

pratiques

[licenciement]

Interdictions de licencier

quels sont les risques de nullité?

Le licenciement ne doit pas porter atteinte aux libertés et aux droits des salariés. Ainsi, s'il est motivé par l'exercice de la liberté d'expression, le respect de la vie privée ou encore l'état de grossesse, il est considéré comme nul. L'employeur est alors tenu de verser des indemnités et d'organiser la réintégration du salarié.

Quelles sont les différentes interdictions de licencier?

Le licenciement prononcé en violation d'une liberté ou d'un droit fondamental

C'est la valeur constitutionnelle du droit ou de la liberté en cause qui conduit à sanctionner sa violation par la nullité [C. trav., art. L. 1235-3-1]. Cette catégorie est vaste et recoupe de nombreux cas de nullité.

→ Licenciement prononcé en violation de la liberté d'expression ou de témoigner en justice.

Est nul le licenciement qui sanctionne un salarié ayant :

– exercé, sans abus, sa liberté d'expression [Cass. soc., 22 juin 2004, n° 02-42.446];

REMARQUE

Si l'exercice de la liberté d'expression dans l'entreprise et en dehors de celle-ci ne peut pas justifier de licenciement, c'est à la condition que les propos tenus par le salarié ne soient pas injurieux, diffamatoires ou excessifs [Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-48.012]. Ils s'apprécient notamment au regard

de leur teneur, de leur degré de diffusion, des fonctions exercées par l'intéressé et de l'activité de l'entreprise.

– relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions [C. trav., art. L. 1132-3-3];

REMARQUE

La mauvaise foi résulte de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce. La seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis n'est pas constitutive de mauvaise foi [Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 18-13.593; Cass. soc., 13 janv. 2021, n° 19-21.138].

– relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales [C. trav., art. L. 1121-2];

REMARQUE

Il s'agit de la protection des lanceurs d'alerte issue de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « Loi Sapin II ». Pour bénéficier de la protection contre le licenciement, le lanceur d'alerte doit avoir signalé ou divulgué des informations dans les conditions prévues aux articles 6 et 8 de la Loi Sapin II.

– relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des manquements à des règles déontologiques prévues par la loi ou le règlement [Cass. soc., 19 janv. 2022, n° 20-10.057].

→ **Licenciement prononcé en violation de la liberté d'ester en justice.** Est nul le licenciement prononcé en raison d'une action en justice intentée par le salarié. Tel est le cas par exemple d'un salarié qui agit en justice pour :

– faire respecter l'égalité entre les femmes et les hommes [C. trav., art. L. 1144-3];

– mettre fin à une discrimination [C. trav., art. L. 1134-4].

→ **Licenciement prononcé en violation du droit de grève.** Est nul le licenciement qui sanctionne un salarié ayant exercé son droit de grève, sauf faute lourde [C. trav., art. L. 1132-2 et L. 2511-1].

REMARQUE

La faute lourde suppose une participation personnelle et active du salarié à des faits illicites, comme des actes d'entrave à la liberté du travail, des violences sur les biens et les personnes ou encore des actes de séquestrations [Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-43.739].

→ **Licenciement d'une victime ou d'un témoin de faits de harcèlement moral ou sexuel.** Est nul le licenciement d'un salarié ayant :

– témoigné d'un harcèlement sexuel, subi ou refusé de subir un harcèlement sexuel [C. trav., art. L. 1153-1 et s.];

– témoigné d'un harcèlement moral, subi ou refusé de subir un harcèlement moral [C. trav., art. L. 1152-1 et s.].

→ **Licenciement discriminatoire prononcé en violation du principe d'égalité.** Les motifs discriminatoires sont les motifs illégitimes ne pouvant justifier une différence de traitement. L'article L. 1132-1 du Code du travail recense l'ensemble de ces motifs. Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit [C. trav., art. L. 1132-4].

Tel est le cas, par exemple, du licenciement du salarié en raison de son état de santé [C. trav., art. L. 1132-1] ou d'une activité syndicale [Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-16.434].

→ **Licenciement prononcé en violation du droit au respect de la vie privée et**

personnelle. En principe, les éléments de la vie extraprofessionnelle du salarié ne peuvent être pris en compte par l'employeur pour justifier un licenciement [C. trav., art. L. 1121-1 et L. 1321-3 et Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256].

