

- Nullité du licenciement : causes et sanctions

Un licenciement peut être annulé pour des motifs strictement définis par la loi (licenciement discriminatoire, faits de harcèlement moral ou sexuel, violation d'une liberté fondamentale...). La nullité du licenciement permet d'écarter l'application du barème d'indemnisation prud'homale, notamment au profit d'une indemnité au moins égale à six mois de salaire. Elle obéit toutefois à des règles très strictes et les sanctions qu'elle engendre varient selon les causes de nullité.

Dossier réalisé par Florence Lefrançois, avocate au Barreau de Tours

La mise en place du barème d'indemnisation prud'homale conduit les plaideurs à développer des stratégies contentieuses visant soit à augmenter les demandes d'indemnisation par chef de préjudice, soit à rechercher la nullité du licenciement, ce qui permet d'écarter le plafonnement de l'indemnité et de bénéficier de l'indemnité plancher de six mois de salaire.

Le régime des nullités du licenciement obéit cependant à des règles strictes, le législateur encadrant désormais les différentes causes pouvant justifier la nullité du licenciement. En outre, la nullité du licenciement ouvre un droit d'option pour le salarié : celui-ci peut en effet choisir de demander à être réintégré, en bénéficiant des salaires dont il a été privé depuis son licenciement, ou préférer opter pour une indemnisation substitutive. Or, selon les cas de nullité, des règles spécifiques d'indemnisation s'appliquent, dont il est utile de pouvoir dresser l'inventaire.

1 Causes de nullité du licenciement

Les cas de nullité du licenciement sont désormais strictement encadrés par la loi, qui définit les situations dans lesquelles le juge peut prononcer la nullité du licenciement. Elles sont regroupées à l'article L. 1235-3-1 du Code du travail.

Il existe également des cas de nullité du licenciement propres au licenciement économique, prévus pour leur part à l'article L. 1235-10 du Code du travail(v. l'encadré page 4).

À NOTER Parmi les cas de nullité expressément cités par le législateur, figure la violation d'une liberté fondamentale. Compte tenu de cette consécration législative, issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, il n'existe plus à ce jour de cas de nullité de licenciement qui ne fasse pas l'objet d'un texte spécifique.

PRÉSENTATION DES MOTIFS PROHIBÉS

L'article L. 1235-3-1 du Code du travail liste l'ensemble des motifs prohibés justifiant que la nullité du licenciement soit prononcée :

- violation d'une liberté fondamentale ;
- faits de harcèlement moral ou sexuel ;
- licenciement discriminatoire ;
- licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes,

ou à une dénonciation de crimes et délits ;

- licenciement d'un salarié protégé en raison de l'exercice de son mandat ;
- licenciement d'un salarié en méconnaissance des règles protectrices de la parentalité, et de la législation protectrice des victimes d'accidents de travail et maladies professionnelles.

VIOLATION D'UNE LIBERTÉ FONDAMENTALE

La nullité du licenciement fondé sur la violation d'une liberté fondamentale est issue d'une construction jurisprudentielle. La Cour de cassation a ainsi sanctionné par la nullité un licenciement portant atteinte à la liberté d'expression (*Cass. soc.*, 28 avril 1988, n° 87-41.804). Elle a ensuite posé le principe suivant lequel, en l'absence de disposition légale prévoyant la nullité du licenciement, le juge ne pouvait prononcer la nullité d'un licenciement qu'en cas de violation d'une liberté fondamentale (*Cass. soc.*, 13 mars 2001, n° 99-45.735). C'est cette jurisprudence qui a été consacrée en introduisant à l'article L. 1235-3-1 du Code du travail la violation des libertés fondamentales au nombre des cas de nullité du licenciement.

Ces libertés fondamentales sont celles issues de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, du préambule de la Constitution de 1946, du préambule de la Constitution de 1958 et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Il s'agit de droits attachés à la personne, tels que le respect de la vie personnelle, la liberté religieuse, la liberté d'opinion, mais également de droits à caractère collectif tels que le droit de grève ou l'exercice du droit syndical. La chambre sociale de la Cour de cassation rappelle régulièrement les libertés relevant de la catégorie des libertés fondamentales :

- la liberté de choisir son domicile (*Cass. soc.*, 28 mars 2006, n° 04-41.016), jugeant toutefois que la mutation géographique imposée ne caractérisait pas pour autant une violation de cette liberté ;
- le secret des correspondances (*Cass. soc.*, 2 octobre 2001, n° 99-42.942) ;
- le droit d'agir en justice, qu'il s'agisse d'une action que le salarié a engagée (*Cass. soc.*, 3 février 2016, n° 14-18.600 ; *Cass. soc.*, 13 février 2019, n° 17-23.720) ou qu'il envisage d'engager (*Cass. soc.*, 21 novembre 2018, n° 17-11.122).

