

Recul sur le motif de licenciement contaminant : quand l'État se fait complice de la violation des libertés fondamentales

par David Van Der Vlist, avocat au Barreau de Paris

PLAN

I. Une disposition posant d'importantes difficultés quant à sa mise en œuvre

A. Une incertitude quant aux licenciements concernés

B. Une incertitude quant aux griefs invocables

II. Une responsabilité civile du salarié à l'occasion de son licenciement, qui pose des problèmes de principe

A. La violation d'une liberté fondamentale, prétexte à l'engagement dérogatoire de la responsabilité du salarié

B. Une rupture d'égalité entre deux modes de réparation, en cas d'impossibilité de réintégration

Rien n'aura été épargné pour faciliter les licenciements et sécuriser la violation efficace de la loi : possibilité de justifier un licenciement *a posteriori*, plafonnement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse écartant tout risque de contentieux en cas de faible ancienneté et plancher divisé par deux...

Moins dénoncé dans la presse généraliste, l'article 4 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, crée un article L. 1235-2-1 du Code du travail prévoyant qu' « en cas de pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs reprochés au salarié porte atteinte à une liberté fondamentale, la nullité encourue de la rupture ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs énoncés, pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation qu'il fait de l'indemnité à allouer au salarié, sans préjudice des dispositions de l'article L. 1235-3-1 ».

Jusqu'à présent, la Cour de cassation considérait que la seule circonstance que l'employeur fonde, en tout ou partie, un licenciement sur un motif nul a un effet contaminant, de sorte qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur les autres griefs énoncés (1). Cette jurisprudence fait l'objet d'une remise en cause insidieuse. D'un côté, le principe est maintenu : la nullité est toujours encourue lorsque l'un des griefs viole une liberté fondamentale. Le salarié, en application des dispositions de l'article L. 1235-3-1 du Code du travail, conserve son droit à réintégration et, à défaut ou en cas d'impossibilité, dispose d'une indemnisation non-plafonnée d'un minimum de 6 mois. De l'autre, on limite les effets de la nullité, en prévoyant expressément que les autres griefs peuvent venir limiter l'indemnisation du salarié, dans la limite du plancher de 6 mois. Cette disposition soulève des interrogations, tant dans sa mise en œuvre que dans son principe.

I. Une disposition posant d'importantes difficultés quant à sa mise en œuvre

À la lecture de l'article L. 1235-2-1 du Code du travail, on peine à savoir précisément quels sont les licenciements concernés par ce régime de partage de responsabilité, le type de griefs susceptibles d'être pris en compte et les modalités de leur prise en compte dans l'indemnisation.

A. Une incertitude quant aux licenciements concernés

L'article L. 1235-2-1 du Code du travail précité vise l'hypothèse d'une « pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs reprochés au salarié porte atteinte à une liberté fondamentale ».

(1) V. not. : Cass. Soc. 8 juillet 2009, n° 08-40.139 pour une lettre de licenciement visant entre autres griefs l'exercice du droit de grève ; Cass. Soc. 26 septembre 2007, n° 06-40.039 pour une lettre visant entre autres griefs le fait d'avoir dénoncé des mauvais traitements ou privation infligés à une personne accueillie dans un établissement ou service social ou médico-social ; Cass. Soc.

13 février 2013, n° 11-28.339 pour une lettre de licenciement visant entre autres griefs des faits de harcèlement ; 8 février 2017, n° 15-28.085 pour une lettre de licenciement visant entre autres griefs la saisine du conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire ; Cass. Soc. 2 juin 2010, n° 08-40.628 : pour un grief lié à l'activité syndicale.

Le champ de cette disposition paraît circonscrit. En effet, il semble que seul le licenciement exclusivement fondé sur la violation d'une liberté fondamentale soit concerné, à l'exclusion des motifs légaux de nullité.

L'article L. 1235-3-1 du Code du travail distingue ainsi les nullités « *afférentes à la violation d'une liberté fondamentale* » de celles liées à « *des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4, à un licenciement discriminatoire dans les conditions prévues aux articles L. 1134-4 et L. 1132-4 ou consécutif à une action en justice, en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans les conditions mentionnées à l'article L. 1144-3 et en cas de dénonciation de crimes et délits, ou à l'exercice d'un mandat par un salarié protégé mentionné au chapitre 1^{er} du titre 1^{er} du livre IV de la deuxième partie, ainsi qu'aux protections dont bénéficient certains salariés en application des articles L. 1225-71 et L. 1226-13* ».