Par exception, un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement :

- disciplinaire pour faute, s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail ou se rattache à sa vie professionnelle [Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464] (voir actualité page 8) ;
- non disciplinaire pour trouble caractérisé pour l'entreprise, si les éléments tirés de la vie privée du salarié constituent, en raison des répercussions sur l'entreprise, une cause réelle et sérieuse de licenciement.

EXEMPLE Tel est le cas du salarié qui a été condamné en raison de violences commises à l'encontre de son amie dans un appartement que lui louait son employeur, ce dernier ayant dû reloger en urgence la famille de la victime, également locataire de la société d'HLM, qui craignait des représailles [Cass. soc., 14 sept. 2010, n° 09-65.675].

Le licenciement prononcé en violation de la protection liée à la grossesse, à la maternité, à la paternité et à l'adoption

Est nul de licenciement de la salariée :

- en état de grossesse, sauf faute grave ou lourde de l'intéressée ou impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'état de grossesse [C. trav., art. L. 1225-4]. Il s'agit d'une protection dite relative dans la mesure où la faute grave et l'impossibilité de maintenir le contrat peuvent justifier un licenciement ;

RAPPEL

La faute grave résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié personnellement constituant une violation d'une obligation contractuelle ou un manquement à la discipline de l'entreprise et rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise [Cass. soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867]. La faute lourde révèle l'intention du salarié de nuire à son employeur [Cass. soc., 31 mai 1990, n° 88-41.419].

- pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit, qu'elle use ou non de ce droit [C. trav., art. L. 1225-4]. Il s'agit d'une protection absolue qui ne souffre d'aucune exception ;
- pendant la période de congés payés prise immédiatement après le congé de maternité [C. trav., art. L. 1225-4]. Il s'agit également d'une protection absolue ;
- pendant les dix semaines qui suivent l'expiration de ces périodes [C. trav., art. L. 1225-4]. Il s'agit d'une protection relative ;
- pendant le congé d'adoption [C. trav., art. L. 1225-38]. Il s'agit d'une protection absolue ;
- pendant les dix semaines suivant une interruption spontanée de grossesse médicalement constatée ayant eu lieu entre la 14^e et la 21^e semaine d'aménorrhée incluses [C. trav., art. L. 1225-43]. Il s'agit d'une protection relative.

Est également nul de licenciement :

- du salarié père lorsqu'il prend le congé postnatal à la suite du décès de la mère ou lorsque c'est lui, et non la mère, qui prend le congé d'adoption [C. trav., art. L. 1225-28 et L. 1225-39]. Il s'agit d'une protection absolue ;

REMARQUE

Lorsque le père de l'enfant n'exerce pas son droit, le bénéfice de celui-ci est accordé au conjoint salarié de la mère ou à la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle [C. trav., art. L. 1225-28].

- du salarié père ou du deuxième parent pendant les dix semaines suivant la naissance de l'enfant [C. trav., art. L. 1225-4-1]. Il s'agit d'une protection relative;
- du salarié en congé de présence parentale (ou pendant les périodes travaillées si le congé de présence parental est fractionné ou pris à temps partiel) [C. trav., art. L. 1225-4-4]. Il s'agit d'une protection relative.

Le licenciement d'un salarié en arrêt de travail pour accident du travail ou maladie professionnelle

Est nul le licenciement des accidentés du travail ou des salariés atteints d'une maladie professionnelle pendant la période de suspension de leur contrat de travail, sauf faute grave de l'intéressé ou impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie [C. trav., art. L. 1226-13].

Le licenciement pour motif économique d'un salarié sans décision de validation ou d'homologation du PSE

Il s'agit là du licenciement du salarié inclus dans une procédure collective de licenciement économique alors que la procédure de licenciement est nulle en l'absence de plan visant au reclassement des salariés, ce qui peut résulter de deux hypothèses :

- lorsque l'employeur a notifié aux salariés la rupture de leur contrat de travail sans passer par la Dreets ou malgré un refus de validation ou d'homologation [C. trav., art. L. 1235-10];
- en cas d'annulation de la décision de validation ou d'homologation en raison de l'insuffisance du PSE [C. trav., art. L. 1235-10].

Le licenciement d'un salarié protégé représentant du personnel sans autorisation de l'inspection du travail

Est nul le licenciement prononcé :

- soit en violation du statut protecteur, c'est-à-dire sans autorisation ou malgré un refus d'autorisation de l'inspecteur du travail;
- soit lorsque l'autorisation de licenciement a été ultérieurement annulée ou retirée à la suite d'un recours gracieux, hiérarchique ou contentieux du salarié [Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-47.623].