La liberté d'agir en justice a d'ailleurs donné lieu à une jurisprudence abondante ces dernières années, portant notamment sur le régime probatoire du lien entre le licenciement et la liberté fondamentale d'agir en justice :

- le lien peut être établi par la lettre de licenciement elle-même, lorsqu'elle vise l'action en justice du salarié. Il a même été reconnu que le licenciement fondé sur les faits non établis que le salarié aurait produit, devant le conseil de prud'hommes, des documents internes falsifiés et des attestations obtenues par abus de position hiérarchique, était affecté de nullité (*Cass. soc.*, 9 octobre 2019, n° 18-14.677) ;
- en l'absence de mention de l'action en justice dans la lettre, c'est en principe au salarié de démontrer que le licenciement a été prononcé en rétorsion à son action (*Cass. soc.*, 9 octobre 2019, n° 17-24.773). À moins que le licenciement soit dépourvu de cause réelle et sérieuse, ce qui fait dès lors peser sur l'employeur la charge de démontrer que le licenciement est justifié par des éléments étrangers à une quelconque mesure de rétorsion à l'action en justice engagée par le salarié (*Cass. soc.*, 5 décembre 2018, n° 17-17.687).

La Cour de cassation a, en revanche, expressément écarté de la liste des libertés fondamentales :

- la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail (*Cass. soc.*, 28 mai 2003, n° 02-40.273) ;
- le droit du salarié à une action de formation professionnelle (*Cass. soc.*, 5 mars 2014, n° 11-14.426) ;
- la restriction du droit de faire usage d'un titre ou d'un grade au temps et au lieu de travail (*Cass. soc.*, 23 avril 2013, n° 12-12.411).

HARCÈLEMENT SEXUEL OU MORAL

Des faits de harcèlement moral ou sexuel sont également une cause de nullité du licenciement.

Encourt ainsi la nullité le licenciement du salarié qui a subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement moral, mais également le licenciement du salarié qui a témoigné ou a relaté des faits de harcèlement moral (*C. trav., art. L. 1152-2 ; C. trav., art. L. 1152-3*).

Il en est de même du licenciement du salarié qui subit des faits de harcèlement sexuel, ou assimilés au harcèlement sexuel, ou refuse de les subir, ainsi que du licenciement du salarié qui témoigne ou relate des faits de harcèlement sexuel (*C. trav., art. L. 1153-1 à L. 1153-4*).

Protection de la victime

La nullité du licenciement est encourue lorsqu'il est démontré que le harcèlement est à l'origine du licenciement. La seule démonstration de l'existence d'une situation de harcèlement ne suffit pas, en revanche, à entraîner la nullité du licenciement, dès lors que le salarié n'établit pas le lien entre le harcèlement et le licenciement (*Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-24.178 ; Cass. soc., 10 juillet 2019, n° 18-10.560*).

Ainsi, un salarié dont l'inaptitude a pour origine le harcèlement moral qu'il a subi peut obtenir la nullité du licenciement prononcé du fait de cette inaptitude (*Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 07-45.321*). De même, un salarié licencié pour faute qui démontre que le comportement qui lui est reproché dans la lettre de licenciement est une réaction au harcèlement moral dont il a été victime, peut obtenir la nullité de son licenciement, peu important que lesdits faits soient justifiés (*Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-69.444 ; Cass. soc., 10 juillet 2019, n° 18-14.317*). Suivant le même raisonnement, est nul le licenciement prononcé du fait de l'absence prolongée d'un salarié, dès lors qu'il est prouvé que cette absence a pour origine le harcèlement moral subi par le salarié (*Cass. soc., 30 janvier 2019, n° 17-31.473*).

Un arrêt rendu en matière de harcèlement sexuel illustre toutefois l'interprétation large faite par les juges du lien entre le licenciement et le harcèlement : licenciée en raison de différentes fautes professionnelles, une salariée avait contesté la rupture en dénonçant à cette occasion le harcèlement sexuel qu'elle avait subi de la part de son employeur. Contestant la nullité du licenciement prononcée en raison du harcèlement sexuel subi, l'employeur soutenait, d'une part, que le licenciement était justifié par des fautes professionnelles de l'intéressée qui s'était d'ailleurs déjà vu notifier un avertissement, et, d'autre part, que la salariée ne démontrait pas le lien entre son licenciement et le harcèlement, qu'elle avait de surcroît dénoncé *a posteriori*. Cet argument a cependant été écarté par la Cour qui a jugé que la cour d'appel avait fait ressortir le lien entre les faits de harcèlement et le licenciement, en retenant que les circonstances établissaient les raisons pour lesquelles la salariée n'avait pas dénoncé le harcèlement qu'elle subissait tant qu'elle était en lien salarial, et que, lorsqu'elle avait évoqué avec lui ses propos, l'employeur lui avait répondu qu'elle devait « se décroincer » (*Cass. soc., 25 mars 2020, n° 18-23.682*).

Protection du témoin

Pour bénéficier de la protection, le témoin doit qualifier les faits qu'il dénonce de harcèlement : ainsi, dans une affaire où un salarié avait dénoncé auprès de son employeur être victime de « comportements abjects, déstabilisants et profondément injustes », avant d'être licencié en raison de cette dénonciation, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel d'avoir prononcé la nullité du licenciement, alors que le salarié n'avait pas formellement dénoncé des actes qualifiés de harcèlement moral (*Cass. soc., 13 septembre 2017, n° 15-23.045*).