À première vue, seuls les motifs jurisprudentiels de nullité, liés à la violation d'une liberté fondamentale, seraient donc concernés, à l'exclusion des motifs légaux. Une incertitude demeure néanmoins quant à un motif légal de nullité, opportunément oublié : la protection du droit de grève mentionnée à l'article L. 2511-1 du Code du travail.

Cependant, il semble, au regard de l'économie générale du texte, qu'un partage de responsabilité doive être exclu. D'autant que l'exercice du droit de grève est rattachable à la liberté syndicale, protégée par la législation relative à la discrimination.

Cela étant, ce questionnement démontre une certaine absurdité du texte : le droit des discriminations vise à protéger à la fois des droits fondamentaux (la dignité, le droit à l'égalité en dépit de différences physiques, sociales, d'origine, ...), mais aussi des libertés fondamentales (liberté de mœurs, liberté matrimoniale, liberté politique, liberté syndicale, mutualiste, liberté religieuse, liberté de domiciliation bancaire...).

La protection directe des droits et libertés fondamentales serait moins bien assurée que leur protection indirecte par le biais des discriminations. Seul problème : certaines libertés fondamentales ne sont pas appréhendées par la législation relative aux discriminations.

Le Gouvernement vient ainsi de créer une hiérarchie entre libertés fondamentales, les unes écartant tout

partage de responsabilité en cas de licenciement y portant atteinte, à la différence des autres.

L'on peine à voir la gradation justifiant une telle différence de traitement. La liberté d'agir en justice, au fondement même de l'État de droit, vaut-elle moins que la liberté de domiciliation bancaire ? La liberté mutualiste est-elle supérieure à la liberté d'association ?

B. Une incertitude quant aux griefs invocables

Le nouvel article L. 1235-2-1 du Code du travail prévoit que le juge doit « *examiner l'ensemble des griefs énoncés, pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation qu'il fait de l'indemnité à allouer au salarié* ». Ce texte interroge sur la nature des griefs susceptibles d'influer sur l'indemnité à allouer au salarié et les modalités de prise en compte de ceux-ci.

À titre liminaire, il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que le principe constitutionnel d'égalité « *ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* » (2).

En l'espèce, l'objet de la loi est l'indemnisation du préjudice résultant d'un licenciement. Il est donc loisible au législateur de créer une gradation dans l'indemnisation du salarié en fonction de la gravité du manquement de l'employeur, en prévoyant une meilleure indemnisation des salariés dont le licenciement intervient en violation d'une liberté fondamentale.

En revanche, serait sans lien direct avec l'objet de la loi un mécanisme d'indemnisation inversement proportionnel à la gravité du manquement. En effet, rien ne peut justifier qu'un manquement d'une gravité plus importante aboutisse à une indemnisation plus faible. Ainsi, le législateur ne peut prévoir un mécanisme susceptible de restreindre l'indemnisation du salarié du fait de la violation d'une liberté fondamentale par l'employeur sans méconnaître le principe constitutionnelle d'égalité.

Les dispositions constitutionnelles et conventionnelles protégeant les libertés fondamentales s'opposent également à ce que leurs violations puissent conduire à une indemnisation moins

(2) Décision n°2011-216 QPC du 3 février 2012, *M. Franck S. (Désignation du représentant syndical au comité d'entreprise)*, cons. 3.

favorable à celle de droit commun. En effet, le législateur sanctionnerait alors, à son tour, l'exercice de libertés fondamentales en restreignant l'indemnisation, ce qui serait directement attentatoire à ces libertés

C'est à la lumière de ces exigences que les juridictions devront interpréter l'article L. 1235-2-1 du Code du travail pour s'assurer qu'aucun salarié, victime d'un licenciement intervenant en violation d'une liberté fondamentale, ne puisse être moins bien indemnisé qu'un salarié victime d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, sauf à rendre cette disposition anticonstitutionnelle et anticonventionnelle.

