4.4.0 L'essentiel - L'indemnisation du licenciement et les suites de la rupture

**Le préavis**

* En cas de licenciement, la durée du préavis varie en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise : en cas d'ancienneté chez le même employeur inférieure à six mois, le préavis à respecter est celui prévu par la convention collective ou, à défaut, les usages pratiqués dans la localité et la profession. Entre six mois et moins de deux ans, le salarié a droit à un préavis d'un mois. à partir de deux ans d'ancienneté, le salarié bénéficie d'un préavis de deux mois.
* En cas de démission, l'existence et la durée du préavis sont fixées par la loi ou par convention ou accord collectif. À défaut, ils résultent des usages pratiqués dans la localité et dans la profession.
* En cas de dispense par l'employeur, l'inexécution du préavis n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise.

**Les indemnités légales ou conventionnelles**

* L’indemnité légale de licenciement est due, sauf en cas de faute grave ou lourde, à tout salarié en contrat à durée indéterminée justifiant d'un an d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur à la date d'envoi de la lettre de licenciement.
* L'indemnité légale ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auxquels s'ajoutent deux quinzièmes de mois de salaire par année à partir de la dixième année d'ancienneté.

**L'indemnisation du licenciement abusif ou nul**

* Le salarié licencié sans cause réelle ni sérieuse a droit à une indemnité qui ne peut pas être inférieure aux salaires des six derniers mois précédant la rupture du contrat de travail si l'entreprise compte habituellement onze salariés et plus et si le salarié a au moins deux ans d'ancienneté dans l'entreprise.
* Dans les autres cas, il est indemnisé uniquement en fonction du préjudice subi.
* En cas de nullité du licenciement, le salarié doit être réintégré, s'il le souhaite, dans son emploi, ou à défaut dans un emploi équivalent. Le salarié réintégré a droit à la réparation de la totalité du préjudice subi entre la date du licenciement et la date de sa réintégration dans la limite des salaires dont il a été privé.
* En cas de non-réintégration, le salarié a droit à des indemnités pour nullité du licenciement réparant l'intégralité du préjudice subi. Cette indemnité ne peut être inférieure à six mois de salaire quelles que soient la taille de l'entreprise et l'ancienneté du salarié.

**La transaction**

* Une transaction ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture du contrat de travail « intervenue et définitive ».
* À peine de nullité, chaque partie doit avoir consenti à des concessions réciproques pour régler le litige.

**Les documents à remettre par l'employeur**

* Quel que soit le motif de rupture du contrat de travail et quel qu'en soit son auteur, l'employeur doit remettre au salarié : un reçu pour solde de tout compte; une attestation pour « Pôle Emploi » ; un certificat de travail.

**L'obligation de non-concurrence**

* La clause de non-concurrence a pour objet d'interdire au salarié après la rupture de son contrat de travail d'exercer une activité professionnelle susceptible de faire concurrence à son ancien employeur.

Pour être valable, une clause de non-concurrence doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ; comporter l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière ; être limitée dans le temps et dans l'espace, ne pas empêcher le salarié d'exercer « une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle ».

4.4.1 Le préavis

Lorsque les parties décident de mettre fin au contrat de travail, le salarié ne quitte pas immédiatement son poste. Il doit respecter un préavis (ou délai-congé), qu'il soit licencié ou démissionnaire. La durée du préavis dépend de sa fonction et de son ancienneté. Le salarié peut être privé de ce préavis en cas de faute grave ou lourde. L'employeur peut également le dispenser de l'effectuer.

**I – La durée du préavis**

**\* En cas de licenciement**En cas de licenciement, la durée du préavis varie en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise [(Art. L. 1234-1 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901112&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=1293305239&oldAction=rechCodeArticle):

* Si le salarié justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus inférieure à six mois, la loi ne prévoit rien. Le salarié respecte le préavis prévu par la convention collective ou, à défaut, les usages pratiqués dans la localité et la profession.
* Entre six mois et moins de deux ans, le salarié a droit à un préavis d'un mois.
* À partir de deux ans d'ancienneté, le salarié bénéficie d'un préavis de deux mois.

Des lois spéciales (exemple : pour les travailleurs handicapés), les conventions collectives, les usages et le contrat de travail peuvent prévoir des durées de préavis et des conditions d'ancienneté de services plus favorables. La durée du préavis est considérée comme plus favorable lorsqu'elle est plus longue, et la condition d'ancienneté lorsqu'elle est plus courte [(Art. L. 1234-2 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901113&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=767396311&oldAction=rechCodeArticle). L'usage renvoie souvent à un préavis en fonction de la catégorie professionnelle du salarié, notamment à un préavis de trois mois pour les cadres [(Cass. soc. 14 mai 1997, n° 94-42636)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007353780&fastReqId=1445011459&fastPos=1).

L'ancienneté s'apprécie à la date de notification du licenciement [(Cass. soc. 9 juil. 2003, n° 01-43410).](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007459752&fastReqId=280198748&fastPos=1) La notification du licenciement correspond-elle à la date d'envoi ou de présentation de la lettre de licenciement ? La Cour de cassation n'a pas encore répondu à cette question, mais, si l'on suit la solution rendue en matière d'indemnité pour licenciement abusif, on peut penser que c'est la date d'envoi qui doit être désormais retenue [(Cass. soc. 26 sept. 2006, n° 05-43841)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007054646&fastReqId=888187665&fastPos=1).  
Les périodes de suspension du contrat de travail, telles que la mise à pied, la grève ou la maladie [(Cass. soc. 16 sept. 2009, n° 08-41999)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021057996&fastReqId=135814687&fastPos=1), ne sont pas prises en compte pour le calcul de l'ancienneté.

En revanche, sont prises en compte les périodes de suspension du contrat pour congé de maternité ou d'adoption ([Art. L. 1225-24](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018764607&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)et [L. 1225-42 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018764619&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)) ou dues à un accident du travail ou une maladie professionnelle ([Art. L. 1226-7 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000023272293&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)).La date de présentation de la lettre recommandée notifiant le licenciement au salarié fixe le point de départ du préavis [(Art. L. 1234-3 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901114&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=5731200&oldAction=rechCodeArticle). En cas de rupture du contrat de travail pendant la période d'essai, le Code du travail prévoit un délai de prévenance (voir L’exécution du contrat : l’organisation de départ en congés)

**\* En cas de démission**En cas de démission, l'existence et la durée du préavis sont fixées par la loi (exemple : dispositions sur les VRP), ou par convention ou accord collectif. À défaut, ils résultent des usages pratiqués dans la localité et dans la profession [(Art. L. 1237-1 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901174&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle). À défaut, le salarié n'est pas tenu de respecter un préavis [(Cass. soc. 9 mars 1999, n° 96-43718)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007039616&fastReqId=1110035499&fastPos=1).  
Le préavis ne peut pas résulter du règlement intérieur de l'entreprise [(Cass. soc. 11 déc. 2002, n° 00-46681)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007457534&fastReqId=576985313&fastPos=1). Il ne peut résulter du contrat de travail que si la convention collective prévoit elle-même un délai-congé [(Cass. soc. 3 fév. 1998, n° 94-44503)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007040562&fastReqId=53753999&fastPos=1) et si la durée est plus favorable au salarié, c'est-à-dire plus courte [(Cass. soc. 16 juin 1988, n° 86-40358)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007019973&fastReqId=46683515&fastPos=1).  
Si le salarié souhaite effectuer un préavis plus long que celui qui lui est applicable, il doit obtenir l'accord de l'employeur [(Cass. soc. 1er juil. 2008, n° 07-40109)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019127846&fastReqId=1683592878&fastPos=1). Il n'existe aucun lien entre le préavis en cas de démission et le préavis en cas de licenciement. Le salarié peut ainsi bénéficier d'un préavis s'il est licencié et d'aucun préavis s'il démissionne.

Sauf stipulation conventionnelle plus favorable, en cas de démission, le point de départ du préavis se situe au jour où l'employeur a eu connaissance, verbalement ou par écrit, de la démission.

**À NOTER**La durée du préavis est un délai préfix : elle ne peut donc être ni suspendue ni interrompue [(Cass. soc. 16 juin 2004, n° 02-40620)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007466307&fastReqId=1408657363&fastPos=1). Par exemple, en cas de congé individuel de formation [(Cass. soc. 16 juin 2004, n° 02-40620)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007466307&fastReqId=1408657363&fastPos=1), ou de maladie [(Cass. soc. 28 juin 1989, n° 86-42931)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007023096&fastReqId=1407922452&fastPos=1)pendant le préavis, celui-ci continue à s'écouler.  
En revanche, en cas de d'accident du travail ou de maladie professionnelle au cours du préavis, celui-ci se trouve suspendu pendant la durée de l'arrêt de travail [(Cass. soc. 15 fév. 2006, n° 04-42822)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007050172&fastReqId=910949240&fastPos=1). De plus, une convention collective peut prévoir des dispositions plus favorables (exemple : des cas de suspension du préavis) [(Cass. soc. 16 juin 2004, n° 02-40620)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007466307&fastReqId=1565852949&fastPos=1).

**II – L'exécution du préavis**

Pendant la durée du préavis, le contrat de travail continue à s'exécuter normalement. Par exemple, le salarié doit continuer à bénéficier de tous les avantages prévus par sa convention collective, notamment de la prime d'ancienneté [(Cass. soc. 5 juil. 2005, n° 93-46720)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007035092&fastReqId=595972378&fastPos=1).  
La convention collective ou un usage prévoient souvent une plage horaire de deux heures par semaine dont le salarié peut disposer sur son temps de travail pour rechercher un emploi. Tout non-respect par l'une des parties de ses obligations contractuelles pendant le préavis permet de rompre immédiatement le contrat de travail, si le manquement est grave. Par exemple, lorsqu'un salarié déjà licencié commet une faute grave pendant son préavis, l'employeur peut interrompre ce dernier, sans lui devoir d'indemnités.  
Le salarié ayant déjà été licencié, cette rupture n'est pas considérée comme un licenciement. L'employeur n'est donc pas tenu de recommencer une procédure de licenciement [(Cass. soc. 22 janv. 1991, n° 86-40617)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007025516&fastReqId=1056599924&fastPos=1).  
Si c'est l'employeur qui n'a pas respecté ses obligations, le salarié peut quitter immédiatement l'entreprise et demander à l'employeur le paiement de l'indemnité compensatrice de préavis [(Cass. soc. 21 nov. 1989, n° 86-45488)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007094342&fastReqId=662279114&fastPos=1).