Le témoin bénéficie par ailleurs de la protection, à condition de ne pas dénoncer de mauvaise foi des faits inexistantes de harcèlement (*Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-28.345*). La nullité du licenciement ne peut cependant être écartée qu'à la condition que l'employeur démontre la mauvaise foi du dénonciateur (*Cass. soc., 16 juin 2010, n° 09-40.065*). À cet

égard, la seule circonstance que les faits de harcèlement ne soient pas établis n'est pas suffisante à démontrer la mauvaise foi du salarié : il faut que le salarié ait connaissance de la fausseté des faits qu'il dénonce (*Cass. soc.*, 10 juin 2015, n° 13-25.554).

Le lien entre la dénonciation et le licenciement ne pose pas de difficulté lorsque la lettre de licenciement vise expressément cette dénonciation. La preuve est cependant plus délicate lorsque les motifs du licenciement sont sans lien avec la dénonciation. Il a cependant été reconnu qu'un **délai court** de deux semaines entre la **dénonciation** et le **licenciement** permet d'établir un lien de causalité justifiant que la nullité du licenciement soit prononcée (*Cass. soc.*, 16 juin 2016, n° 14-26.965).

DISCRIMINATION ET VIOLATION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

Tout licenciement dont il est démontré qu'il a un caractère discriminatoire encourt la nullité (*C. trav.*, art. L. 1132-4). La nullité protège également le témoin de discriminations, le salarié qui agit en justice et le lanceur d'alerte.

Les **règles probatoires** applicables aux discriminations bénéficient au **salarié** qui entend faire reconnaître le caractère discriminatoire de son licenciement : il doit ainsi **présenter des éléments de faits** laissant supposer l'existence d'une discrimination, auxquels l'**employeur répond en prouvant** que sa **décision est justifiée** par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. La Cour de cassation a ainsi jugé que laissait supposer l'existence d'une discrimination fondée sur l'état de santé la procédure de licenciement engagée huit jours après l'envoi par le salarié d'un courriel informant son employeur de ses difficultés de santé en relation avec ses conditions de travail et le fait que les griefs exposés à l'appui du licenciement étaient infondés (*Cass. soc.*, 5 février 2020, n° 18-22.399).

Motifs discriminatoires

Cette sanction couvre les différents motifs discriminatoires listés à l'article L. 1132-1 du Code du travail :

- l'origine,
- le sexe,
- les mœurs, l'orientation sexuelle,
- l'identité de genre,
- l'âge,
- la situation de famille ou la grossesse,
- les caractéristiques génétiques,
- la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur,
- l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race,
- les opinions politiques,
- les activités syndicales ou mutualistes,
- l'exercice d'un mandat électif local,
- les convictions religieuses,
- l'apparence physique,
- le nom de famille,
- le lieu de résidence ou la domiciliation bancaire,
- l'état de santé, la perte d'autonomie ou le handicap,

- la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.

Entrent également au nombre des motifs discriminatoires sanctionnés :

- l'exercice normal du droit de grève (*C. trav., art. L. 1132-2*) ;
- l'exercice de fonctions de juré ou de citoyen assesseur (*C. trav., art. L. 1132-3-1*) ;
- le fait de refuser, en raison de son orientation sexuelle, une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité (*C. trav., art. L. 1132-3-2*).

Protection du témoin

Comme en matière de harcèlement, la personne qui témoigne ou relate d'agissements discriminatoires bénéficie également de cette protection (*C. trav., art. L. 1132-3*). La jurisprudence développée précédemment sur la bonne foi dont doit être empreinte la dénonciation, ainsi que sur le lien entre la dénonciation et le licenciement, est ici transposable.

Protection du salarié agissant en justice

La nullité affecte également le licenciement faisant suite à une action en justice engagée par un salarié ou en faveur d'un salarié, sur le fondement des dispositions en matière de discrimination (*C. trav., art. L. 1134-4*) ou d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (*C. trav., art. L. 1235-3-1*). On peut relever, sur ce point, que l'article L. 1134-4 du Code du travail impose, pour que la nullité soit prononcée, que le salarié établisse que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de cette action en justice. Une formulation identique existe pour l'action en justice fondée sur le principe d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (*C. trav., art. L. 1144-3*). Ces exigences sont logiquement obsolètes, dans la mesure où, comme nous l'avons vu plus haut, de manière plus générale, l'atteinte à la liberté d'agir en justice constitue la violation d'une liberté fondamentale justifiant la nullité du licenciement.

Protection des lanceurs d'alerte

Le licenciement des lanceurs d'alerte encourt également la nullité. Sont à ce titre concernés :

- le salarié ayant relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions ;
- le salarié qui a signalé une alerte dans les conditions prévues par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (*C. trav., art. L. 1132-3-3*).

Un régime probatoire spécifique existe pour ces lanceurs d'alerte : comme en matière de discrimination, pour obtenir la nullité de leur licenciement, ils doivent présenter des éléments de faits qui permettent de présumer qu'ils ont relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, ou signalé une alerte en bonne et due forme. C'est alors à l'employeur de prouver que le licenciement prononcé est justifié par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé.