ATTENTION

En cas de pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs invoqués est interdit, le licenciement est automatiquement entaché de nullité [Cass. soc., 3 févr. 2016, n° 14-18.600], **peu important que les autres griefs de la lettre soient valables** [Cass. soc., 8 févr. 2017, n° 15-28.085; Cass. soc., 13 févr. 2019, n° 17-23.720].

Quelles sont les sanctions d'un licenciement nul ?

Les conséquences de la nullité du licenciement dépendent du choix du salarié, qui peut :

- soit demander la continuation de son contrat de travail, c'est-à-dire demander sa réintégration. Dans ce cas il obtient, outre sa réintégration, une indemnisation spécifique;
- soit renoncer à ce droit et percevoir les indemnités de rupture ainsi que des indemnités au titre de la nullité de son licenciement.

Retrouvez votre revue en avant-première sur liaisons-sociales.fr



REMARQUE

L'employeur peut être condamné à rembourser à France Travail (ex-Pôle emploi) les allocations-chômage perçues par le salarié, dans la limite de six mois d'indemnités (voir ci-dessous).

Lorsque le salarié demande sa réintégration, celle-ci est obligatoire

Tout licenciement nul entraîne un droit à réintégration pour le salarié, peu important qu'aucun texte ne prévoit ce droit [Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 00-44.811].

→ **Réintégration dans l'emploi du salarié ou dans un emploi équivalent.** Pour toute demande de réintégration, quel que soit le cas de nullité du licenciement, le salarié a droit à réintégration dans son emploi ou dans un emploi équivalent [Cass. soc., 15 oct. 2003, n° 01-44.503].

REMARQUE

Ce n'est que dans le cas où l'emploi du salarié n'existe plus ou n'est pas vacant que la réintégration peut avoir lieu dans un emploi équivalent, comportant le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial et permettant l'exercice du mandat représentatif [Cass. soc., 11 déc. 2001, n° 99-42.586].

L'emploi équivalent est nécessairement situé :

- dans le même lieu que l'emploi initial, ou du moins dans le même secteur géographique [Cass. soc., 10 déc. 2003, n° 01-45.110];
- dans l'entreprise, le périmètre de réintégration ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'employeur [Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 07-41.845].

→ **Seule exception très limitée, la réintégration matériellement impossible.** L'impossibilité, pour une entreprise, de réintégrer un salarié est rarement admise

dans la mesure où une réintégration impossible dans le même emploi peut l'être dans un emploi équivalent [Cass. soc., 24 janv. 1990, n° 89-60.004].

EXEMPLES

→ **Ne caractérise pas une impossibilité de réintégration :**

- la suppression du poste du salarié [Cass. soc., 13 déc. 1994, n° 92-42.454];
- le fait que le poste du salarié soit occupé par un autre salarié [Cass. soc., 9 juin 2010, n° 08-44.205];
- le fait que le salarié soit parti depuis longtemps [Cass. soc., 6 janv. 2010, n° 08-42.791];
- le fait que le salarié ait entre-temps retrouvé un emploi [Cass. soc., 10 févr. 2021, n° 19-20.397];
- le fait que l'entreprise ait cessé de publier les revues dont le salarié était rédacteur en chef [Cass. soc., 8 juill. 1997, n° 94-43.351];
- le fait que l'entreprise ait confié à un prestataire de service les tâches du salarié [Cass. soc., 14 sept. 2016, n° 15-15.944];
- le fait que l'entreprise traverse une période de crise certaine et grave [Cass. soc., 24 juin 1998, n° 95-44.757];
- le fait que le salarié ait été victime de harcèlement moral et que les relations entre le salarié et l'employeur soit dégradées [Cass. soc., 14 févr. 2018, n° 16-22.360] ou qu'il ait été déclaré inapte [Cass. soc., 19 avr. 2023, n° 21-25.221];
- le comportement antérieur du salarié, ou l'état des relations avec l'employeur [Cass. soc., 7 févr. 2018, n° 16-24.834; Cass. soc., 14 févr. 2018, n° 16-22.360];
- la petite taille de l'entreprise et le rapport conflictuel entre les parties [Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 10-23.831].

→ **En revanche, la réintégration est jugée matériellement impossible :**

- lorsque le salarié avait été mis à la retraite après son éviction [Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-43.717] ou fait valoir ses droits à la retraite [Cass. soc., 9 juill. 2015, n° 14-12.834];
- en cas de cessation définitive de l'activité de l'entreprise [Cass. soc., 15 juin 2005, n° 03-48.094].