1. En l'espèce, l'article L. 1235-3-1 du Code du travail crée un régime de droit commun plus favorable en matière de licenciement nul

L'indemnisation du salarié est d'au moins 6 mois et est dépourvue de plafond. En revanche, en droit commun, seuls les griefs individuellement ou globalement susceptibles de fonder un licenciement peuvent être pris en compte et avoir une répercussion sur la situation du salarié (en le privant d'indemnisation).

Les exigences précitées devraient conduire à exiger que seuls les griefs susceptibles de fonder un licenciement soient pris en compte, écartant notamment les « *fautes légères* ».

En effet, dans le cas contraire, là où un salarié faisant l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse pourrait voir son préjudice intégralement réparé (préjudice inférieur au plafond, à titre d'exemple un préjudice évalué à 7 mois avec 7 ans d'ancienneté), en dépit de griefs insuffisants (retard isolé, absence justifiée tardivement...), un salarié licencié en violation d'une liberté fondamentale pourrait être moins indemnisé (indemnisation devant initialement être fixée à 7 mois réduite par l'imputation de fautes légères sur l'indemnisation).

2. Une même analyse devrait être retenue s'agissant du caractère réel du motif invoqué

En droit commun, le juge doit contrôler la réalité du motif invoqué par l'employeur et, au besoin, restituer au licenciement son véritable motif. Les griefs invoqués dans la lettre de licenciement, fussent-ils fondés, ne peuvent justifier un licenciement s'ils ne constituent pas le véritable motif de licenciement (3). Cette jurisprudence impose une approche subjective

du licenciement pour contrôler ce qui a déterminé l'employeur à licencier, à l'exclusion d'ajouts prétextes, visant à étoffer ou dissimuler le véritable motif.

Là encore, la prise en compte de motifs « *prétextes* » pour réduire l'indemnisation d'un salarié licencié en violation d'une liberté fondamentale pourrait avoir pour conséquence un traitement moins favorable... Cette problématique risque d'être l'une des principales difficultés dans la mise en œuvre de cette disposition. En effet, le caractère contaminant du motif violant une liberté fondamentale était fondé, outre sur la gravité du manquement de l'employeur, sur le fait qu'il était, la plupart du temps, déterminant dans la volonté de procéder au licenciement.

Il arrive fréquemment qu'une demande de paiement d'heures supplémentaires conduite l'employeur à licencier – parfois avec mise à pied pour tenter d'entraver la constitution du dossier – en invoquant des manquements plus ou moins fictifs (utilisation connue de longue date d'un véhicule de service à des fins personnelles, retards...), ou encore une insuffisance professionnelle (une insatisfaction antérieure devenant motif de licenciement). Il n'en reste pas moins que le véritable motif, déclencheur du licenciement, est l'usage par le salarié de sa liberté d'expression et la perspective d'une saisine par lui des juridictions. Il serait donc nécessaire de contrôler si l'employeur aurait déclenché une procédure de licenciement sans le motif venant sanctionner l'exercice d'une liberté fondamentale par le salarié et, dans l'affirmative, de contrôler le bien-fondé des griefs restant et, seulement s'ils sont suffisants pour fonder un licenciement, d'en tenir compte.

3. Se pose alors la question des modalités de prise en compte des griefs dans l'indemnisation à opérer

Il est certain que l'indemnisation ne peut être réduite en deçà du plancher de 6 mois, mais, au-delà de cette question, quelle approche opérer ? Faut-il considérer, si les autres griefs sont suffisants à eux seuls pour justifier un licenciement (sous les réserves précédentes), qu'aucune indemnisation ne devrait intervenir au-delà du plancher ? À l'inverse, doit-on tenir compte de l'éventuel préjudice subi par l'employeur du fait des griefs invoqués ? Peut-on seulement en tenir compte. Un salarié pourrait-il être contraint d'indemniser l'employeur en raison de la désorganisation provoquée par ses problèmes de santé ? Ou faut-il considérer que l'employeur a tenu

(3) V. not. Cass. Soc. 24 avril 2003, n°00-46.375 et Cass. Soc. 28 avril 2011, n°10-12.181.

la violation d'une liberté fondamentale comme déterminante dans sa volonté de licencier, de sorte que l'amputation devrait être marginale ? Doit-on entrer dans sa subjectivité pour déterminer la part respective des différents griefs dans sa décision, en vue d'opérer un partage similaire ? Le peut-on vraiment ?

