, d'une part, les faits imputables à quelqu'un d'autre que le salarié fût-il un proche de celui-ci (« le seul risque d'un conflit d'intérêts ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, Cass soc. 21 septembre 2006, n° 05-41.155) et ce qui exclut, d'autre part, les difficultés relationnelles, la mésentente ou l'incompatibilité d'humeur en tant que tels car ces éléments ne reposent pas en eux-mêmes sur des faits personnellement imputables au salarié (Cass.soc. 25 juin 1997, Bull. n° 236 ; 5 février 2002, Bull. n° 50 ; 17 janvier 2001, Bull. n° 13 ; 23 juin 2004, n° 1290 F-D) : ainsi avait-il été jugé que « la mésentente ne constitue une cause de licenciement que si elle repose sur des faits objectifs imputables au salarié » (5 février 2002, op.cit.)). Mais il en va différemment si une cour d'appel «a retenu que le comportement de la salariée, qui

dénigrait et harcelait ses subordonnés en public et manifestait de l'agressivité tant à l'égard de son employeur qu'envers les autres salariés et les contractants de l'entreprise, était à l'origine de la mésentente grave énoncée dans la lettre de licenciement » (Cass.soc.23 février 2005, n°02-45. 988).

3°) Faits ou éléments présentant un caractère objectif personnellement imputable au salarié, **en relation avec la prestation de travail**, ce qui exclut les faits de vie personnelle, sous réserve d'un trouble objectif caractérisé dans l'entreprise (16 mars 2004, RJS 6/04, n°660).

Depuis 1997 (Cass.soc.16 décembre 1997, n°95-41.326), la Cour de cassation décide qu'un fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne peut constituer une faute sauf, doit-on préciser, s'il caractérise un manquement de sa part à son devoir de loyauté et s'il se rattache par un lien direct et étroit à la vie professionnelle auquel ce n'est plus à proprement parler un fait de vie personnelle. Et la Cour de cassation ajoute, en prolongement de règles posées dès 1991 à propos de faits de vie privée, qu'un fait de vie personnelle ne peut davantage constituer une cause (non fautive) de licenciement à moins qu'il n'en soit résulté un trouble objectif caractérisé dans l'entreprise.

Par conséquent, sauf manquement à l'obligation de loyauté ou trouble objectif caractérisé dans l'entreprise, une cause réelle et sérieuse de licenciement ne peut résulter que de faits en rapport avec la prestation de travail, ce qui est logique car quand le salarié n'est plus au travail, il redevient un homme libre et n'est plus tenu à aucune collaboration avec l'employeur ni de lui rendre aucun compte.

Ces principes ont pu sembler abandonnés, de 2002 à janvier 2006, par la Cour de cassation avant que celle-ci ne les réaffirme par plusieurs arrêts récents (Cass.soc. 13 septembre 2006, n°05-42.909, Cass.soc. 21 décembre 2006, n°05-41.140 et (Cass.ch.mixte, 18 mai 2007, n°05-40.803 , Cass.soc. 19 septembre 2007, n°05-45.294).

III- Le pouvoir d'appréciation du juge sur la cause réelle et sérieuse de licenciement

La notion de cause réelle et sérieuse étant ainsi précisée, on aborde le contrôle proprement dit du juge sur la cause réelle et sérieuse de licenciement. Comme on peut aisément l'imaginer, compte tenu du caractère général et vague de la norme juridique qu'il s'agit d'appliquer - cause réelle et sérieuse – et du fait que la Cour de cassation ne contrôle pas en principe le caractère réel et sérieux de la cause de licenciement, le pouvoir d'appréciation du juge (du fond) est très étendu (2°) ; mais en même temps, on verra qu'il est aussi limité par l'effet de l'application de plusieurs règles (3°). Et d'abord, et en toute hypothèse, il est limité dans son objet (1°) :

1°) Il est, en effet, de jurisprudence constante (Cass.soc. 22 janvier 1998, Bull. n°28) que la lettre de licenciement fixe les termes et les limites du litige ou du débat devant le juge, ce qui signifie que le débat entre les parties ne peut porter que sur les seuls motifs ou griefs énoncés dans la lettre de licenciement et que le juge ne peut lui-même apprécier le bien-fondé du licenciement qu'au regard de ces seuls motifs ou griefs. La règle a été récemment rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt dans lequel, après avoir rappelé que la lettre de licenciement fixe les termes du litige, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui avait cru pouvoir valider un licenciement en retenant que l'employeur l'avait qualifié par erreur de licenciement

pour motif économique alors, est-il énoncé dans l'arrêt, que la qualification que l'employeur a donné au licenciement s'impose à lui et qu'il résultait de ses constatations que le licenciement était prononcé pour motif économique (Cass.soc. 21 mars 2007, n° 05-45.060).