À NOTER De manière plus générale, le licenciement fondé sur la dénonciation de faits délictueux porte atteinte à la liberté d'expression, qui est une liberté fondamentale (Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557).

SALARIÉS PROTÉGÉS EN RAISON DE L'EXERCICE DE LEUR MANDAT

Les salariés titulaires des mandats visés à l'article L. 2411-1 du Code du travail bénéficient d'une protection contre le licenciement, qui donne lieu à une procédure spécifique : le licenciement doit en effet faire l'objet d'une autorisation administrative préalable.

Encourt en conséquence la nullité le licenciement d'un salarié protégé prononcé sans autorisation administrative, ou en

dépit d'un refus d'autorisation administrative : un tel licenciement constitue en effet une violation du statut protecteur (*Cass. soc.*, 10 mai 1999, n° 96-45.652 ; *Cass. soc.*, 10 octobre 2006, n° 04-47.623). Il en est de même si le licenciement est prononcé pour un motif autre que celui pour lequel il a été autorisé (*Cass. soc.*, 11 juin 2002, n° 00-41.073).

À NOTER En revanche, lorsque l'autorisation administrative accordée fait l'objet d'une annulation ultérieure, le licenciement n'est pas nul à proprement parler, et n'entre pas dans les cas visés à l'article L. 1235-3-1 du Code du travail, mais ouvre droit à la possibilité pour le salarié de demander sa réintégration, et de bénéficier d'une indemnisation couvrant le préjudice qu'il a subi entre son éviction et sa réintégration (*Cass. soc.*, 5 févr. 2002, n° 99-43.896 ; *C. trav.*, art. L. 2422-4). Si le salarié ne demande pas sa réintégration, il bénéficie d'une indemnité couvrant le préjudice subi entre son éviction et l'expiration d'un délai de deux mois suivant l'annulation définitive de l'autorisation administrative de licenciement (*C. trav.* ; art. L. 2422-4). Il a également la possibilité de contester son licenciement si celui-ci est dépourvu de cause réelle et sérieuse, voire de demander la nullité de son licenciement si celui-ci relève de l'un des cas de nullité visés à l'article L. 1235-3-1 du Code du travail.

VIOLATION DES RÈGLES PROTECTRICES DE LA PARENTALITÉ

La nullité affecte également les licenciements prononcés en violation des règles protectrices de la parentalité, à savoir (*C. trav.*, art. L. 1225-71) :

- hors période de suspension liée au congé de maternité, le licenciement d'une salariée enceinte qui n'est pas justifié par une faute grave non liée à l'état de grossesse, ou par l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement (*C. trav.*, art. L. 1225-4, al. 2) ;
- pendant les périodes de suspension au titre du congé de maternité et des congés payés pris immédiatement après ce congé, et pendant les dix semaines suivant l'expiration de ces périodes, tout licenciement, quelle qu'en soit la cause (*C. trav.*, art. L. 1225-4, al. 1^{er}) ;
- licenciement d'un salarié pendant les dix semaines suivant la naissance de son enfant, sauf faute grave de l'intéressé ou impossibilité de maintenir son contrat pour un motif étranger à l'arrivée de l'enfant (*C. trav.*, art. L. 1225-4-1).

Ces règles protectrices contre le licenciement s'appliquent également aux parents dont le contrat est suspendu par un congé d'adoption (*C. trav.*, art. L. 1225-38).

À NOTER L'article L. 1225-71 du Code du travail prévoit de manière large l'attribution d'une indemnité déterminée conformément aux dispositions de l'article L. 1235-3-1 du Code du travail, en cas d'inobservation des règles relatives à la protection de la grossesse, de la maternité, de la paternité, de l'adoption et de l'éducation des enfants.

VIOLATION DES RÈGLES PROTECTRICES DES VICTIMES D'ACCIDENTS DE TRAVAIL ET DE MALADIES PROFESSIONNELLES

Le salarié victime d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle bénéficie d'une protection contre le licenciement pendant les périodes de suspension de son contrat : le licenciement ne peut être prononcé que pour faute grave du salarié ou impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie (*C. trav.*, art. L. 1226-9).

Tout licenciement prononcé en violation de ces règles encourt la nullité (*C. trav.*, art. L. 1226-13).

À NOTER La protection ne s'applique pas en cas d'accident de trajet (*Cass. soc.*, 23 juin 1988, n° 86-42.310). Elle s'applique en revanche en cas de rechute (*Cass. soc.*, 23 mars 2004, n° 01-46.007).

2 Sanctions du licenciement nul

Lorsque le licenciement est nul, le salarié a la possibilité de demander sa réintégration au sein de l'entreprise. S'il ne le fait pas ou si la réintégration est impossible, il peut solliciter une indemnisation substitutive (*C. trav., art. L. 1235-3-1*).

Des indemnisations complémentaires spécifiques s'appliquent également selon les cas de nullité.

Par ailleurs, dans certains cas, le juge peut condamner l'employeur à rembourser à Pôle emploi les allocations chômage dont le salarié a bénéficié.