Il semble que, sur ces questions, les rédacteurs aient entendu laisser le soin au juge d'utiliser la technique hautement juridique dite du « *doigt mouillé* », dans un arbitraire le plus total. Au-delà de ces questions, le nouvel article L. 1235-2-1 du Code du travail pose des questions de principe.

II. Une responsabilité civile du salarié à l'occasion de son licenciement, qui pose des problèmes de principe

A. La violation d'une liberté fondamentale, prétexte à l'engagement dérogatoire de la responsabilité du salarié

Le Gouvernement introduit une notion de partage de responsabilité inexistante à ce jour en droit du travail, puisque les « autres » griefs énoncés par l'employeur sont susceptibles de diminuer l'indemnisation du salarié.

Jusqu'à présent, la seule hypothèse dans laquelle un salarié engageait sa responsabilité est l'existence d'une faute lourde, caractérisée par une volonté de nuire à l'employeur. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler récemment en cassant un arrêt d'appel retenant le bien-fondé d'un licenciement pour faute grave, assorti d'une condamnation du salarié à verser à l'employeur des dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail, pour avoir conduit un poids lourds sans permis, au visa du « *principe selon lequel la responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde* » (4).

Ce raisonnement fait obstacle à tout partage de responsabilité entre employeur et salarié de nature à réduire l'indemnisation de ce dernier, en cas de manquement « *partagé* ». Ainsi, un salarié acceptant un travail dissimulé, des heures supplémentaires non rémunérées, un travail dominical illicite ne voit pas son indemnisation réduite.

Désormais, de façon dérogatoire, les éventuels manquements du salarié sont susceptibles de venir limiter son indemnisation, à l'occasion de la violation d'une liberté fondamentale. Cette disposition pose un problème de conformité par rapport aux dispositions constitutionnelles et conventionnelles protégeant les libertés fondamentales. En effet, c'est la violation de la liberté fondamentale par l'employeur

qui permet alors de déroger au principe selon lequel la responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que d'une faute lourde. Par ricochet, le législateur vient ainsi pénaliser le salarié victime d'une violation d'une liberté fondamentale. Ce faisant, il porte atteinte à son tour aux libertés fondamentales.

De même, on peut s'interroger sur la compatibilité de cette disposition à la CEDH lorsque les libertés fondamentales violées sont protégées par la Convention. En effet, dans une décision *E.B. c. FRANCE*, la Cour avait estimé, s'agissant d'un refus d'adoption fondé sur plusieurs motifs dont l'orientation sexuelle que « *le caractère illégitime de l'un des motifs a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision* » (5). Dans cette mesure, le fait de laisser les autres griefs « contaminés » de la lettre de licenciement, produire des effets juridiques en limitant l'indemnisation du salarié semble contraire à cette décision

B. Une rupture d'égalité entre deux modes de réparation, en cas d'impossibilité de réintégration

Dans le régime antérieur, la nullité du licenciement ouvrait droit à deux régimes de réparation : la réintégration et l'indemnisation.

Le salarié pouvait ainsi opter entre :

- une réparation en nature, se traduisant par le versement des salaires dont il avait été privé et un retour dans son ancien emploi ou, à défaut, dans un emploi de niveau équivalent ;
- une réparation indemnitaire, d'un montant au moins égal à l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse de 6 mois de salaire, l'indemnisation de la rupture d'un contrat en violation d'une liberté fondamentale ne pouvant aboutir à une indemnité inférieure au droit commun.

(4) Cass. Soc. 25 janvier 2017, n°14-26.071, FS-PB, cet arrêt est également intéressant puisqu'il précise que l'employeur est tenu par la qualification donnée aux agissements reprochés dans la lettre de licenciement.

(5) CEDH, Grande Chambre, 22 janvier 2008, 43546/02, point 80.

Ces deux modes d'indemnisation avaient en commun de reposer sur le principe d'une réparation intégrale, quels que soient les autres griefs invoqués par l'employeur. Dans l'hypothèse où la réintégration était matériellement impossible, le salarié ne pouvait bénéficier que d'une indemnisation.