**III – L'inexécution du préavis**

**\* La privation de préavis**La cessation de l'entreprise ne dispense pas l'employeur de respecter le préavis [(Art. L. 1234-7 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901120&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle). Le salarié est en revanche privé de préavis et d'indemnité compensatrice lorsque le contrat de travail est rompu pour force majeure [(Art. L. 1234-12 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901128&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle).  
Le salarié est également privé du préavis et de l'indemnité s'il a commis une faute grave ou lourde (Art. L. 1234-1 et [L. 1234-5 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901118&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)).  
La faute grave est celle qui, par son importance, rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise [(Cass. soc. 8 juil. 2009, n° 08-42968)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020846688&fastReqId=1801067655&fastPos=1). La faute grave est-elle alors compatible avec l'exécution d'un préavis ?  
Si l'employeur rompt le contrat pour faute grave mais qu'il autorise cependant le salarié à effectuer son préavis, la Cour de cassation considère que l'employeur ne peut se prévaloir d'une faute grave ([Cass. soc. 8 juil. 2009, n° 08-42968](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020846688&fastReqId=968724012&fastPos=1)). Si, en revanche, l'employeur se contente de verser l'indemnité compensatrice en dispensant le salarié d'exécuter son préavis, la qualification de faute grave peut être retenue [(Cass. soc. 27 sept. 2007, n° 06-43867)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017912121&fastReqId=1295446893&fastPos=1).

**\* La dispense de préavis**Le salarié peut être dispensé de préavis par l'employeur. La renonciation de l'employeur au préavis doit résulter d'une manifestation de volonté non équivoque. Par exemple, elle ne peut résulter de l'absence de réponse de l'employeur à une lettre de démission d'un salarié dans laquelle il précisait qu'il avait été dispensé d'exécuter son préavis [(Cass. soc. 10 avr. 1991, n° 87-44893)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007123868&fastReqId=900788954&fastPos=1). Par ailleurs, l'employeur a la faculté de décider seul de la dispense d'exécution du préavis, il n'a pas besoin d'obtenir l'accord du salarié [(Cass. soc. 13 juil. 2004, n° 02-14140)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046957&fastReqId=1643815674&fastPos=1).  
En cas de dispense par l'employeur, l'inexécution du préavis n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise [(Art. L. 1234-5 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901118&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle).  
L'employeur doit donc verser au salarié une indemnité compensatrice de préavis, qui est définitivement acquise au salarié, même si celui-ci commet des actes déloyaux par la suite [(Cass. soc. 10 juin 2003, n° 01-41710)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007459238&fastReqId=1521931546&fastPos=1), ou décède [(Cass. soc. 26 nov. 2002, n° 00-41764)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007439871&fastReqId=1607764035&fastPos=1).  
De même, le salarié ne peut pas être privé des avantages en nature auquel il aurait eu droit : ainsi, même en cas de dispense, il doit continuer à disposer de son véhicule de fonction mis à sa disposition par l'entreprise pour un usage personnel et professionnel [(Cass. soc. 8 mars 2000, n° 99-43091)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042366&fastReqId=1937743051&fastPos=1). Cette décision s'explique également par le fait que l'inexécution du préavis de licenciement n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin [(Art. L. 1234-4 du C.T.).](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901117&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=850675005&oldAction=rechCodeArticle)Cependant, le salarié dispensé de préavis est quand même libéré de son obligation de loyauté envers l'employeur. Il peut donc librement exercer une activité professionnelle pendant le préavis, même chez une entreprise concurrente [(Cass. soc. 28 mars 2007, n° 05-45423)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007532258&fastReqId=1173359853&fastPos=1). L'employeur demeure tenu dans ce cas de lui verser l'indemnité compensatrice puisque celle-ci est sans lien avec le préjudice subi par le salarié du fait de la perte de son emploi. C'est une indemnité forfaitaire qui a la nature d'un salaire [(Cass. soc. 1er oct. 1996, n° 93-44978).](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007311727&fastReqId=1774728405&fastPos=1)

**\* L'inexécution du préavis imputable à l'employeur**Si l'inexécution du préavis est imputable à l'employeur, l'indemnité compensatrice de préavis est également due au salarié. Ainsi, si le licenciement pour faute grave est requalifié par le juge en licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'employeur doit verser l'indemnité dont avait été privé le salarié [(Cass. soc. 14 fév. 2007, n° 04-48338)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007514813&fastReqId=2028944657&fastPos=1). Il en est de même lorsque l'inexécution est due à un manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles : par exemple lorsque le salarié n'a pas pu effectuer son préavis car il était en arrêt maladie, causé par un harcèlement moral de la part de l'employeur [(Cass. soc. 20 sept. 2006, n° 05-41385)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007055667&fastReqId=1272477081&fastPos=1).  
L'indemnité est également due lorsque le licenciement est nul [(Cass. soc. 10 mai 2006, n° 04-40901)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051886&fastReqId=282207991&fastPos=1). Sur l'exécution du préavis en cas de[prise d'acte de la rupture](https://droits.nvo.fr/droit-du-travail/la-prise-dacte-de-la-rupture/), voir La rupture du contrat de travail : La prise d’acte de rupture.  
De même que pour les cas de dispense, l'indemnité est définitivement acquise au salarié, même s'il commet une faute grave ou lourde pendant le préavis, s'il retrouve un nouvel emploi ou s'il n'est pas en mesure d'effectuer le préavis [(Cass. soc. 14 fév. 2007, n° 04-48338).](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007514813&fastReqId=1913597502&fastPos=1)

**\* L'inexécution du préavis à l'initiative du salarié**Certains salariés démissionnaires peuvent être dispensés de préavis, sans avoir à payer d'indemnités de rupture à leur employeur :

* la femme enceinte [(Art. L. 1225-34 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006900916&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle);
* le salarié qui démissionne pour élever son enfant à l'issue de son congé de maternité ou d'adoption [(Art. L. 1225-66 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006900954&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle) ;
* le salarié qui démissionne à l'issue de son congé pour création d'entreprise [(Art. L. 3142-85 du C.T.).](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018765158&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)

Dans tous les autres cas, et sauf convention collective contraire, le salarié qui n'a pas reçu de dispense de l'employeur doit effectuer son préavis. Sa non – exécution ouvre droit pour l'employeur à une indemnité compensatrice de préavis, d'un montant égal à celui de l'indemnité compensatrice due par l'employeur en cas de dispense. Cette indemnité est due même si l'employeur n'a pas mis en demeure le salarié de reprendre le travail et s'il n'a subi aucun préjudice [(Cass. soc. 24 mai 2005, n° 03-43037)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051804&fastReqId=55245779&fastPos=1).  
Le salarié et l'employeur peuvent s'entendre pour renoncer au préavis. L'article [L. 1234-5](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901118&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle) du Code du travail ne s'applique pas dans ce cas : employeur et salarié fixent la date de fin de contrat, et l'indemnité compensatrice ne sera pas versée [(Cass. soc. 28 janv. 2005, n° 03-47403).](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007052098&fastReqId=539925949&fastPos=1)

**À NOTER**La volonté du salarié de renoncer au préavis doit être sans équivoque car celui-ci ne touchera pas d'allocations chômage entre la date de fin du contrat et la date de fin théorique du préavis [(Cass. soc. 26 juin 2008, n° 07-15478)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019084613&fastReqId=2032264816&fastPos=1). Il convient de s'assurer que le salarié n'a subi aucune pression pour y renoncer.  
Si le salarié est dans l'incapacité d'exécuter son préavis, pour cause d'arrêt maladie ou d'accident d'origine non professionnelle, l'indemnité compensatrice n'est pas due [(Cass. soc. 28 sept. 2004, n° 02-40471)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007471470&fastReqId=191553251&fastPos=1).  
Elle doit en revanche être versée si le salarié est victime d'un accident ou d'une maladie d'origine professionnelle [(Art. L. 1226-14 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006900981&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle).

4.4.2 Les indemnités légales ou conventionnelles

Les indemnités de licenciement réparent le préjudice subi par le salarié à l'occasion de la rupture de son contrat de travail. Ces indemnités sont fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise car elles réparent la rupture du lien plus ou moins long qui s'est instauré entre l'employeur et le salarié. La loi institue une indemnité minimum obligatoire qui peut être augmentée par des stipulations conventionnelles ou contractuelles.