Encore convient-il ici de préciser qu'il ne faut pas avoir une acception trop étroite de la notion de motifs, c'est-à-dire confondre motifs et faits ou arguments : ce n'est pas parce la lettre de licenciement n'énumère pas tous les faits soutenus à l'appui d'un motif de licenciement déterminé qu'il ne faut pas les examiner dès lors qu'on peut les considérer comme compris ou inclus dans le ou les motifs ou griefs visés dans la lettre de licenciement.

2°) Le débat ou litige étant ainsi délimité dans son objet, le pouvoir d'appréciation du juge sur la cause réelle et sérieuse est très étendu, pour une raison très simple que la Cour de cassation rappelle implicitement mais régulièrement aux juges du fond : à partir du moment où il résulte de la loi qu'un licenciement doit, pour être valable, reposer sur une cause réelle et sérieuse, il s'en déduit que c'est au juge et à lui seul qu'il appartient d'apprécier l'existence et la qualification de cause et sérieuse et qu'il lui revient d'exercer ce pouvoir.

Ce qui signifie en clair que, ni l'employeur par une décision unilatérale ou une disposition du règlement intérieur, ni les parties contractantes par une disposition du contrat de travail, ni les partenaires sociaux dans une convention collective, ne peuvent pré-constituer ou prédéterminer une cause de rupture s'imposant au juge dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement. Ainsi est-il jugé que l'insuffisance des résultats au regard des objectifs fixés ne constitue pas *en soi* une cause de rupture privant le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse (Cass.soc. 3 février 1999, Bull. n° 56) ; qu'aucune clause du contrat de travail ne peut valablement prévoir qu'une circonstance quelconque constituera un motif de rupture (Cass.soc. 2 mars 2005, n° 02-46.534) ; que les dispositions d'une convention collective prévoyant une cause de licenciement ne privent pas le juge des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 122-14-3 du code du travail (Cass.soc. 13 octobre 2004, n° 02-43.542 ; dans le même sens : « les dispositions d'une convention collective ne peuvent lier, dans un sens défavorable le juge dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse, Cass.soc.6 mai 1998, Bull. n° 229).

Le paradoxe, c'est que les cas de censure par la Cour de cassation de décisions statuant sur l'appréciation de la cause réelle et sérieuse sont souvent des cas où le juge du fond s'est abstenu d'aller jusqu'au bout du pouvoir d'appréciation qui lui est confié par la loi. Et c'est la Cour de cassation elle-même qui montre la voie au juge du fond comme en matière de non atteinte des objectifs fixés où elle l'invite à rechercher si les objectifs étaient réalistes ou si le travail demandé pouvait être accompli dans un temps compatible avec les horaires de travail (Cass.soc. 16 novembre 1999, n° 97-43.285) ou encore en matière de mutation géographique où elle invite pareillement le juge à rechercher si l'employeur n'a pas manqué à l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail (Cass.soc. 28 mars 2001, n° 99-41.703).

Il est un autre aspect du pouvoir d'appréciation très étendu du juge du fond qui mérite d'être évoqué ici. Il tient à ce que si, comme on l'a vu, la qualification du licenciement par l'employeur ou les motifs de licenciement énoncés dans la lettre de licenciement s'imposent à l'employeur et en quelque sorte lient le juge en ce qui

concerne le bien-fondé du licenciement en ce sens qu'il ne pourrait dire le licenciement bien fondé au regard d'une autre qualification ou d'autres motifs avancés par l'employeur, ils ne s'imposent pas en revanche au salarié lequel peut toujours à l'appui de sa contestation faire valoir que le licenciement procède en réalité d'un autre motif que celui invoqué par l'employeur, auquel cas il incombe au juge de vérifier le motif exact du licenciement ou sa véritable cause.