Indemnisation spécifique en cas de demande de réintégration

→ **Indemnisation égale au montant des salaires non perçus entre le licenciement et la réintégration.** Le salarié qui demande sa réintégration a droit à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licen-

ciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé.

REMARQUE

En revanche, les sommes que le salarié aurait dû percevoir au titre de l'intéressement et de la participation s'il n'avait pas été licencié ne constituent pas des salaires et doivent ainsi être exclues du calcul de l'indemnité d'éviction [Cass. soc., 1^{er} mars 2023, n° 21-16.008].

Il y a donc lieu de déduire du montant des salaires dus pour la période comprise entre la date du licenciement et celle de la réintégration effective du salarié, les salaires ou revenus de remplacement perçus pendant cette période (salaires versés par un autre employeur au titre d'une autre activité professionnelle, allocations de chômage, indemnités journalières de l'assurance maladie, etc.). Cette déduction ne s'applique toutefois pas dans certains cas : voir ci-dessous.

REMARQUE

En cas de licenciement nul, prononcé lors d'un arrêt de travail, le salaire à retenir pour calculer l'indemnité d'éviction est celui qu'aurait perçu le salarié s'il avait travaillé entre son licenciement et sa réintégration, au poste occupé avant la suspension de son contrat.

→ **Cette indemnisation couvre le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement.** Les salariés ne sont pas en droit de réclamer une indemnité supplémentaire liée à ce caractère illicite, sauf dans l'hypothèse où le salarié justifierait, en raison de circonstances brutales ou vexatoires, d'un préjudice distinct du licenciement lui-même [Cass. soc., 3 juill. 2003, n° 01-44.522].

→ **La période d'éviction.** Elle doit être assimilée à du temps travail effectif pour la détermination des droits à congés payés [Cass. soc., 1^{er} déc. 2021, n° 19-24.766].

→ **Demande de réintégration tardive.**

S'il apparaît que le salarié présente de façon abusive une demande de réintégration tardive, l'indemnité d'éviction doit être limitée à la somme correspondant aux salaires perdus entre la demande de réintégration et la réintégration effective [Cass. soc., 22 janv. 2020, n° 17-31.158].

→ **Indemnisation plus favorable au profit de certains salariés en raison de la violation d'un statut protecteur, d'un droit ou d'une liberté garantie par la Constitution.**

Peu importe que ces salariés aient ou non reçu des salaires ou un revenu de remplacement pendant cette période, ces dernières sommes n'ont pas à être déduites de l'indemnisation. Sont concernés par cette indemnisation plus favorable :

- les salariés protégés représentants du personnel [Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-47.623];
- les salariés grévistes [Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-20.527];
- le licenciement discriminatoire lié à l'état de santé du salarié [Cass. soc., 27 sept. 2023, n° 21-22.449];
- le licenciement discriminatoire lié à la pratique d'une activité syndicale [Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-16.434];
- le licenciement d'un salarié en violation de la liberté d'ester en justice [Cass. soc., 21 avr. 2022, n° 20-14.280];
- le licenciement prononcé à l'égard d'une salariée en raison de son état de grossesse [Cass. soc., 29 janv. 2020, n° 18-21.862].

REMARQUE

A contrario, ne justifie pas la non-déduction des revenus de remplacement perçus par le salarié entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration le licenciement annulé en violation :

- du principe de non-discrimination en raison de l'âge [Cass. soc., 15 nov. 2017, n° 16-14.281];

– de la protection spéciale des victimes d'accident du travail et de maladie professionnelle [Cass. soc., 16 oct. 2019, n° 17-31.624].

Lorsque le salarié ne demande pas sa réintégration ou que celle-ci est impossible, son indemnisation est différente

→ Le salarié a droit aux indemnités de rupture.

Le salarié a le droit de percevoir :

– l'indemnité légale, conventionnelle ou contractuelle de licenciement [C. trav., art. L. 1235-3-1];

– l'indemnité compensatrice de préavis [Cass. soc., 5 juin 2001, n° 99-41.186], même si le salarié n'a pas été en mesure de l'exécuter [Cass. soc., 28 sept. 2005, n° 03-48.009].

→ L'indemnité pour licenciement nul au moins égale à six mois de salaire.