**I – Les conditions de versement de licenciement légale**

L'indemnité est versée dans tous les cas de licenciement d'un salarié en contrat à durée indéterminée, sauf en cas de faute grave ou lourde [(Art. L. 1234-9 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000019071120&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle). En revanche, la cessation de l'entreprise, sauf cas de force majeure, ne libère pas l'employeur de son obligation de verser l'indemnité minimum légale ([Art. L. 1234-10](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=83AF6F6EC2C274492F4FA0A96ED3C4B2.tpdjo13v_1?idArticle=LEGIARTI000006901123&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&categorieLien=id) et [L. 1234-12 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=83AF6F6EC2C274492F4FA0A96ED3C4B2.tpdjo13v_1?idArticle=LEGIARTI000006901128&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&categorieLien=id)).  
Depuis la loi de modernisation du marché du travail entrée en vigueur le 27 juin 2008, le salarié doit justifier d'un an d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur ([Art. L. 1234-9 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=83AF6F6EC2C274492F4FA0A96ED3C4B2.tpdjo13v_1?idArticle=LEGIARTI000019071120&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&categorieLien=id)) à la date d'envoi de la lettre de licenciement ([Cass. soc. 26 sept. 2006, n° 05-43841](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007054646&fastReqId=1166999580&fastPos=1)). Pour les ruptures notifiées avant l'entrée en vigueur de la loi, le salarié doit justifier de deux années d'ancienneté pour bénéficier de l'indemnité légale. Les salariés qui ne satisfont pas à la condition d'ancienneté n'ont pas le droit à l'indemnité légale. Cependant, ils peuvent toujours réclamer des indemnités pour licenciement abusif, nul, ou irrégulier.  
Les périodes de suspension du contrat de travail (arrêt pour maladie, mise à pied etc.) n'entrent pas en compte dans la durée d'ancienneté exigée pour bénéficier de l'indemnité. Mais elles n'interrompent pas pour autant l'ancienneté ([Art. L. 1234-11 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901124&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)). Cela signifie que, pour déterminer l'ancienneté, doivent être additionnées les périodes antérieures et postérieures aux périodes de suspension du contrat. En revanche, les périodes de suspension qui sont assimilées par la loi ou la jurisprudence à du temps de travail effectif doivent être prises en compte dans le calcul de l'ancienneté (congés payés légaux, congé de maternité, arrêt pour maladie ou accident d'origine professionnelle etc..).  
Le droit au bénéfice de l'indemnité naît, sauf clause expresse contraire, à la date d'envoi de la lettre de licenciement ([Cass. soc. 6 fév. 2008, n° 06-45219](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018098061&fastReqId=1149446589&fastPos=1)).  
Aucun événement postérieur à cette date ne peut priver le salarié du bénéfice de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. Il en est ainsi si le salarié commet une faute grave ou lourde pendant le préavis ([Cass. soc. 4 oct. 1990, n° 88-43274](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007101441&fastReqId=1600795222&fastPos=1)). De même, toute modification légale ou conventionnelle intervenant au cours de la période de préavis ne peut avoir pour effet de modifier les droits acquis par le salarié au jour de la notification du licenciement ([Cass. soc. 11 janv. 2006, n° 03-44461](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051286&fastReqId=924436349&fastPos=1)).

**II – Le montant de l'indemnité de licenciement légale**

Pour les ruptures du contrat de travail notifiées depuis le 21 juillet 2008, date d'entrée en vigueur du décret du 18 juillet 2008, quel que soit le motif du licenciement, l'indemnité légale ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auxquels s'ajoutent deux quinzièmes de mois de salaire par année au-delà de la dixième année d'ancienneté ([Art. R. 1234-2 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000019225838&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)).

**Exemple :** Si le salarié a travaillé 15 ans dans l'entreprise, il aura droit à (1/5 × 15) + (2/15 × 5) mois de salaire.  
Pour les ruptures du contrat de travail notifiées avant le 20 juillet 2008, l'indemnité s'élève à :

* pour les licenciements pour motif personnel : un dixième de mois de salaire par année d'ancienneté, auxquels s'ajoutent un quinzième de mois de salaire par année au-delà de la dixième année d'ancienneté,
* pour les licenciements pour motif économique : un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auxquels s'ajoutent deux quinzièmes de mois de salaire par année au-delà de la dixième année d'ancienneté.

Les salariés victimes d'une inaptitude d'origine professionnelle doivent percevoir, quelle que soit leur ancienneté, une indemnité double à l'indemnité légale normale, sauf disposition conventionnelle plus favorable ([Art. L. 1226-14 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006900981&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)). Les journalistes et VRP bénéficient également d'une indemnité spécifique ([Art. L. 7112-3](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018764987&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle) et [L. 7313-13 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006904735&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)). L'indemnité de licenciement des salariés ayant été occupés à temps complet et à temps partiel dans la même entreprise doit être calculée proportionnellement à chacune de ces périodes ([Art. L. 3123-13 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006902553&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=2&fastReqId=582262220&oldAction=rechCodeArticle)). Le montant de l'indemnité est calculé en prenant en compte l'ancienneté acquise à la date d'expiration du préavis, qu'il soit ou non exécuté ([Cass. soc. 30 mars 2005, n° 03-42667](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007048830&fastReqId=1421373830&fastPos=1)).  
Par ailleurs, les années incomplètes de services sont prises en compte prorata temporis ([Art. R. 1234-1 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018537570&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle). Les périodes de suspension du contrat de travail ne sont pas prises en compte, sauf si elles sont assimilées par la loi ou la jurisprudence à du temps de travail effectif pour le calcul de l'ancienneté.

**Exemple :** Si le salarié a travaillé deux ans et sept mois dans l'entreprise, il aura droit à (1/5 × 2) + (1/5 × 7/12) mois de salaire.  
Le salaire servant au calcul de l'indemnité est :

* soit un douzième du salaire brut des douze derniers mois de travail précédant le licenciement,
* soit un tiers du salaire brut des trois derniers mois.

C'est la moyenne la plus avantageuse qui doit être prise en compte ([Art. R. 1234-4 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018537564&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)).  
Le salaire à prendre en compte est celui qui a précédé la notification du licenciement, et non la fin du préavis ([Cass. soc. 11 mars 2009, n° 07-42209](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020389599&fastReqId=1793620169&fastPos=1)).  
Dans le salaire brut doivent être inclus toutes primes et gratifications de caractère annuel ou exceptionnel, ainsi que les avantages en nature. Le remboursement des frais professionnels est en revanche exclu. Si la période de référence retenue est celle des trois derniers mois, ces primes et avantages sont pris en compte prorata temporis ([Art. R. 1234-4 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018537564&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)).  
L'indemnité de licenciement qu'elle soit légale, conventionnelle ou contractuelle correspond à des dommages-intérêts, elle n'a donc pas une nature salariale. Depuis la loi du 17 juin 2008 réformant la prescription civile, l'action en paiement de l'indemnité de licenciement se prescrit par cinq ans. Elle est versée à la fin du préavis, effectué ou non. Elle se cumule avec l'indemnité compensatrice de congés payés, de préavis, de licenciement irrégulier, sans cause réelle et sérieuse ou nul et l'indemnité de requalification du CDD en CDI. L'indemnité de licenciement ne se cumule en revanche pas avec l'indemnité de départ en retraite.

**III – L'indemnité de licenciement conventionnelle ou contractuelle**

Le salarié peut bénéficier d'une indemnité de licenciement issue d'une convention ou d'un accord collectif, d'un contrat de travail, et plus rarement d'un usage. Sauf disposition ou stipulation contraire, les modalités de calcul sont les mêmes que celles de l'indemnité légale.  
Si le salarié bénéficie d'une indemnité légale et conventionnelle ou contractuelle, celles-ci ne se cumulent pas, sauf stipulation contraire ( [Cass. soc. 8 nov. 2011, n° 10-12.120](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024786485&fastReqId=1163494526&fastPos=1) ; [Cass. soc. 31 oct. 2012, n° 11-21822](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026573554&fastReqId=1285158603&fastPos=1)). Seule la plus avantageuse est prise en compte ([Cass. soc. 30 janv. 2008, n° 06-41709](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018075089&fastReqId=241773013&fastPos=1)). Encore faut-il, pour bénéficier de l'indemnité conventionnelle ou contractuelle que le salarié en remplisse les conditions d'octroi, par exemple, une condition d'ancienneté ou un motif précis de licenciement. À défaut, c'est l'indemnité légale qui sera versée ([Cass. soc. 25 mars 1992, n° 91-40479.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007028261&fastReqId=2146875346&fastPos=1)).  
La convention collective  peut prévoir des indemnités différentes selon le motif du licenciement  ([Cass. soc. 3 juill. 2013, n° 12-13612](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027670658&fastReqId=1051303410&fastPos=1))  
Les conventions collectives et les contrats de travail peuvent également prévoir des conditions d'ancienneté, un mode de calcul, ou une assiette de l'indemnité plus favorable, par exemple en incluant la participation aux bénéfices ([Cass. soc. 30 juin 1998, n° 96-42777](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007386070&fastReqId=1077829150&fastPos=1)).  
Inversement toutes ces modalités peuvent être moins favorables pourvu qu'au final le montant de l'indemnité conventionnelle soit plus favorable pour le salarié ([Cass. soc. 30 janv. 2008, n° 06-41709](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018075089&fastReqId=272312888&fastPos=1)). Si le contrat de travail fixe une indemnité de licenciement manifestement excessive, elle peut être considérée pour partie comme une pénalité au sens du Code civil, que le conseiller prud'homal peut réduire, même d'office ([Cass. soc. 20 déc. 2006, n° 05-43409](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007505202&fastReqId=1828314807&fastPos=1)). En revanche, le juge ne peut pas réduire une indemnité de licenciement issue d'une convention collective ([Cass. soc. 24 fév. 2004, n° 02-40553](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007473055&fastReqId=525105406&fastPos=1)) ou d'un règlement intérieur ([Cass. soc. 26 mai 1999, n° 96-43614](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041924&fastReqId=2094018066&fastPos=1)).

# 4.4.3 L'indemnisation du licenciement abusif ou nul

Lorsque le salarié a été licencié sans cause réelle et sérieuse ou que son licenciement est annulé, il doit bénéficier d'indemnités de licenciement pour réparer le préjudice qu'il a subi. La sanction du licenciement nul est cependant plus lourde que celle du licenciement abusif car, dans le premier cas, le salarié n'aurait en réalité jamais dû quitter l'entreprise.