Ainsi, il peut arriver que le salarié soutienne à l'appui de sa contestation que derrière le motif économique allégué par l'employeur se dissimule un motif personnel de licenciement qui constitue le vrai motif, le motif exact du licenciement. Dans ce cas, en vertu d'une jurisprudence ancienne et jamais remise en cause, il incombe au juge de vérifier et rechercher le motif exact du licenciement. Et s'il apparaît que le motif exact du licenciement était un motif personnel, il s'en déduit deux choses : d'abord évidemment le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, ensuite on applique aux conséquences pécuniaires du licenciement les règles applicables au licenciement requalifié. C'est ce qui avait été jugé par la Cour de cassation (Cass.soc. 19 mai 2004, Bull. n° 134). C' est ce qui vient d'être jugé par la cour d'appel de Poitiers (23 octobre 2007, n° 06/70 4, Daniaud c/ Dutertre).

Il peut aussi arriver que le salarié ne conteste pas à proprement parler le bien-fondé du motif de licenciement invoqué par l'employeur mais soutienne que ce motif, quoique apparemment valable, trouve sa cause dans un fait (fautif) préalable de l'employeur qui l'a provoqué et qui constitue ainsi la véritable cause de licenciement. Dans cette hypothèse, il incombe au juge de vérifier le bien-fondé de l'allégation du salarié et s'il apparaît que le motif de licenciement invoqué trouve sa cause directe et certaine dans un manquement antérieur préalable de l'employeur à ses obligations, c'est ce manquement qui constitue la vraie cause du licenciement et il a pour conséquence nécessaire de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse (ou nul si un texte le prévoit comme l'article L. 122-49). C'est ce qui est jugé depuis 1994 par la Cour de cassation quand il apparaît au juge que le motif économique de licenciement invoqué trouve sa cause dans une faute ou une légèreté blâmable de l'employeur (Cass.soc. 26 janvier 1994, RJS 4/94, n° 386). Et c'est ce qui nous paraît devoir être jugé, et qui est déjà jugé par certaines cours d'appel comme celle de Poitiers, quand un licenciement est prononcé pour inaptitude et qu'il est démontré que l'inaptitude physique du salarié trouve sa cause directe et certaine dans des agissements de harcèlement moral subis par le salarié (dans ce sens, Cass.soc. 11 octobre 2006, RJS 12/06, n° 1722).

3°) Si le pouvoir d'appréciation du juge sur la cause réelle et sérieuse de licenciement est ainsi très étendu, il connaît en même temps des limites par l'effet de l'application de diverses règles légales ou jurisprudentielles :

- La première de ces règles, très classique et particulière au droit du travail, c'est celle de l'ordre public social ou principe de faveur. On a vu (tout à l'heure) qu'une disposition contractuelle ou conventionnelle ne pouvait priver le juge de son pouvoir d'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement. Mais il n'en va ainsi que pour autant qu'une telle disposition ne limite pas les causes de licenciement. Rien n'empêche, en effet, les parties contractantes (rare) ou les partenaires sociaux (moins rare) de limiter les possibilités de licenciement de l'employeur à des causes qu'ils déterminent, par exemple de décider que telle cause possible - insuffisance professionnelle –ne pourra être une cause de licenciement.

Il est admis depuis longtemps, ce qui n'est que l'application du principe de

faveur, qu'une telle limitation est parfaitement licite dès lors qu'elle ne rend pas impossible toute rupture du contrat de travail et qu'elle s'impose au juge qui ne peut admettre le bien-fondé d'un licenciement prononcé pour d'autres causes que celles entrant dans les prévisions du texte. La solution vient d'être réaffirmée dans un arrêt relativement récent (Cass.soc. 25 octobre 2005, n° 02-45.158) : les articles 52 et 36 du statut du personnel des caisses d'épargne limitent les possibilité de licenciement pour motif personnel de l'employeur aux causes qu'ils énumèrent après respect des procédures prévues, ce dont il résulte qu'un licenciement pour d'autres causes en dehors des prévisions de ces textes est sans cause réelle et sérieuse.

- Le pouvoir d'appréciation du juge peut aussi être limité par une sorte de logique de raisonnement que la Cour de cassation applique depuis un arrêt du 9 mai 2000 (Bull. n° 170) et qui consiste dans le raisonnement suivant. On a vu que la qualification donnée par l'employeur au licenciement s'impose à lui. Cela vaut, non seulement, pour l'alternative licenciement économique-licenciement personnel mais aussi pour l'alternative licenciement disciplinaire-licenciement non disciplinaire. Si donc un licenciement est prononcé pour un motif disciplinaire - faute grave ou faute sérieuse – il ne peut être valable que pour autant qu'il est justifié d'un fait fautif à l'encontre du salarié. S'il n'est pas justifié d'un fait fautif, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, quand bien même le fait allégué par l'employeur serait susceptible de constituer une cause réelle et sérieuse objective, non fautive, de licenciement.