SALARIÉ DEMANDANT SA RÉINTÉGRATION

La première option s'ouvrant au salarié dont le licenciement est annulé est de solliciter sa réintégration au sein de l'entreprise.

Attention, il s'agit bien d'une option pour le salarié : celui-ci n'est donc pas tenu d'accepter la proposition de réintégration que l'employeur ou le juge formule (*Cass. soc., 13 novembre 1991, n° 88-42.486*). En revanche, si le salarié demande à être réintégré, sa réintégration est de droit et le juge doit l'ordonner, peu important que l'employeur s'y oppose (*Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-41.325*) ou que le juge estime qu'elle est « peu opportune » (*Cass. soc., 14 février 2018, n° 16-22.360*).

Cette réintégration s'accompagne, pour le salarié, d'une indemnisation visant à compenser les revenus perdus entre le licenciement et la réintégration effective.

Délai pour demander la réintégration

La loi ne fixe pas de délai spécial au salarié dont le licenciement est annulé pour demander sa réintégration. Sur la question du délai dans lequel le salarié sollicite sa réintégration, les décisions sont essentiellement rendues à propos de salariés protégés dont le licenciement a été prononcé en violation du statut protecteur : la Cour de cassation rappelle à ce titre qu'aucun délai n'est dans ce cas imparti au salarié protégé pour demander sa réintégration (*Cass. soc., 11 décembre 2001, n° 99-42.476*).

Cette absence de délai concerne cependant tous les cas de nullité de licenciement. Il a ainsi été reconnu qu'un salarié dont le licenciement a été annulé pour violation des règles protectrices des accidentés du travail pouvait attendre trois ans pour solliciter sa réintégration (*Cass. soc., 14 septembre 2016, n° 15-15.944*).

En revanche, si le délai pris pour demander la réintégration ne peut avoir pour effet de rendre la demande de réintégration irrecevable, on verra plus loin qu'il peut avoir une incidence sur le montant de l'indemnisation que le salarié réintégré perçoit.

À NOTER La loi ne prévoit un délai spécial pour demander la réintégration qu'en cas d'annulation d'une autorisation administrative de licenciement. Le salarié dispose en effet d'un délai de deux mois, à compter de la notification de la décision d'annulation pour demander à être réintégré dans son emploi ou dans un emploi équivalent (*C. trav., art. L. 2422-1*). Mais, comme nous l'avons vu précédemment, l'annulation de l'autorisation administrative de licenciement n'est pas un cas de nullité du licenciement visé par l'article L. 1235-3-1 du Code du travail.

Modalités de réintégration

L'article L. 1235-3-1 du Code du travail ne fait état que de la possibilité pour le salarié de demander la poursuite de l'exécution de son contrat de travail, sans préciser les modalités de réintégration.

Seul l'article L. 1226-15 du Code du travail prévoit, en cas de violation de la législation protectrice des victimes d'accident du travail, la possibilité pour le juge de proposer au salarié sa réintégration dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

La notion de réintégration a donc essentiellement été construite par la jurisprudence. Celle-ci pose le principe que le salarié dont le licenciement est nul a droit à être réintégré dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi

équivalent(Cass. soc., 15 octobre 2003, n° 01-44.503). La réintégration dans un emploi équivalent ne peut être envisagée qu'à la condition que l'emploi du salarié n'existe plus ou ne soit pas vacant. L'emploi équivalent doit alors être situé dans le même secteur géographique, présenter le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial (Cass. soc., 10 décembre 2003, n° 01-45.110).

Quant au périmètre au sein duquel s'exerce le droit de réintégration, il se limite à l'entreprise et n'est pas étendu au groupe auquel l'entreprise appartient (Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 07-41.845).

Il a toutefois été reconnu, pour un salarié protégé, la possibilité d'étendre le périmètre de réintégration à l'unité sociale et économique à laquelle l'entreprise appartenait (Cass. soc., 19 nov. 2008, n° 07-43.215).

À NOTER Pour les salariés protégés dont l'autorisation administrative de licenciement est annulée, l'article L. 2422-1 du Code du travail prévoit que la réintégration doit se faire dans leur emploi ou un emploi équivalent.

Impossibilité de réintégration

L'article L. 1235-3-1 du Code du travail exclut la réintégration lorsqu'elle est impossible. Cette notion d'impossibilité de réintégration est souvent débattue.

L'impossibilité de réintégration n'a pas été retenue et les arrêts d'appel cassés dans les cas suivants :

- s'agissant d'un salarié victime de harcèlement moral. La cour d'appel avait estimé qu'au moment du licenciement, la relation de travail était arrivée à un « point de non-retour ». Mais pour la Cour de cassation, les juges d'appel ayant prononcé la nullité du licenciement, « l'employeur était tenu de faire droit à la demande de réintégration du salarié » (Cass. soc., 14 février 2018, n° 16-22.360) ;
- une cour d'appel avait estimé que l'emploi du salarié n'était plus vacant et qu'il avait, compte tenu du temps écoulé, retrouvé un emploi (Cass. soc., 2 février 2005, n° 02-45.085) ;
- s'agissant d'une salariée dont le poste n'existait plus, dans la mesure où le service au sein duquel elle travaillait avait été externalisé auprès d'un prestataire, avait considéré la cour d'appel (Cass. soc., 14 septembre 2016, n° 15-15.944).