**I – Les conditions de versement de l'indemnité pour licenciement abusif**

Lorsqu'un salarié fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, c'est-à-dire abusif, le juge peut proposer sa réintégration dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ([Art. L. 1235-3 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901142&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=1002356713&oldAction=rechCodeArticle)). Si le tribunal ne propose pas la réintégration [(Cass. soc. 6 oct. 1977, n° 76-40038)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006999458&fastReqId=383633555&fastPos=1) ou si l'employeur ou le salarié la refuse, ce dernier a alors droit à une indemnité. La loi détermine le montant minimal de cette indemnité[(Art. L. 1235-5 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901146&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=1017845289&oldAction=rechCodeArticle). Elle est également versée dans tous les cas où la rupture du contrat produit les effets d'un licenciement abusif (fausse démission, prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire aux torts de l'employeur).  
Cette indemnité minimale est due uniquement lorsque :

* l'entreprise compte habituellement au moins onze salariés
* et si le salarié compte au moins deux ans d'ancienneté dans l'entreprise [(Art. L. 1235-5 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901146&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=1017845289&oldAction=rechCodeArticle).

L'ancienneté s'apprécie au jour de l'envoi de la lettre de licenciement [(Cass. soc. 26 sept. 2006, n° 05-43841)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007054646&fastReqId=16486300&fastPos=1). Les périodes de suspension du contrat de travail sont prises en compte car la loi n'impose pas de notion de « services continus » ou « d'ancienneté ininterrompue » [(Cass. soc. 7 mai 1987,n° 84-41862)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007019062&fastReqId=863417798&fastPos=1).

**II – Le montant de l'indemnité pour licenciement abusif**

L'indemnité versée aux salariés qui remplissent les conditions ci-dessus ne saurait être inférieure aux salaires des six derniers mois précédant la rupture du contrat de travail [(Art. L. 1235-3 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901142&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=2118384747&oldAction=rechCodeArticle). Le salaire à prendre en compte comprend la rémunération brute des six derniers mois incluant les heures supplémentaires [(Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 03-43585)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007500822&fastReqId=1633260713&fastPos=1), et toutes les primes et avantages en nature versés au salarié pendant cette période [(Cass. soc. 3 déc. 1992, n° 91-45617)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007173773&fastReqId=406229010&fastPos=1).  
Il relève du pouvoir souverain des juges du fond de fixer une indemnité pour licenciement abusif supérieure à ce minimum légal. La Cour de cassation n'exerce aucun contrôle [(Cass. soc. 13 mars 2001, n° 98-46244)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046429&fastReqId=1379499418&fastPos=1). Le conseiller prud'homal évaluera le reste de l'indemnité en fonction du préjudice subi : difficultés financières, difficulté à retrouver un emploi en fonction de l'âge du salarié, préjudice moral etc..  
Les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse qui ne remplissent pas ces critères sont indemnisés uniquement en fonction du préjudice subi [(Art. L. 1235-5 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901146&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=921830780&oldAction=rechCodeArticle). Mais attention, ces salariés ont nécessairement subi un préjudice du fait de ce licenciement abusif : le juge devra forcément leur octroyer une indemnité. Le montant de cette indemnité relève du pouvoir souverain des juges du fond [(Cass. soc. 12 juil. 2006, n° 04-47176)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007508834&fastReqId=1949983755&fastPos=1).  
L'indemnité de licenciement abusif a une nature indemnitaire et non salariale. Depuis la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription civile, l'action en paiement de cette indemnité se prescrit par cinq ans. Elle se cumule avec l'indemnité compensatrice de préavis et de congés payés ainsi que l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement [(Art. L. 1235-3 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901142&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=2118384747&oldAction=rechCodeArticle).  
Elle est de plus cumulable avec des indemnités versées dans le cas où le salarié a subi un préjudice distinct (exemple : licenciement vexatoire). En revanche, elle ne se cumule pas avec l'indemnité pour irrégularité de la procédure de licenciement[(Cass. soc. 24 janv. 1996, n° 92-42805)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007035134&fastReqId=263562756&fastPos=1).  
Dans les cas où le salarié ne peut prétendre au minimum légale de l'indemnité pour licenciement abusif, parce qu'il ne remplit pas les critères d'ancienneté et de la taille de l'entreprise, l'indemnité pour licenciement abusif est en plus cumulable avec l'indemnité pour irrégularité de la procédure de licenciement [(Cass. soc. 13 oct. 2004, n° 02-44913)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007483109&fastReqId=408533345&fastPos=1).  
L'employeur doit en plus être condamné par les conseillers prud'homaux à rembourser aux organismes sociaux tout ou partie des allocations chômage versées au salarié, du jour de son licenciement au jour du jugement, dans la limite de six mois d'allocations, et ce, uniquement dans les cas où le salarié a au moins deux ans d'ancienneté et travaille dans une entreprise d'au moins onze salariés [(Art. L. 1235-4 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901145&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=272940569&oldAction=rechCodeArticle).

**III – Référentiel indicatif des indemnités dues en cas de licenciement abusif**

En cas de litige, lors de la conciliation, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation et d’orientation proposer d’y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d’une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l’ancienneté du salarié ([Art. L. 1235-1 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000031091250&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20170403&fastPos=1&fastReqId=1570275922&oldAction=rechCodeArticle)).  
Le procès-verbal constatant l’accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail.  
A défaut d’accord, le juge, à qui il appartient d’apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d’instruction qu’il estime utiles. Il justifie dans le jugement qu’il prononce le montant des indemnités qu’il octroie.  
Le juge peut prendre en compte un référentiel indicatif établi, après avis du Conseil supérieur de la prud’homie, selon les modalités prévues par décret en Conseil d’Etat. Ce référentiel fixe le montant de l’indemnité susceptible d’être allouée, en fonction notamment de l’ancienneté, de l’âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles. Si les parties en font conjointement la demande, l’indemnité est fixée par la seule application de ce référentiel. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

**Référentiel indicatif des indemnités dues en cas de licenciement injustifié devant le bureau de jugement**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Ancienneté (en années complètes)** | Indemnité (en mois de salaire) | **Ancienneté (en années complètes)** | Indemnité (en mois de salaire) |
| 0 | 1 | 22 | 14,5 |
| 1 | 2 | 23 | 15 |
| 2 | 3 | 24 | 15,5 |
| 3 | 4 | 25 | 16 |
| 4 | 5 | 26 | 16,5 |
| 5 | 6 | 27 | 17 |
| 6 | 6,5 | 28 | 17,5 |
| 7 | 7 | 29 | 18 |
| 8 | 7,5 | 30 | 18,25 |
| 9 | 8 | 31 | 18,5 |
| 10 | 8,5 | 32 | 18,75 |
| 11 | 9 | 33 | 19 |
| 12 | 9,5 | 34 | 19 ,25 |
| 13 | 10 | 35 | 19,5 |
| 14 | 10,5 | 36 | 19,75 |
| 15 | 11 | 37 | 20 |
| 16 | 11,5 | 38 | 20,25 |
| 17 | 12 | 39 | 20,5 |
| 18 | 12,5 | 40 | 20,75 |
| 19 | 13 | 41 | 21 |
| 20 | 13,5 | 42 | 21,25 |
| 21 | 14 | 43 | 21,5 |

**IV- L'indemnisation du licenciement nul**

Lorsque le licenciement est annulé, il doit être privé d'effet. L'intégralité du préjudice subi doit donc être réparée. Ainsi, le salarié doit être réintégré dans son emploi ou percevoir d'importantes indemnités. Attention, la nullité du licenciement de la salariée enceinte et du salarié protégé (représentants du personnel essentiellement) obéit à des règles particulières d'indemnisation, exorbitantes du droit commun. En cas de nullité du licenciement, le salarié doit être réintégré, s'il le souhaite, dans son emploi, ou à défaut dans un emploi équivalent.

**À NOTER**Contrairement à la réintégration pour licenciement abusif, l'employeur ne peut pas s'opposer à la demande de réintégration du salarié pour licenciement nul. La réintégration peut être ordonnée par le juge des référés. De plus, le salarié réintégré a droit à la réparation de la totalité du préjudice subi entre la date du licenciement et la date de sa réintégration dans la limite des salaires dont il a été privé ([Cass. soc. 25 janv. 2006, n° 03-47517](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051460&fastReqId=1376804864&fastPos=1)). Doit-on déduire de ces salaires les revenus perçus entre-temps (allocations chômage, revenus tirés d'une activité professionnelle indépendante ou salariée, etc.) ? La Cour de cassation répond par la négative pour le licenciement sans autorisation des représentants du personnel ([Cass. soc. 10 oct. 2006, n° 04-47623](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007054817&fastReqId=1014166823&fastPos=1)), des salariés grévistes ([Cass. soc. 2 fév. 2006, n° 03-47481](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049989&fastReqId=333797583&fastPos=1)) ainsi que des salariées enceintes ([Cass. soc. 7 nov. 2006, n° 05-42413](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007513662&fastReqId=528193024&fastPos=1)). En revanche, en cas de nullité du licenciement économique pour insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, elle a décidé que ces revenus devaient être déduits ([Cass. soc. 18 mars 2009, n° 07-45307](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020423952&fastReqId=2008221369&fastPos=1)). Elle semble également faire cette déduction pour les salariés victimes d'un accident du travail dont le licenciement est nul ([Cass. soc. 25 janv. 2006, n° 03-47517](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051460&fastReqId=267113380&fastPos=1)).