Ainsi l'insuffisance professionnelle du salarié ou des faits de vie personnelle imputés au salarié dont il est résulté un trouble caractérisé dans l'entreprise constituent des causes possibles, mais non fautives, de licenciement. En conséquence, si l'employeur se prévaut de tels faits à l'appui d'un licenciement prononcé pour motif disciplinaire et notamment pour faute grave, ce licenciement est nécessairement sans cause réelle et sérieuse car les faits en cause n'ont pas un caractère fautif. En clair, Il est toujours possible au juge du fond de requalifier un licenciement pour faute grave en licenciement pour cause réelle et sérieuse mais à condition que les faits allégués par l'employeur et constitutifs de la cause réelle et sérieuse *aient le caractère d'une faute*. Si ce n'est pas le cas, le licenciement est nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse car le juge ne peut basculer d'un licenciement disciplinaire à un licenciement non disciplinaire.

Le problème de cette jurisprudence, c'est que si elle correspond à une logique de raisonnement assez imparable, elle crée des difficultés dans la pratique juridictionnelle quand un licenciement est prononcé, non pour faute grave, mais pour cause réelle et sérieuse, et que l'on a parfois du mal à déterminer au vu de la lettre de licenciement si le licenciement a été prononcé pour motif disciplinaire ou pour motif non disciplinaire : ex. insuffisance de résultats. En bonne logique, on doit d'abord se demander si le licenciement est plutôt disciplinaire ou plutôt non disciplinaire et ensuite confronter les faits allégués au soutien du licenciement au regard de la qualification retenue avant d'en tirer la conséquence. Dans la réalité, j'ai plutôt l'impression que le juge fait un peu ce qu'il veut, c'est-à-dire apprécie le bien-fondé du licenciement, et s'efforce ensuite d'habiller juridiquement la solution adoptée.

- Enfin, c'est parfois la loi et la jurisprudence qui limitent et encadrent étroitement le pouvoir d'appréciation du juge du fond sur la cause réelle et sérieuse de licenciement en posant les conditions de l'existence d'une telle cause et en précisant même les modalités de leur appréciation.

Ainsi en est-il en matière de licenciement pour inaptitude. Dans une telle hypothèse en vertu même de la loi, le licenciement ne pourra avoir une cause réelle et sérieuse que s'il a été satisfait par l'employeur à son obligation de reclassement, ce qu'il revient au juge de vérifier (art. L. 122-24-4 et L. 122-32-5 CT).

Ainsi, en est-il également en matière de licenciement pour absence prolongée ou absences répétées du salarié. Dans une telle hypothèse, il n'est pas interdit à l'employeur de licencier à condition que ce ne soit pas en raison de l'état de santé du salarié mais de la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par cette absence prolongée ou ces absences répétées et pour autant que les perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder au remplacement définitif du salarié. Telles sont les conditions de l'existence d'une cause réelle et sérieuse (Cass.soc. 13 mars 2001, RJS 5/01, n° 592). Mais ce n'est pas suffisant, la Cour de cassation précise encore que le remplacement définitif d'un salarié absent en raison d'une maladie ou d'un accident non professionnel doit intervenir dans un délai raisonnable après le licenciement, délai que les juges du fond apprécient souverainement en tenant compte des spécificités de l'entreprise et de l'emploi concerné, ainsi que des démarches faites par l'employeur en vue d'un recrutement (Cass.soc. 14 mars 2007, n° 06-41.723). On voit que, là, la marge d'appréciation du juge dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse est extrêmement étroite, elle lui est dictée en quelque sorte par la Cour de cassation.

IV <u>Les causes réelles et sérieuses de licenciement possibles, admises</u>

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, relativement à la notion de cause réelle et sérieuse et au pouvoir d'appréciation du juge, il peut être intéressant de donner rapidement des illustrations des causes réelles et sérieuses de licenciement possibles, admises.