En revanche, a été jugée impossible la réintégration :

- de salariés ayant commis des actes de concurrence déloyale à l'encontre de leur ancien employeur (Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-46.479) ;
- d'un salarié victime de harcèlement moral qui conditionnait sa réintégration à l'éviction immédiate des salariés ayant commis des faits de harcèlement moral (Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-23.314) ;
- au sein d'une entreprise ayant fait l'objet d'une liquidation judiciaire(Cass. soc., 20 juin 2006, n° 05-44.256) ;
- d'un salarié ayant fait valoir ses droits à la retraite(Cass. soc., 13 février 2019, n° 16-25.764).

Indemnisation du salarié réintégré

Le salarié qui demande sa réintégration bénéficie d'une indemnité d'éviction, permettant de couvrir la période courant depuis la rupture effective de son contrat jusqu'à sa réintégration. Le calcul de l'indemnité d'éviction varie selon la cause de nullité du licenciement. Des règles spécifiques s'appliquent par ailleurs aux salariés protégés.

À NOTER Le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration ne peut pas prétendre au paiement de ses indemnités de rupture, celles-ci étant devenues sans objet (Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 10-15.905). L'employeur est donc logiquement en droit d'en demander le remboursement.

Cas général

En principe, l'indemnité d'éviction est une somme qui correspond à la réparation de la totalité du préjudice subi au

cours de la période qui s'est écoulée entre le licenciement et la réintégration, dans la limite du montant des salaires dont le salarié a été privé (*Cass. soc.*, 3 juillet 2003, n° 01-44.522 ; *Cass. soc.*, 16 octobre 2019, n° 17-31.624). Aussi convient-il de déduire du montant des salaires dont le salarié a été privé :

- les revenus professionnels perçus au cours de cette période (*Cass. soc.*, 14 février 2018, n° 16-22.360) ;
- les revenus de remplacement perçus (*Cass. soc.*, 14 décembre 2016, n° 14-21.325).

Si le salarié ne déduit pas spontanément ces revenus pour le calcul de l'indemnité d'éviction, l'employeur doit en formuler la demande : le juge n'opère pas la déduction d'office (*Cass. soc.*, 16 novembre 2011, n° 10-14.799).

L'indemnité d'éviction entre dans l'assiette des cotisations sociales (*Cass. soc.*, 16 octobre 2019, n° 17-31.624). En revanche, elle n'ouvre pas droit à congés payés (*Cass. soc.*, 11 mai 2017, n° 15-19.731).

À NOTER S'il apparaît que le salarié présente de façon abusive une demande de réintégration tardive, la Cour de cassation reconnaît que l'indemnité d'éviction doit dans ce cas 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).

Violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnelle

Par exception, lorsque la nullité du licenciement est prononcée du fait de la violation d'un droit ou d'une liberté de valeur constitutionnelle, l'indemnité d'éviction est forfaitaire et ne peut subir de déduction au titre des revenus que le salarié a perçus entre-temps.

Cela a été reconnu pour les licenciements dont la nullité a été prononcée pour :

- discrimination du fait de l'état de santé (*Cass. soc.*, 11 juillet 2012, n° 10-15.905) ;
- discrimination en raison de l'activité syndicale (*Cass. soc.*, 9 juillet 2014, n° 13-16.434) ;
- atteinte au droit de grève (*Cass. soc.*, 2 février 2006, n° 03-47.481) ;
- discrimination liée à l'état de grossesse (*Cass. soc.*, 29 janvier 2020, n° 18-21.862) ;
- violation de la liberté d'agir en justice (*Cass. soc.*, 21 novembre 2018, n° 17-11.122).

À NOTER Le seul fait que le licenciement ait un caractère discriminatoire n'est pas suffisant pour appliquer l'indemnisation forfaitaire : la violation d'une liberté fondamentale à valeur constitutionnelle doit être caractérisée, ce qui n'est pas le cas de la discrimination fondée sur l'âge (*Cass. soc.*, 15 novembre 2017, n° 16-14.281).

Cas des salariés protégés

Un salarié protégé dont le licenciement a été prononcé sans autorisation administrative de licenciement, est en droit de percevoir, lorsqu'il demande sa réintégration, une indemnité au titre de la méconnaissance de son statut protecteur égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçue entre son éviction et sa réintégration effective, sans que puissent être déduites les sommes qu'il a perçues au cours de cette période (*Cass. soc.*, 3 mai 2001, n° 99-43.815). Cette indemnité est forfaitaire et n'ouvre pas droit à congés payés (*Cass. soc.*, 30 juin 2016, n° 15-12.984).