**À NOTER**Pourquoi la Cour a-t-elle rendu ces solutions contradictoires ? Le respect de l'obligation contractuelle fait que l'employeur doit payer la somme totale des salaires que le salarié aurait dû percevoir depuis son licenciement. En effet, si le licenciement est annulé, le contrat de travail est réputé n'avoir jamais été rompu. Les salaires auraient donc dû être versés par l'employeur. Le salarié n'a certes pas travaillé pour lui pendant ce temps et a donc pu percevoir des revenus de remplacement, mais l'employeur ne peut tout de même pas arguer de sa propre faute pour verser des salaires moins élevés. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé explicitement dans un arrêt que cette somme n'était pas destinée à réparer un préjudice subi mais simplement à exécuter l'obligation contractuelle de l'employeur de verser les salaires ([Cass. soc. 25 nov. 1997, n° 94-43651, Crosfield](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038797&fastReqId=311181308&fastPos=1)).  
D'autre part, en cas de réintégration, la Cour de cassation ne prévoit pas que le salarié ait droit à des indemnités pour illicéité du licenciement puisqu'il doit être indemnisé dans la limite des salaires dont il a été privé. C'est une solution très discutable car le salarié n'a alors droit qu'aux salaires qui auraient dû être versés si le licenciement n'avait pas eu lieu, mais à aucune indemnité distincte. Cependant, le préjudice a existé, pendant la non- perception des salaires, le salarié a forcément eu des difficultés financières, de santé (perte de mutuelle…) y compris perte de chance pour sa famille (santé, frais scolaire, vie familiale…). Celui-ci peut donc solliciter des dommages et intérêts pour le préjudice subi. Si l'employeur a refusé la réintégration du salarié qui la demandait, le salarié a droit à la totalité des salaires qu'il aurait perçus jusqu'à ce qu'il renonce à sa réintégration ([Cass. soc. 26 sept. 2007, n° 06-40039](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017911944&fastReqId=1615853515&fastPos=1)), par exemple en prenant acte de la rupture de son contrat de travail. Mais il arrive que la réintégration soit matériellement impossible ou que le salarié ne la demande pas. Le conseiller prud'homal doit alors lui octroyer des indemnités pour nullité du licenciement réparant l'intégralité du préjudice subi. Cette indemnité ne saurait être inférieure à celle octroyée en cas de licenciement abusif, c'est-à-dire à six mois de salaire ([Cass. soc. 21 nov. 2007, n° 06-44993](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017931653&fastReqId=133729761&fastPos=1)), quelle que soit la taille de l'entreprise mais également qu'elle que soit son ancienneté. En effet, la Cour de cassation a décidé que même si le salarié avait une ancienneté inférieure à six mois, il devait percevoir une indemnité de six mois de salaire minimum ([Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 03-44855](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051580&fastReqId=1174012272&fastPos=1))

**À NOTER**À partir du moment où les juges octroient une indemnité d'au moins six mois de salaire, la Cour de cassation n'en contrôle pas le montant ([Cass. soc. 6 mars 2001, n° 98-46479](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046265&fastReqId=1194354465&fastPos=1)). Il arrive donc que des juges du fond octroient des dommages et intérêts d'au moins six mois de salaires, mais qui ne couvrent pas le paiement des salaires perdus du jour du licenciement au jour du jugement prononçant la nullité. La logique voudrait cependant que le salarié ait droit à une indemnité couvrant non seulement tous ces salaires puisque le contrat n'est pas censé avoir été rompu jusqu'à la date du jugement, mais couvrant en plus une somme correspondant à l'illicéité du licenciement.  
Toutefois, le salarié dont le licenciement pour motif économique est nul en raison de l'absence ou de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi a droit à une indemnité au moins égale aux douze derniers mois de salaire, s'il justifie d'au moins deux ans d'ancienneté ([Art. L. 1235-11 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901155&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)).  
Il aura droit seulement à l'indemnisation du préjudice subi s'il ne remplit cette condition ([Art. L. 1235-14 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901158&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)).  
L'indemnité pour licenciement nul se cumule avec les autres indemnités de rupture (indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, compensatrice de préavis et de congés payés). L'indemnité de préavis est due même si le salarié n'était pas en mesure d'occuper un emploi ([Cass. soc. 2 juin 2004, n° 02-41045](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007048222&fastReqId=1457058830&fastPos=1)). Elle se cumule également le cas échéant avec l'indemnité pour procédure irrégulière qui, soit fait l'objet d'une indemnité distincte, soit est comprise dans l'évaluation globale du préjudice résultant de la nullité du licenciement ([Cass. soc. 23 janv. 2008, n° 06-42919](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018010898&fastReqId=747764006&fastPos=1)). Contrairement à la sanction du licenciement abusif, le licenciement nul ne donne pas lieu à condamnation de l'employeur au remboursement des allocations chômage aux organismes sociaux ([Cass. soc. 24 janv. 2006, n° 04-41341](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007493831&fastReqId=878289106&fastPos=1)), sauf en cas de nullité du licenciement pour insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi ([Art. L. 1235-4 du C.T.)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901145&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=651807384&oldAction=rechCodeArticle).

**À NOTER**• L'indemnité comporte une somme plancher égale à celle prévue par l'article[L. 1235-3 du Code du travail](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901142&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=708255971&oldAction=rechCodeArticle), c'est-à-dire une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ne pouvant être inférieure au salaire des six derniers mois ([Cass. soc. 27 juin 2000, n° 98-43439](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007040363&fastReqId=36798852&fastPos=1)). Elle est due quels que soient l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise. En conséquence, si le salarié avait moins de six mois d'ancienneté lors du licenciement, l'indemnité n'a pas à être proratisée en fonction de l'ancienneté réelle de l'intéressé ([Cass. soc. 2 juin 2004](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007048222&fastReqId=885012245&fastPos=1), n° 02-41045, RPDS 2004, n° 715, p. 371).  
Il s'agit en effet ici de sanctionner l'acte illicite de l'employeur et non un simple licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Les conseillers doivent donc se procurer tous les éléments pour démontrer les conséquences de la rupture et attribuer des dommages et intérêts conséquents.  
• À la somme plancher, peut s'ajouter, le cas échéant une somme supplémentaire si le salarié estime que son préjudice n'est pas entièrement réparé. Cette appréciation se fait en tenant compte notamment de l'âge, de l'ancienneté, de la qualification, etc. du salarié, des possibilités d'emploi existantes, ainsi que du préjudice moral propre à la perte de l'emploi.

# 4.4.4 La transaction

Une transaction permet de régler les conséquences financières de la rupture du contrat de travail. Destinées à éviter les aléas du procès judiciaire, les possibilités de remise en cause d'un tel acte sont limitées.  
La transaction n'est pas un mode de rupture du contrat de travail. Elle est seulement un moyen d'en régler les conséquences, conformément à [l'article 2044 du code civil](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006445609&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle). Elle a pour objet de terminer, par des concessions réciproques, une contestation née ou de prévenir une contestation à naître. La transaction n'est par exemple pas valable si elle a pour objet de déterminer l'auteur de la rupture du contrat ([Cass. soc. 16 juil. 1997, n° 94-42283).](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037770&fastReqId=1569549639&fastPos=1)Elle se distingue de la rupture d'un commun accord, qui a, elle, pour objet de mettre un terme au contrat de travail.

**I – Les conditions de validité d'une transaction**

La validité de la transaction n'est soumise à aucune condition de forme. L'écrit n'est requis que pour pouvoir prouver la date de la conclusion du contrat, le consentement des parties et les concessions réciproques.

**\* La date de conclusion d'une transaction**La transaction ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture du contrat de travail « intervenue et définitive » ([Cass. soc. 29 mai 1996, n° 92-45115).](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037317&fastReqId=147757168&fastPos=1) Afin de s'assurer que le salarié a conclu la transaction après avoir eu effectivement connaissance des motifs de son licenciement, la transaction doit avoir lieu après réception par le salarié de la lettre de licenciement ([Cass. soc. 20 déc. 2006, n° 05-44071](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007506367&fastReqId=725734955&fastPos=1)).Par ailleurs, la Cour de cassation a ajouté une condition qui n'est pas exigée dans le cas d'un licenciement sans transaction : la lettre de licenciement doit avoir été envoyée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ([Cass. soc. 18 fév. 2003, n° 00-42948)](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046984&fastReqId=1656779596&fastPos=1). En revanche, ce formalisme n'est pas exigé pour la lettre de démission précédant la transaction ([Cass. soc. 1er déc. 2004, n° 02-46341](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007050610&fastReqId=255700000&fastPos=1)).  
La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si la transaction doit être conclue une fois le préavis effectué ou si elle peut être conclue dès réception de la lettre de licenciement. La première solution est cependant plus cohérente avec [l'article L. 1231-4 du Code du travail](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006900996&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&fastPos=1&fastReqId=2096490208&oldAction=rechCodeArticle) selon lequel il est interdit aux salariés de renoncer par avance aux règles régissant le licenciement.