On pourrait penser que, la notion étant tellement générale, elles sont très nombreuses. En réalité, si l'on enlève les causes illicites, si l'on déduit les causes qui s'excluent d'elles-mêmes à raison de ce que l'on a dit des traits caractéristiques de la notion de cause réelle et sérieuse, enfin si on laisse de côté le motif disciplinaire - la faute - il ne reste plus, me semble t-il que quatre causes réelles et sérieuses possibles de licenciement dont deux se rattachent à l'état de santé du salarié, de sorte que l'inventaire est très vite fait :

- **L'insuffisance professionnelle**, d'abord, c'est-à-dire si on peut la définir ainsi, l'incapacité objective (non fautive) et durable d'un salarié à accomplir correctement la prestation de travail pour laquelle il est employé (conformément à ce que l'on est fondé à attendre d'un salarié moyen ou ordinaire employé pour le même type d'emploi et avec la même qualification). Compte tenu de ce que l'on a dit des traits caractéristiques de la notion de cause réelle et sérieuse, l'insuffisance professionnelle ne peut se réduire à la seule constatation d'une insuffisance de résultats ou de la non réalisation par le salarié des objectifs qui lui étaient confiés. Encore convient-il pour que ces éléments caractérisent une insuffisance professionnelle qu'ils soient imputables au salarié lui-même, ce qui suppose d'une part que les objectifs fixés aient été réalisables d'autre part que leur non atteinte ne trouve pas sa cause dans un élément extérieur au salarié, ce qu'il incombe au juge du fond de vérifier, ainsi que la Cour de cassation le lui rappelle régulièrement dans le contrôle de motivation qu'elle exerce en toute circonstances sur ses décisions.

La cour d'appel de Poitiers a même ajouté une condition supplémentaire dans

un arrêt du 17 octobre 2006 pour que l'insuffisance professionnelle puisse caractériser une cause réelle et sérieuse de licenciement. Prenant appui sur l'article L. 930-1 du code du travail selon lequel l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail et veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations, elle ajoute que l'insuffisance professionnelle ne peut être caractérisée que pour autant qu'il est justifié par l'employeur qu'il a satisfait à ses obligations (CA, Poitiers, 17 octobre 2006, n° 06/795, Darton c/ Société Actaris, BICC du 15 février 2007, n°657, p. 73).

- **Les faits de vie personnelle du salarié, quand il en est résulté un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise**. Cette cause réelle et sérieuse de licenciement possible n'appelle pas d'observation particulière qui n'ait déjà été faite : pour autant que l'employeur ne se prévaut pas d'un motif disciplinaire il peut invoquer un fait commis par le salarié dans sa vie hors travail à l'appui d'un licenciement comme d'une cause réelle et sérieuse de licenciement à condition de justifier que ce fait a créé un trouble caractérisé dans son entreprise. La réception par un salarié d'une revue licencieuse sur son lieu de travail aurait-elle été de nature à créer un tel trouble ? La Chambre mixte de la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur la question dès lors qu'il s'agissait d'un fait de vie personnelle, que l'employeur avait prononcé contre le salarié un licenciement disciplinaire, et que le trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise qui a pu s'ensuivre ne permettait pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu ((Cass.mixte, 18 mai 2007, n°05-40.803).

- Les deux autres causes réelles et sérieuses possibles de licenciement sont liées à l'état de santé du salarié et elles sont comme on l'a vu étroitement réglementées par la Cour de cassation en sorte que la marge d'appréciation du juge sur la cause et réelle et sérieuse de licenciement est ici très étroite : l'une concerne le cas du salarié absent au travail pour raison de santé pendant le temps de la suspension de son contrat de travail. On l 'a vu ce salarié peut être licencié à raison de cette absence mais pour autant qu'elle perturbe le bon fonctionnement de l'entreprise au point de justifier son remplacement définitif et pour autant que ce remplacement intervient dans un délai raisonnable. Ce n'est qu'à ces conditions que le licenciement reposera sur une cause réelle et sérieuse ; l'autre hypothèse concerne **le cas du salarié déclaré inapte pour raison de santé. Ce salarié peut être valablement licencié s'il est justifié par l'employeur de l'impossibilité de son reclassement**, étant rappelé que l'avis d'inaptitude à tout poste dans l'entreprise délivré par le médecin du travail ne suffit pas à caractériser l'impossibilité du reclassement du salarié (Cass.soc. 7 juillet 2004, RJS 10/04, n° 1028). Ce n'est qu'à cette condition que le licenciement reposera sur une cause réelle et sérieuse et, me semble t-il, sous une réserve qui peut être suggérée par l'argumentation du salarié, même si la Cour de cassation ne l'a pas encore dit expressément, à savoir que l'inaptitude ne trouve pas son origine dans un fait préalable et fautif de l'employeur comme un harcèlement moral.

V- La preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement [1]

[1] Sur l'ensemble de la question qui est très vaste on ne peut être ici que très succint, Voir nos deux articles sur La preuve en droit du travail : 1ère partie, les modes de preuve, Semaine sociale Lamy du 22 mai 2006, n°1262 ; 2 ème partie, la charge de la preuve, Semaine sociale Lamy du 29 mai 2006, n° 1263.