Quelques tempéraments ont été apportés au calcul de cette indemnité, compte tenu du délai pouvant s'écouler entre le licenciement et la réintégration :

- la Cour de cassation pose ainsi le principe que le salarié doit demander sa réintégration pendant la période de protection pour pouvoir prétendre, au titre de la méconnaissance du statut protecteur, à une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait perçue depuis la date de son éviction jusqu'à sa réintégration ;
- elle précise cependant que cette indemnité est également due si la demande de réintégration est formulée postérieurement à l'expiration de la période de protection, à condition que ce soit pour des raisons non imputables au

salarié ;

- si toutefois, le salarié tarde abusivement à demander sa réintégration, son indemnité doit être égale à la rémunération qu'il aurait perçue du jour de sa demande de réintégration jusqu'à celui de sa réintégration effective (*Cass. soc.*, 7 novembre 2018, n° 17-14.716 ; *Cass. soc.*, 10 juillet 2019, n° 18-13.933).

À NOTER Quant aux salariés protégés ayant obtenu l'annulation de l'autorisation administrative de licenciement, outre la réintégration, ils bénéficient d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre leur licenciement et l'expiration du délai de deux mois dont ils disposent pour demander leur réintégration (*C. trav.*, art. L. 2422-4). Cette indemnité compense les salaires perdus : il faut donc en déduire les revenus que le salarié a pu percevoir au cours de cette période (*Cass. soc.*, 14 février 2007, n° 05-43.696). Constituant un complément de salaire, elle donne lieu au versement des cotisations sociales -salariales (*C. trav.*, art. L. 2422-4 ; *Cass. soc.*, 23 octobre 2019, n° 18-19.037).

INDEMNISATION DU SALARIÉ QUI NE DEMANDE PAS SA RÉINTÉGRATION

Lorsque le salarié ne demande pas sa réintégration, ou que sa réintégration est impossible, il bénéficie d'une indemnisation spécifique (*C. trav.*, art. L. 1235-3-1).

Indemnité pour licenciement nul

Le salarié qui ne demande pas sa réintégration peut obtenir la condamnation de l'employeur à lui verser une indemnité dont le montant ne peut être inférieur aux salaires des six derniers mois (*C. trav.*, art. L. 1235-3-1). Peu important son ancienneté et l'effectif de l'entreprise.

L'indemnité est évaluée par le juge, en fonction du préjudice subi du fait du caractère illicite du licenciement, sans pouvoir être inférieure à six mois de salaire.

Le juge n'a pas à prendre en compte l'indemnité légale, conventionnelle ou contractuelle de licenciement dont le salarié a bénéficié. Il ne prend pas non plus en compte l'indemnité pour violation du statut protecteur versée aux salariés protégés licenciés sans autorisation administrative de licenciement, ou l'indemnité correspondant aux salaires couvrant la période couverte par la nullité en cas de violation des règles protectrices de la maternité (*C. trav.*, art. L. 1235-3-1).

Spécificités applicables aux salariés protégés

En plus de l'indemnité pour licenciement nul visée à l'article L. 1235-3-1 du Code du travail, les salariés protégés licenciés sans autorisation administrative bénéficient d'une indemnité pour violation du statut protecteur égale à la rémunération qu'ils auraient perçue de la date du licenciement illégal jusqu'à l'expiration de la période de protection en cours au moment de leur licenciement (*Cass. soc.*, 15 novembre 1994, n° 91-43.976).

Cette indemnité est cependant plafonnée en fonction du mandat du salarié protégé :

- 30 mois pour les membres du CSE (*Cass. soc.*, 15 avril 2015, n° 13-24.182), ce qui inclut le représentant syndical au CSE ;
- 30 mois pour le représentant de section syndicale, dont la durée du mandat dépend du cycle électoral (*Cass. soc.*, 15 mai 2019, n° 18-11.036) ;
- 12 mois pour le délégué syndical (*Cass. soc.*, 6 juin 2000, n° 98-40.387).

Le plafond de 30 mois s'applique également aux conseillers prud'homaux (*Cass. soc.*, 3 février 2016, n° 14-17.000) et au conseiller du salarié (*Cass. soc.*, 30 juin 2016, n° 15-12.982).

À NOTER Pour les salariés protégés dont l'autorisation de licenciement a fait l'objet d'une annulation, et qui ne

demandent pas leur réintégration, les dispositions de l'article L. 1235-3-1 du Code du travail ne s'appliquent pas : le salarié ne peut donc prétendre à une indemnité au moins égale à six mois de salaire du seul fait de l'annulation de l'autorisation administrative de licenciement. L'article L. 2422-4 du Code du travail prévoit en revanche que le salarié bénéficie d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et l'expiration du délai de deux mois dont il dispose pour demander sa réintégration (C. trav., art. L. 2422-4). Les modalités de calcul de cette indemnité sont identiques à celles prévues pour les salariés ayant demandé leur réintégration. Il bénéficie en outre, des indemnités de rupture, s'il n'en a pas bénéficié au moment du licenciement, et de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse s'il est établi que son licenciement était, au moment où il a été prononcé, dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 5 février. 2002, n° 99-43.896).