**\* Des concessions réciproques**Comme toute convention, la transaction ne peut, à peine de nullité, être conclue sur la base de manœuvres dolosives ou à partir d'informations erronées de la part de l'employeur ([Cass. soc. 14 juin 2000, n° 97-45065](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042852&fastReqId=364659608&fastPos=1)).  
À peine de nullité, le conseiller prud'homal doit rechercher si chaque partie a consenti à des concessions réciproques réelles pour régler le litige. Le salarié s'engage à ne pas contester son licenciement en justice tandis que l'employeur s'engage à verser une contrepartie financière.  
Pour que la concession de l'employeur soit réelle, la contrepartie doit être supérieure à ce que le salarié aurait perçu pour son licenciement par l'application des règles légales et conventionnelles. Non seulement une indemnité forfaitaire transactionnelle dérisoire ne constitue pas une véritable concession de la part de l'employeur [(Cass. soc. 28 nov. 2000, n° 98-43635)](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007043956&fastReqId=1343130940&fastPos=1) mais en plus l'indemnité doit être « appréciable ». Par exemple, une indemnité transactionnelle supérieure de 3 000 francs à l'indemnité conventionnelle à laquelle avait droit le salarié n'est pas une concession « appréciable » ([Cass. soc. 19 fév. 1997, n° 95-41207](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007035976&fastReqId=1541570795&fastPos=1)).  
Les concessions s'apprécient en fonction des prétentions des parties lors de la signature de l'acte. Les contreparties que l'employeur doit verser dépendent du motif du licenciement. Le conseiller prud'homal peut contrôler la qualification juridique des faits. Par exemple, estimant que le « manque de compétences » ne pouvait être retenu comme constitutif d'une faute grave, la Cour de cassation a décidé que le paiement de l'indemnité de préavis n'était pas une concession de la part de l'employeur ([Cass. soc, 27 mars 1996, n° 92-40448](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007035687&fastReqId=2023788261&fastPos=1)).  
De même, si les faits invoqués au moment de la transaction révèlent que le licenciement était nul, la transaction doit être annulée si la concession de l'employeur s'avère insuffisante ([Cass. soc. 26 av. 2007, n° 06-40718](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017782415&fastReqId=1328103429&fastPos=1)). Les juges doivent également vérifier qu'un motif de licenciement a bien été énoncé. À défaut de motif, la transaction doit être annulée ([Cass. soc. 7 fév. 2007, n° 05-41623).](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007511038&fastReqId=1059635066&fastPos=1)En revanche, les conseillers prud'homaux ne peuvent examiner les éléments de faits et de preuve. Si la transaction précise que le salarié a commis des fautes, le juge peut vérifier que les faits sont bien constitutifs de fautes mais ne peut contrôler leur réalité ([Cass. soc. 27 mars 1996, n° 92-40448](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007035687&fastReqId=2042554841&fastPos=1)).

**II – La nullité de la transaction**

La nullité d'une transaction conclue avant la notification d'un licenciement est une nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié ([Cass. soc. 28 mai 2002, n° 99-43852)](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007043145&fastReqId=827293786&fastPos=1). Elle ne peut donc être invoquée que par ce dernier et non par l'employeur. Qu'en est-il de la nullité d'une transaction due à l'absence de concessions de la part de l'employeur ? La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur cette question, mais il semblerait cohérent que cette nullité soit également relative.  
En revanche, la nullité d'une transaction signée en violation des règles sur le licenciement des salariés protégés est absolue et peut donc être invoquée par l'employeur. En effet, la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun des salariés protégés a été instituée non dans leur seul intérêt, mais dans celui de l'ensemble des salariés ([Cass. soc. 16 mars 2005, n° 02-45293](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007052356&fastReqId=1178156030&fastPos=1)).  
Lorsque la transaction est annulée, le salarié doit reverser à l'employeur les sommes perçues ([Cass. soc. 25 avr. 2001, n° 99-41499](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007420128&fastReqId=705828083&fastPos=1)).

**III – Les effets de la transaction**

La transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ([Art. 2052 du Code civil)](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=6B73F11167FB62C67D0C0446DF1CA560.tpdjo13v_1?idArticle=LEGIARTI000006445625&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20120210). Une fois la transaction effectuée, les parties ne peuvent plus régler en justice le litige faisant l'objet du contrat ([Cass. soc. 5 nov. 2014, n° 13-18994](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029242718&fastReqId=1341447203&fastPos=1) ; [Cass. soc. 11 janvier 2017, n° 15-20040](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000033881586&fastReqId=652369582&fastPos=1)). Seules les demandes portant sur des questions qui n'ont pas fait l'objet de la transaction sont recevables ([Cass. soc. 12 oct. 1999, n° 96-43020](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041827&fastReqId=327973931&fastPos=1)).  
Jusqu'à présent, si la transaction était rédigée en termes très généraux tels que : « la partie demanderesse renonce à toutes réclamations de quelque nature qu'elles soient à l'encontre de la partie défenderesse relatives tant à l'exécution qu'à la rupture de son contrat de travail », le salarié n'était alors plus recevable à contester quoi que ce soit ([Cass. ass. plén. 4 juil. 1997, n° 93-43375](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037739&fastReqId=989191979&fastPos=1)).  
En revanche, même si la clause est rédigée en termes généraux mais qu'elle fait référence au différend au vu duquel la transaction a été conclue, la renonciation du salarié à tous droits, actions et prétentions, concerne uniquement les prétentions liées au litige auquel il est fait référence [(Cass. soc. 5 fév. 1992, n° 88-44794)](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007028347&fastReqId=1399977576&fastPos=1).  
Les clauses contractuelles destinées à trouver application après la rupture du contrat de travail ne sont pas affectées par la transaction, sauf si celle-ci en dispose autrement. Par conséquent, une clause de non concurrence n'entre pas dans l'objet de la transaction lorsque celle-ci ne faisait mention de la clause qu'à titre de simple rappel des termes de la lettre par laquelle la société dégageait le salarié de son obligation de non concurrence ([Cass. soc. 20 mai 2009, n° 07-44576)](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020659237&fastReqId=1303724394&fastPos=1).  
Mais une clause de non-concurrence peut faire l'objet d'une transaction alors même qu'elle n'avait pas été prévue dans le contrat de travail. La concession faite par le salarié d'accepter une clause de non-concurrence non prévue initialement, doit être compensée par une concession de l'employeur, qui doit correspondre au versement d'une indemnité transactionnelle au moins équivalente à la contrepartie financière due en cas d'obligation de non-concurrence [(Cass. soc. 1er juil. 2009, n° 08-40252).](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020827080&fastReqId=1471309087&fastPos=1)Cependant, depuis peu ([Cass. soc. 2 déc. 2009,n° 08-41665)](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021388084&fastReqId=1268111448&fastPos=1), il semble que les formulations générales souvent utilisées dans les transactions – comme par exemple : « le salarié renonce à toute prétention, réclamation ou instance de quelque nature que ce soit contre la société » – semblent contestables. Il faudrait préciser que celle-ci n'affecte que les contestations issues par exemple « de la rupture du contrat de travail » ou « de tel ou tel différent »…  
Cette interprétation semble plus conforme à l'[article 2048 du code civil](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=6B73F11167FB62C67D0C0446DF1CA560.tpdjo13v_1?idArticle=LEGIARTI000006445613&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20120210&categorieLien=id) qui prévoit que « les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions, prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu ». Il faut donc que la transaction indique bien les différends qu'elle est censée régler ou que ceux-ci se déduisent de l'intention des parties.

# 4.4.5 Les documents à remettre par l'employeur

Quel que soit le motif de rupture du contrat de travail et quel qu'en soit son auteur, l'employeur doit remettre au salarié certains documents : le reçu pour solde de tout compte, l'attestation Pôle Emploi et le certificat de travail. Ces documents ne sont pas anodins : la signature du reçu a un effet libératoire pour l'employeur passé un certain délai, l'attestation Pôle Emploi conditionne les droits à l'assurance chômage et un certificat de travail incorrect peut porter préjudice dans la recherche d'un nouvel emploi.

**I – Le reçu pour solde de tout compte**

**\* Forme et contenu du reçu**Le solde de tout compte est un inventaire des sommes versées au salarié lors de la rupture de son contrat de travail. Le salarié en donne reçu à l'employeur ([Art. L. 1234-20 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000019071122&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)). C'est un document facultatif. L'employeur n'est pas tenu de le délivrer et le salarié n'est pas tenu de le signer. Par conséquent, l'employeur ne peut conditionner le versement des sommes à la signature du reçu par le salarié. Le reçu qui n'a pas été rédigé en double exemplaire ou dont l'un des exemplaires n'a pas été remis au salarié ne produit aucun effet ([Art. D. 1234-7 du C.T](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018537552&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle). et [Cass.soc. 16 juil. 1997, n° 94-41938](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007036594&fastReqId=1941472773&fastPos=1" \t "_blank)). La Cour de cassation n'a pas précisé ce que devait contenir ce solde. L'employeur peut donc faire le détail des sommes versées (salaires, primes, indemnité licenciement etc.) ou simplement faire apparaître une somme globale. En revanche, pour avoir un effet libératoire, il doit être daté ([Cass. soc. 19 mai 1999, n° 97-41653](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041752&fastReqId=2009983529&fastPos=1)) et comporter la mention « pour solde de tout compte » ([Cass. soc. 13 juil. 2004, n° 02-43356](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007482653&fastReqId=424696525&fastPos=1)).

**À NOTER**Le reçu est délivré lors de l'expiration du contrat de travail ou au moment du départ effectif et définitif du salarié dispensé d'exécuter son préavis ([Cass. soc. 23 juin 1988, n° 85-42985](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007020717&fastReqId=1542512498&fastPos=1)). Cette règle est importante car elle permet d'éviter que le salarié ne soit encore sous la dépendance de l'employeur au moment de la signature du reçu.

**\* Effets et dénonciation du reçu**Depuis la loi entrée en vigueur le 27 juin 2008, le reçu pour solde de tout compte peut être dénoncé dans un délai de six mois après sa signature. Passé ce délai, le reçu a un effet libératoire pour l'employeur pour les sommes qui y sont mentionnées ([Art. L. 1234-20 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000019071122&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)).  
Il n'est pas nécessaire que le reçu pour solde de tout compte mentionne le délai de dénonciation ([Cass. soc.  4 nov. 2015, n° 14-10657](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000031451727&fastReqId=1540578069&fastPos=1))  Le reçu qui a été signé avant l'entrée en vigueur de la loi vaut simplement reconnaissance de la somme reçue.  
Une fois les six mois écoulés, ce reçu ne permet plus au salarié de contester la valeur des sommes que lui doit l'employeur. En revanche, le salarié peut toujours contester le bien fondé de son licenciement ([Cass. soc. 18 déc. 2001, n° 99-43632](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007045405&fastReqId=1394133748&fastPos=1)). Par ailleurs, un reçu signé par le salarié alors qu'une instance prud'homale est en cours est sans effet libératoire à l'égard des demandes déjà présentées ([Cass. soc. 1er oct. 1996, n° 93-41728](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037503&fastReqId=1713571269&fastPos=1)).  
Il n'est pas nécessaire que la dénonciation soit motivée ([Cass. soc. QPC 18 sept. 2013, n° 13-40042](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027981433&fastReqId=1761840206&fastPos=1)). En revanche, elle doit être envoyée par lettre recommandée ([Art. D. 1234-8 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018537550&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)). La convocation de l'employeur en conciliation vaut dénonciation ([Cass. soc. 1er mars 1989, n° 87-41719](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007022592&fastReqId=757506924&fastPos=1)). En principe, c'est le salarié lui même, parce qu'il en est le signataire, qui doit dénoncer le reçu. Cependant, l'avocat chargé d'ester en justice par le salarié, peut, sans détenir de mandat spécifique, dénoncer le reçu à sa place ([Cass. soc. 8 oct. 1996, n° 92-41775](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007036130&fastReqId=1959616018&fastPos=1)).