On ne serait pas tout à fait complet sur le contrôle du juge sur la cause réelle et sérieuse de licenciement si on ne disait pour terminer quelques mots de la preuve de la cause réelle et sérieuse. La question, qui se dédouble, c'est : qui doit prouver quoi ? Et, est-ce que tous les moyens sont permis ?

1°) La charge de la preuve

En ce qui concerne la charge de la preuve, les règles sont bien connues puisqu'elles sont énoncées par l'article L. 122-14-3 du code du travail : la preuve est partagée entre les parties, et le risque de la preuve pèse sur l'employeur puisque, s'il subsiste un doute, il profite au salarié.

Le partage de la preuve entre les parties signifie (théoriquement) que la preuve n'incombe spécialement à aucune des parties et que le juge doit pour se déterminer prendre en compte les éléments produits par l'une et l'autre parties.

Pratiquement, ce n'est pas un partage tout à fait égal entre les parties pour des raisons que l'on peut bien comprendre : la décision de l'employeur de licencier doit pour être valable, en vertu même de la loi, reposer sur une cause réelle et sérieuse. Il est donc normal, en cas de contestation, que l'employeur produise d'abord des éléments qui l'ont conduit à prendre sa décision, qu'il étaye en quelque sorte sa décision, comme on dirait en matière d'heures supplémentaires. S'il ne le fait pas, ou s'il ne le fait pas suffisamment, le licenciement sera jugé sans cause réelle et sérieuse quand bien même le salarié ne ferait que contester le bien-fondé du licenciement sans produire d'éléments qu'il n'a pas nécessairement.

En d'autres termes, il me semble (mais je parle sous votre contrôle) qu'avant même de recourir à la règle subsidiaire de preuve tirée du doute, le risque de la preuve pèse déjà en amont plus sur l'employeur que sur le salarié en ce sens qu'il faut bien que l'employeur justifie d'éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement et que s'il ne le fait pas le licenciement sera non fondé lors même que le salarié se bornerait à contester la cause réelle et sérieuse de licenciement, cela d'autant plus que comme on l'a vu l'appréciation de la cause réelle et sérieuse est dans certains cas étroitement réglementée par la Cour de cassation.

2°) Les modes de preuve

S'agissant des modes de preuve, la question, on l'a dit, c'est celle de savoir si tous les moyens sont bons. Réponse à la question : en principe, la preuve est libre en droit du travail, par conséquent la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement ou de l'absence de preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement est libre (Cass.soc. 27 mars 2001, Bull. n° 108). Mais c'est un principe qui comporte des exceptions :

- Certains modes de preuve sont interdits à l'employeur
- Certains modes de preuve du salarié sont encadrés

Il en résulte, dans l'un et l'autre cas, que si l'employeur produit l'un des modes de preuve interdits ou si le salarié se prévaut hors des conditions permises de l'un des modes de preuve encadrés, ce mode de preuve, considéré alors comme un mode de preuve illicite, devra être écarté par le juge du fond et ne pourra valablement établir la cause ou l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement.

- **Les modes de preuve interdits à l'employeur**

Deux modes de preuve sont interdits à l'employeur : il s'agit des preuves

obtenues par un procédé clandestin ou dissimulé de surveillance, et des preuves obtenues par un procédé portant atteinte aux droits des personnes ou aux libertés du salarié.

- **Les modes de preuve du salarié encadrés**

La question ici, c'est celle de la possibilité pour le salarié de produire en justice des documents de l'entreprise qu'il s'est approprié, éventuellement à l'insu de l'employeur. Jusqu'en 2004, les chambres criminelle et sociale de la Cour de cassation avaient des positions divergentes sur une telle possibilité, la Chambre sociale l'admettant tandis que la Chambre criminelle retenait l'incrimination de vol. Désormais, depuis un revirement de la Chambre criminelle intervenu en 2004, les deux chambres s'accordent pour décider qu'un salarié, lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur, peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions (Cass.soc. 30 juin 2004, n°02-41.720).

D'une manière générale, chacune des parties au contrat de travail étant tenue envers l'autre d'un devoir de loyauté, les modes de preuve obtenus par un procédé déloyal ont un caractère illicite. Ainsi en est-il de l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectuée à l'insu de l'auteur des propos invoqué qui est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue. Cependant, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur (Cass.soc. 23 mai 2007, n°06-43.209).