Lorsque le licenciement d'un salarié est nul et que ce dernier ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Cette indemnisation s'applique quels que soient l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise [C. trav., art. L. 1235-3-1 et Cass. soc., 16 mars 2022, n° 21-18.033, dans cette affaire le salarié n'avait que deux mois d'ancienneté].

→ Le juge apprécie l'étendue du préjudice subi par le salarié.

Le juge apprécie l'étendue du préjudice subi par le salarié depuis le licenciement et peut prendre en compte dans son appréciation :

– les salaires dont le salarié a pu être privé, sans que celui-ci ait un droit automatique au paiement des salaires perdus depuis le licenciement [Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-42.283].

– l'ensemble des griefs invoqués dans la lettre de licenciement [C. trav., art. L. 1235-2-1].

REMARQUE

Autrement dit, en présence de plusieurs motifs de licenciement dont l'un est illicite, le juge peut :

– si les autres motifs de licenciement lui paraissent justifiés, minorer le montant de l'indemnité pour licenciement nul, dans la limite basse de six mois de salaire;

– à l'inverse, si à côté du motif illicite coexistait un autre motif ne constituant pas une cause réelle et sérieuse, le juge pourrait majorer l'indemnité allouée pour licenciement nul.

→ Rappel de salaire.

Le salarié a droit à un rappel de salaire pour la période couverte par la nullité en cas de licenciement :

– en violation des dispositions protectrices relatives à la grossesse, à la maternité, au congé de paternité et au congé d'adoption [C. trav., art. L. 1225-71 et L. 1235-3-1];

– en violation du statut protecteur des représentants du personnel [C. trav., art. L. 1235-3-1].

Remboursement des allocations de chômage en cas de licenciement nul

L'employeur peut être condamné à rembourser aux organismes intéressés tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage.

→ Remboursement par l'employeur pour certains cas de nullité unique-ment.

Le juge a la faculté d'ordonner cette condamnation pour les cas de nullité suivants :

– nullité du licenciement économique pour défaillance du plan de sauvegarde de l'emploi [C. trav., art. L. 1235-4];

– nullité du licenciement en raison d'une action en justice du salarié sur le fonde-

ment des dispositions relatives au principe de non-discrimination ou à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes [C. trav., art. L. 1235-4];

– nullité du licenciement lié à un traitement discriminatoire [C. trav., art. L. 1235-4];

– nullité du licenciement lié à des faits de harcèlement [C. trav., art. L. 1235-4];

– nullité du licenciement en raison de l'exercice normal du droit de grève [Cass. soc., 18 janv. 2023, n° 21-20.311].

→ **Remboursement par l'employeur pour certains salariés uniquement.** Le juge ne peut pas ordonner cette condamnation pour un salarié de moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise ou travaillant dans une entreprise employant habituellement moins de 11 salariés [C. trav., art. L. 1235-5].

→ **Remboursement systématique par l'employeur dans certains cas.** Le juge a l'obligation d'ordonner cette condamnation en cas d'annulation d'un licenciement lié à un traitement discriminatoire ou à des faits de harcèlement, y compris à l'égard des salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ou travaillant dans une entreprise de moins de 11 salariés [C. trav., art. L. 1235-4 et L. 1235-5].

→ **Remboursement par le salarié en principe interdit.** La nullité n'a pas pour

effet de priver rétroactivement le salarié du droit aux allocations de chômage versées par France Travail (qui remplace Pôle emploi) pendant la période comprise entre son licenciement et sa réintégration [Cass. soc., 11 mars 2009, n° 07-43.336].

Par exception, le salarié protégé dont le licenciement est nul, pour avoir été prononcé sans autorisation administrative, qui est réintégré et perçoit une indemnité équivalente au montant intégral de ses salaires entre son licenciement et sa réintégration, sans déduction des revenus qu'il a pu percevoir durant cette période, peut se voir réclamer par France Travail les allocations de chômage qu'elle lui a versées [Cass. soc., 19 nov. 2014, n° 13-23.643].

Prescription

L'action portant sur la rupture du contrat de travail se prescrit par 12 mois à compter de la notification de cette dernière [C. trav., art. L. 1471-1].

Transaction

Le salarié peut, une fois le licenciement prononcé et malgré sa nullité, renoncer à saisir le Conseil de prud'hommes et conclure avec l'employeur une transaction en vue de régler les conséquences pécuniaires de la rupture illégale du contrat de travail [Cass. soc., 5 févr. 2002, n° 99-45.861]. ■