**II – L'attestation Pôle emploi**

**\* L'obligation de délivrer l'attestation**L'employeur est tenu de délivrer au salarié, au moment de l'expiration ou de la rupture de son contrat de travail, l'attestation qui lui permettra de faire valoir ses droits à l'assurance chômage ([Art. R. 1234-9 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000023520126&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)).  
Ce document est à remettre quels que soient le motif de la rupture du contrat, sa durée et sa nature (CDI, CDD, contrat d'apprentissage etc..). Contrairement au certificat de travail, l'employeur doit faire apparaître le motif de la rupture. En effet, si la rupture n'est pas un licenciement, le salarié n'a pas le droit à l'assurance chômage. L'attestation Pôle emploi est quérable et non portable, c'est au salarié de se déplacer pour se la procurer ([Cass. soc. 5 oct. 2004, n° 02-44487](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007482714&fastReqId=449060698&fastPos=1)).

**\* La sanction du non-respect de l'obligation**La non remise de l'attestation rend l'employeur passible d'une amende de cinquième classe ([Art. R. 1238-7 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018537466&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)). Si l'attestation contient des informations inexactes ou interdites, le salarié peut réclamer l'octroi de dommages et intérêts ([Cass. soc. 19 mai 1999, n° 97-41246](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007403057&fastReqId=1213911485&fastPos=1)).La non remise d'une attestation prouvant sans équivoque que le salarié a été licencié lui cause nécessairement un préjudice, puisqu'il a été privé de l'allocation chômage ([Cass. soc. 19 avr. 2000, n° 98-41205](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007408228&fastReqId=1729098677&fastPos=1)). Il en est de même pour la remise tardive du document ([Cass. soc. 25 mars 2009, n° 07-45266)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020456486&fastReqId=1457719925&fastPos=1).

**À NOTER**Le bureau de conciliation et la formation de référé peuvent ordonner la remise d'une attestation Pôle Emploi régulière sur la forme comme sur le fond. L'ordonnance est alors exécutoire de plein droit ([Art. R.1454-28 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018536004&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)). L'employeur devra faire parvenir l'attestation au salarié ([Cass. soc. 10 mai 1995, n° 92-42569](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007249026&fastReqId=770282834&fastPos=1)). La décision de remise du document doit prévoir une astreinte de façon à mettre davantage de force à ses obligations. Il est utile de demander au juge qu'il ordonne la remise du document sous astreinte de X euros par jour de retard afin de contraindre l'employeur à s'exécuter.

**III – Le certificat de travail**

Tout comme l'attestation Pôle emploi, le certificat de travail doit être obligatoirement remis par l'employeur ([Art. L. 1234-19 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901138&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)). Cette obligation est valable quelles que soient les causes de rupture du contrat de travail, sa durée et sa nature. Le certificat doit être remis à l'expiration du contrat de travail ([Art. L. 1234-19 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901138&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)), c'est-à-dire à l'issue du préavis, effectué ou non. Si le salarié a besoin de son certificat avant la date théorique de la fin de son contrat pour pouvoir justifier sa situation, il peut demander une attestation provisoire à son employeur, qui indiquera la fin légale du préavis, mais précisera que le salarié est libre d'occuper un emploi. En cas de prise d'acte de la rupture du contrat, l'employeur doit remettre au salarié sur le champ son certificat car la prise d'acte rompt immédiatement le contrat de travail ([Cass. soc. 4 juin 2008, n° 06-45757](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018947695&fastReqId=1902823102&fastPos=1)). Le certificat de travail est quérable ([Cass. soc. 17 janv. 1973, n° 72-40203](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006988380&fastReqId=736081570&fastPos=1)). L'employeur doit cependant le tenir à la disposition du salarié.

**\* Les effets du certificat de travail**Le certificat de travail peut être réclamé par Pôle emploi, pour octroyer des allocations chômage, ou encore par un nouvel employeur. Le certificat de travail n'a pas la valeur d'une transaction. Elle ne vaut pas non plus accord du salarié pour une rupture anticipée de son contrat à durée déterminée ([Cass. soc. 11 juil. 2000, n° 98-45046](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007417164&fastReqId=730333144&fastPos=1)).

**\* Les mentions du certificat**Le certificat de travail doit obligatoirement comporter ([Art. D. 1234-6 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000021710601&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)) :

* la date d'entrée du salarié dans l'entreprise, y compris la période d'essai ;
* la date de sortie, c'est-à-dire la date de fin du préavis, que celui-ci soit effectué ou non ;
* la nature du ou des emplois successivement occupés, c'est-à-dire la qualification exacte des fonctions réellement exercées par le salarié ([Cass. soc. 2 juin 2004, n° 02-41024)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007480399&fastReqId=681577761&fastPos=1) ;
* les périodes pendant lesquelles ces emplois ont été tenus ;
* le nom et l'adresse de l'employeur ;
* le nom et l'adresse du salarié ;
* le lieu et la date de remise du certificat ;
* la signature de l'employeur.

L'employeur doit  signaler dans le certificat de travail le maintien des garanties liées  aux couvertures complémentaires « frais de santé » et « prévoyance ». En revanche, d'autres mentions facultatives, telles que la satisfaction de l'employeur ou la compétence du salarié, peuvent apparaître. Les parties peuvent également décider de faire figurer la mention « libre de tout engagement ».  
Cette mention ne libère pas le salarié de son obligation de non-concurrence ([Cass. soc. 25 oct. 1995, n° 93-45442](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007281962&fastReqId=1567946719&fastPos=1)). Elle ne le dispense pas non plus de respecter sa clause de dédit-formation ([Cass. soc. 4 juil. 2001, n° 99-43520](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007431283&fastReqId=339739151&fastPos=1)) et ne vaut pas dispense de préavis ([Cass. soc. 10 nov. 1993, n° 90-40008](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007203951&fastReqId=1260353630&fastPos=1)). Les mentions susceptibles de porter préjudice au salarié ou les mentions discriminatoires sont interdites ([Cass. soc. 14 oct. 1986, n° 85-96369](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007064292&fastReqId=1122212369&fastPos=1)).

**\* Les sanctions du non-respect de la remise du certificat**Cette obligation de remettre un certificat de travail est extrêmement importante : l'employeur est passible d'une contravention pénale de 4e classe s'il ne la respecte pas ([Art. R. 1238-3 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018537474&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)).  
De plus, la non remise du certificat, sa remise tardive ou la remise d'un certificat inexact, peut permettre au salarié d'obtenir des dommages et intérêts. Ces derniers peuvent être octroyés par le bureau de jugement du conseil de prud'hommes. Le salarié devra alors justifier qu'il a réclamé son certificat et qu'il s'est heurté à l'inertie ou au refus de son employeur ([Cass. soc. 22 mai 1975, n° 74-40011](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006994553&fastReqId=313200455&fastPos=1)).  
Il devra également prouver la réalité de son préjudice (exemple : allocations de chômage dont il a été privé, difficulté dans la recherche d'un nouvel emploi etc.) ([Cass. soc. 11 janv. 2006, n° 03-46055](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051331&fastReqId=134959622&fastPos=1)). Cependant, la Cour de cassation a également décidé que la remise tardive du certificat de travail causait nécessairement un préjudice au salarié ([Cass. soc. 13 juin. 2007, n° 06-41189](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007532304&fastReqId=1422855042&fastPos=1)). Depuis la loi du 17 juin 2008 réformant la prescription civile, l'action en délivrance du certificat de travail se prescrit par cinq ans, et non plus trente ans.

**À NOTER**Le salarié peut demander au bureau de conciliation et à la formation de référé sous astreinte la remise d'un certificat de travail régulier sur la forme comme sur le fond. L'ordonnance est alors exécutoire de plein droit ([art. R. 1454-28 du C.T.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018536004&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20120210&oldAction=rechCodeArticle)). L'employeur doit tenir le certificat à la disposition du salarié, celui-ci doit venir le chercher ([Cass. soc. 1er juill. 2015, n° 13-26850](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030846504&fastReqId=948642399&fastPos=1))

4.4.6 L'obligation de non-concurrence

Une fois le contrat de travail rompu, le salarié est en principe libre d'exercer toute activité professionnelle. Cependant, certains salariés restent encore tenus envers leur employeur d'une obligation de non-concurrence.Particulièrement restrictives de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle, ces clauses de non –  concurrence sont donc soumises à des règles de validité strictes, notamment l'obligation de verser au salarié une compensation financière.