Spécificités en cas de violation des règles protectrices de la maternité

Lorsque le licenciement d'une salariée enceinte ou ayant accouché est nul, car notifié pendant une période de protection, la salariée perçoit, en plus de l'indemnité pour licenciement nul égal à au moins six mois de salaires, le montant du salaire qu'elle aurait perçu pendant la période couverte par la nullité (C. trav., art. L. 1235-3-1).

La période couverte par la nullité correspond à la période entre la date de licenciement effectif et la date d'expiration du congé de maternité augmenté de dix semaines. L'employeur doit verser à la salariée les salaires qu'elle aurait dû percevoir au cours de cette période, sans pouvoir en déduire les indemnités journalières de sécurité sociale que l'intéressée a perçues (Cass. soc., 10 avril 1991, n° 89-42.751), ou les revenus de remplacement (Cass. soc., 10 novembre 1993, n° 89-42.302).

Cette indemnisation se cumule avec les indemnités de rupture et les dommages-intérêts au titre de la nullité du licenciement (Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-24.824).

Indemnisation du licenciement nul pour -violation d'une liberté fondamentale

L'article L. 1235-2-1 du Code du travail réserve le cas spécifique dans lequel la lettre de licenciement comporte plusieurs motifs dont l'un porte atteinte à une liberté fondamentale. Cette violation d'une liberté fondamentale a pour effet de rendre le licenciement nul.

Toutefois, une nuance est apportée dans l'évaluation que le juge peut faire des dommages-intérêts qu'il accorde au salarié, en application de l'article L. 1235-3-1 du Code du travail : s'il est tenu par le plancher des six derniers mois de salaire, il doit en revanche examiner les autres griefs mentionnés dans la lettre de licenciement et vérifier s'ils sont ou non fondés. Il doit ensuite tenir compte de cette appréciation dans l'évaluation qu'il fait de l'indemnité qu'il accorde au salarié.

REMBOURSEMENT DES ALLOCATIONS DE CHÔMAGE

Lorsque le juge prononce la nullité du licenciement, il peut également ordonner à l'employeur de rembourser à Pôle Emploi tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié entre le jour de son licenciement et le jour du jugement, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage (C. trav., art. L. 1235-4).

Ce remboursement ne peut cependant être ordonné que si la nullité a été prononcée au motif que le licenciement :

- est discriminatoire ;
- a pour cause une action en justice engagée par le salarié sur le fondement du principe de non-discrimination ou du principe d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- est prononcé en méconnaissance des règles relatives au harcèlement moral et au harcèlement sexuel.

Il ne peut être ordonné si la nullité du licenciement est prononcée pour une autre cause.

Le remboursement des allocations de chômage peut être ordonné, même si le salarié a moins de deux ans d'ancienneté

ou si l'entreprise emploie moins de 11 salariés : l'article L. 1235-5 du Code du travail n'exclut en effet l'application de l'article L. 1235-4 pour ces salariés qu'en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou en cas de nullité du licenciement pour motif économique.

CAS DE NULLITÉS PROPRES AU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE Hormis les cas de nullité visés par l'article L. 1235-3-1 du Code du travail, des cas de nullité sont propres au licenciement pour motif économique, et plus précisément aux licenciements prononcés lorsque l'entreprise, employant au moins 50 salariés, est soumise à l'obligation de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi.

Encourt la nullité :

- le licenciement qui est notifié en l'absence de décision relative à la validation ou à l'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi, ou en cas de refus de validation ou d'homologation ;
- le licenciement qui a été notifié, lorsque la décision de validation ou d'homologation fait l'objet d'une annulation fondée sur une absence ou une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi (*C. trav., art. L. 1235-10*).

Le juge peut dans ces cas prononcer la nullité du licenciement :

- et ordonner la réintégration du salarié s'il le demande, sauf si la réintégration est impossible, notamment en cas de fermeture de l'établissement ou en cas d'absence d'emploi disponible ;
- ou, si le salarié ne demande pas sa réintégration ou si celle-ci est impossible, condamner l'employeur à verser au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois (*C. trav., art. L. 1235-11*).

Attention, par exception, ces cas de nullité ne s'appliquent pas lorsque l'entreprise fait l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Ils ne s'appliquent pas non plus aux salariés de moins de deux ans d'ancienneté (*C. trav., art. L. 1235-14*).

La nullité peut également être prononcée si la notification du licenciement intervient avant la notification de la décision d'homologation ou de validation administrative, ou avant l'expiration des délais de 15 ou 21 jours à l'issue desquels le silence gardé par l'administration vaut validation ou homologation de l'accord ou du document unilatéral fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (*C. trav., art. L. 1233-39*).

Remarques : l'annulation de la décision de validation ou d'homologation administrative pour un motif autre que l'insuffisance ou l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi ouvre droit, pour le salarié, à un droit à réintégration ou, à défaut, à une indemnité au moins égale aux salaires des six derniers mois (*C. trav., art. L. 1235-16*). Par exception, si cette annulation résulte d'une insuffisance de motivation, l'administration peut prendre une nouvelle décision suffisamment motivée dans les 15 jours de la notification de l'annulation : les licenciements notifiés restent valides et ne donnent lieu ni à réintégration, ni au versement d'une indemnité à la charge de l'employeur.]