Les dispositions issues du nouvel article L. 1235-3-1 du Code du travail maintiennent une telle dualité, mais prévoient que seule la réparation indemnitaire est minorée, si les autres griefs formulés par l'employeur sont fondés. Si la réintégration est possible, le droit à une réparation intégrale n'est pas atteint dans sa substance, le salarié pouvant toujours opter pour une réintégration, réparation intégrale en nature. Cependant, s'il opte pour une réparation indemnitaire, celle-ci ne sera pas nécessairement intégrale puisqu'elle pourra être minorée par les autres griefs invoqués par l'employeur.

En revanche, le problème se pose s'agissant du salarié privé de possibilité de réintégration, en l'absence de poste disponible. Dans ce cas, le salarié ne pouvant bénéficier que d'une indemnisation, les autres griefs invoqués par l'employeur devront nécessairement être pris en compte dans la réparation de son préjudice. **Il est donc privé du droit à une réparation intégrale, à la différence du salarié réintégré.**

Une telle rupture d'égalité ne peut s'expliquer par une différence de situation. En effet on apprécie l'identité de situation au regard de « l'objet de la loi » (6). S'agissant du droit à réintégration, il ne fait pas débat qu'au regard de l'objet de la loi, son impossibilité d'y procéder place les salariés dans une situation différente, justifiant un traitement différent.

En revanche, s'agissant de l'étendue de la réparation, l'impossibilité d'être réintégré est sans lien avec la limitation de l'indemnisation par la prise en compte des autres griefs invoqués par l'employeur. En d'autres termes, salariés réintégrables et non réintégrables sont dans une situation différente concernant les modalités de réparation de leur préjudice, mais dans une même situation au regard de l'étendue de leur droit à réparation.

L'article L. 1235-3-1 du Code du travail viole donc le principe d'égalité, en privant les seuls salariés non réintégrables du droit à une réparation intégrale, quels que soient les autres griefs invoqués.

* * *

En définitive, le constat est celui d'une disposition rédigée sans réflexion, dont la constitutionnalité et la conventionnalité sont douteuses et dont les modalités de mise en œuvre n'ont manifestement pas été pensées.

Plus qu'une règle de droit, il s'agit d'offrir un fondement juridique aux conseillers prud'hommes et magistrats désireux de raboter l'indemnisation des salariés. La violation des libertés fondamentales des salariés devient ainsi prétexte à une réduction mesquine de leurs droits.

Reste à savoir si cette disposition produira vraiment l'effet recherché. Outre l'incertitude quant à sa survie, à l'épreuve des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) et des questions de conventionnalité, la parade sera de solliciter une réintégration.

Jusqu'à présent, la plupart des salariés, dans ce type de situation, peu désireux de remettre les pieds dans l'entreprise, ne sollicitaient pas une réintégration. Ils obtenaient alors, le plus souvent, entre 6 et 24 mois d'indemnisation.

Désormais, il y a fort à parier que les salariés solliciteront une réintégration pour bénéficier d'une indemnisation égale aux salaires dont ils auront été privés entre leur licenciement et leur réintégration. D'autant que la jurisprudence semble considérer qu'en cas de violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garantie, l'indemnisation s'opère sans déduction des revenus de remplacement (7).

Une réintégration étant rarement ordonnée par le Conseil de prud'hommes en bureau de jugement et, en tout état de cause, faisant souvent l'objet d'un appel, l'indemnisation pourrait bien souvent dépasser deux ans de salaire, compte tenu des délais d'audiencement et de jugement. On risque ainsi de provoquer un nombre croissant de demandes de réintégration, au grand dam des employeurs, particulièrement hostiles à cette perspective.

On passerait alors à un « perdant/perdant », le salarié demandant sa réintégration par dépit alors qu'il préférerait, bien souvent, changer d'employeur, et l'employeur devant réintégrer un salarié dont il ne veut pas.

David Van Der Vlist

(6) Décision n°2011-216 QPC du 3 février 2012, *M. Franck S. (Désignation du représentant syndical au comité d'entreprise)*, cons. 3. Préc.

(7) Pour le droit de grève : Cass. Soc. 2 février 2006, n°07-43.481 ; 2 juin 2010, n°08-43.277 ; 9 juillet 2014, n°13-16.434 ; pour l'état de santé : Cass. Soc. 11 juillet 2012, n°10-15.905 ; pour l'activité syndicale : Cass. Soc. 2 juin 2010, n°08-43.277.