**I – Définition et existence de la clause de non-concurrence**

La clause de non-concurrence a pour objet d'interdire au salarié d'exercer une activité professionnelle susceptible de faire concurrence à son ancien employeur, une fois le contrat de travail rompu. Elle peut s'appliquer après tous les cas de rupture du contrat de travail. En cas de rupture pendant la période d'essai, la clause est applicable si le salarié et l'employeur en étaient ainsi convenus ([Cass. soc. 22 oct. 2008, n° 07-42581](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019687640&fastReqId=869826310&fastPos=1)).  
Elle ne doit pas être confondue avec l'obligation de loyauté qui interdit au salarié d'exercer une activité concurrente pendant l'exécution de son contrat de travail. Elle ne doit pas non plus être confondue avec la clause d'exclusivité, qui interdit au salarié de travailler pour toute autre entreprise qu'elle soit concurrente ou non, et s'applique pendant l'exécution du contrat, et non après sa rupture. La clause peut être prévue au moment de la conclusion du contrat de travail ou en cours d'exécution. Mais la clause réservant à l'employeur la faculté d'imposer unilatéralement une obligation de non-concurrence après la rupture du contrat de travail est nulle ([Cass. soc. 15 avr. 2008, n° 07-40907](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018684619&fastReqId=1384452601&fastPos=1)). Si la convention collective prévoit la simple faculté pour l'employeur d'insérer une clause de non-concurrence dans le contrat, celui-ci doit en prévoir une expressément pour qu'elle soit applicable ([Cass. soc. 5 déc. 1974, n° 73-40376](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006993674&fastReqId=2015767378&fastPos=1)).  
En revanche, si la convention collective prévoit obligatoirement une clause de non-concurrence, celle-ci s'impose au salarié, à condition que celui-ci ait été informé, au moment de son engagement, de l'existence de la convention et mis en mesure d'en prendre connaissance ([Cass. soc. 8 janv. 1997, n° 93-44009](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007036892&fastReqId=1338583577&fastPos=1)).

**À NOTER**Cette solution de la Cour de cassation est contestable. En effet, les conventions collectives ne sont applicables que si elles sont plus favorables que la loi. Or, la loi n'impose pas de clause de non-concurrence.  
En revanche, une convention collective postérieure au contrat de travail ne peut imposer au salarié une obligation de non-concurrence si le contrat n'en prévoyait pas ([Cass. soc. 17 oct. 2000, n° 98-42018](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041532&fastReqId=520265216&fastPos=1)). L'insertion d'une clause de non-concurrence ([Cass. soc. 1 fév. 2000, n° 98-40738](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007407722&fastReqId=873851478&fastPos=1)) ou la modification d'une telle clause constitue une modification du contrat de travail, qui nécessité l'accord du salarié. La clause de non-concurrence est destinée à trouver application après la rupture du contrat de travail. Elle n'est pas affectée par une transaction, sauf si celle-ci en dispose autrement ([Cass. soc. 20 mai 2009, n° 07-44576](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020659237&fastReqId=678176961&fastPos=1)). Mais elle peut être créée par une transaction alors même qu'elle n'avait pas été prévue dans le contrat de travail ([Cass. soc. 1er juil. 2009, n° 08-40252](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020827080&fastReqId=2122895875&fastPos=1)). La clause de non-concurrence doit recevoir application par les deux parties même si le licenciement a été ultérieurement jugé sans cause réelle et sérieuse ([Cass. soc. 22 oct. 1997, n° 94-45186](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037277&fastReqId=1509016813&fastPos=1)).

**II – Les conditions de validité de la clause de non-concurrence**

Une clause de non-concurrence doit remplir cumulativement les critères suivants ([Cass. soc. 29 oct. 2008, n° 06-42278](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019716250&fastReqId=219375617&fastPos=1)) :

* elle doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ; ainsi, une clause de non – concurrence imposée à un laveur de vitre est illicite car elle n'est en rien indispensable à l'entreprise ([Cass. soc. 14 mai 1992, n° 89-45300](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007028595&fastReqId=1662361972&fastPos=1)) ;
* elle doit comporter l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière (voir ci-dessous);
* elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace ;
* elle doit tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié : elle ne doit pas empêcher le salarié d'exercer « une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle »(Cass. soc. 18 sept. 2002, n° 00-42904).

Si l'une de ces conditions n'est pas respectée, la clause de non-concurrence est nulle, mais seul le salarié peut se prévaloir de cette nullité ([Cass. soc. 6 juill. 2016 n° 14-20323](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032873253&fastReqId=2138796170&fastPos=1)). Ni l'ancien ni le nouvel employeur ne peuvent l'invoquer ([Cass. soc. 2 fév. 2006, n° 04-41004](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007050408&fastReqId=980614005&fastPos=1)).Le salarié a aussi la possibilité de saisir le juge des référés pour qu'il déclare que cette clause lui est inopposable ([Cass. soc. 25 mai 2005, n° 04-45794](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051190&fastReqId=1249165259&fastPos=1)).  
En cas de nullité, la clause est réputée n'avoir jamais existé, mais le salarié n'a pas à reverser à l'employeur la partie de la contrepartie financière perçue pendant la période où il a respecté son obligation de non – concurrence ([Cass. soc. 28 oct. 1997, n° 94-43792](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037467&fastReqId=539749696&fastPos=1)).  
De plus, le salarié qui a respecté une clause de non – concurrence illicite a nécessairement subi un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue ([Cass. soc. 11 janv. 2006, n° 03-46933](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051285&fastReqId=2018444832&fastPos=1)). Le salarié a donc droit à des dommages et intérêts sans avoir à prouver de préjudice. L'employeur peut cependant se soustraire à cette obligation de verser une indemnité en prouvant que le salarié n'a pas respecté l'interdiction de non-concurrence ([Cass. soc 22 mars 2006, n° 04-45546](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049993&fastReqId=891076274&fastPos=1)). Le conseiller prud'homal peut également, lorsque la clause est excessive et ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en limitant ses effets dans le temps, l'espace ou ses autres modalités.  
Par exemple, il peut limiter la clause à l'interdiction de démarcher les clients de la société d'assurance qui était l'employeur, en lieu et place de l'interdiction d'exercer toute activité dans le secteur de l'assurance ([Cass. soc. 18 sept. 2002, n° 00-42904](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007044848&fastReqId=966075740&fastPos=1)). Les limites de la clause doivent également être réduites à celles prévues par la convention collective lorsque celle-ci est plus favorable ([Cass. soc. 22 oct. 2008, n° 07-42035](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019686288&fastReqId=944365314&fastPos=1)).

**III  – L'indemnité de non-concurrence**

**\* L'existence de l'indemnité de non-concurrence**La clause de non-concurrence doit être assortie d'une contrepartie pécuniaire, l'indemnité de non-concurrence, et ce, même si la convention collective n'en prévoit pas ([Cass. soc. 10 juil. 2002, n° 00-45135](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046365&fastReqId=1835998267&fastPos=1)). Cette obligation s'applique rétroactivement aux clauses signées avant le 10 juillet 2002 ([Cass. soc. 25 fév. 2004, n° 02-41306](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007472690&fastReqId=1539711653&fastPos=1)).  
L'employeur ne peut pas unilatéralement régulariser une clause ne contenant pas de contrepartie. En effet, selon une interprétation de l'administration, l'ajout d'une telle contrepartie constitue une modification du contrat de travail qui doit être soumise à l'accord exprès du salarié (Rép. Min. Le Nay, JOAN 16 mars 2004, p. 2016). Si le contrat se réfère à une convention collective qui impose une contrepartie financière alors que la clause de non-concurrence n'en prévoyait pas, la clause est tout de même valable. En effet, la contrepartie financière prévue par la convention collective s'applique de plein droit ([Cass. soc. 10 mars 2004, n° 02-40108](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007047276&fastReqId=201649107&fastPos=1)).  
La clause est également valable lorsque l'avenant à l'accord collectif, prévoyant la contrepartie, était postérieur à la conclusion du contrat de travail ([Cass.soc., 4 février 2009 n° 07-44560](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020226284&fastReqId=1165992200&fastPos=1" \t "_blank)).La contrepartie financière doit être versée dès que le salarié a commencé à respecter son obligation de non – concurrence, c'est-à-dire à la fin du préavis lorsque le salarié l'a effectué ou dès le départ de l'entreprise si le salarié a été dispensé du préavis ([Cass. soc. 15 juil. 1998, n° 96-40866](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041183&fastReqId=697784136&fastPos=1)).

**\* Indemnité et rupture du contrat**La contrepartie financière est due quelle que soit la cause de rupture du contrat de travail. Les clauses prévoyant que la contrepartie ne sera versée qu'en cas de rupture à l'initiative de l'employeur ou inversement du salarié ou qu'elle ne sera pas versée en cas de faute grave sont donc nulles ([Cass. soc. 31 mai 2006, n° 04-44598](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007055056&fastReqId=204536747&fastPos=1) ; [Cass. soc. 27 fév. 2007, n° 05-44984](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017638192&fastReqId=1488774998&fastPos=1), [Cass. soc. 4 juin 2008, n° 04-40609](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018947685&fastReqId=2120853970&fastPos=1)). La clause ne peut pas minorer ou exclure la contrepartie financière qu'elle prévoit selon le mode de rupture du contrat de travail ([Cass. soc. 9 avril 2015, n° 13-25847)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030470498&fastReqId=94374531&fastPos=1) ou son motif  ([Cass. soc. 8 avril 2010, n° 08-43056](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022086667&fastReqId=1512686355&fastPos=1,)) y compris en application d'une disposition conventionnelle ([Cass.  soc. 14 avril 2016, n° 14-29679](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032414297&fastReqId=1008807495&fastPos=2)).  
Le paiement de la contrepartie ne peut être affecté par les circonstances de la rupture du contrat de travail et la possibilité pour le salarié de reprendre ou non une activité concurrentielle ([Cass. soc. 13 juil. 2005, n° 03-44975](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007502375&fastReqId=461615069&fastPos=1)).

Elle doit donc être versée même si :

* le salarié a été déclaré inapte ([Cass. soc. 10 mars 2004, n° 01-47350](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007473925&fastReqId=800361133&fastPos=1)) ;
* le salarié a retrouvé un emploi (Même arrêt) ;
* le salarié a décidé de prendre sa retraite ([Cass. soc. 24 sept. 2008, n° 07-40098](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019535813&fastReqId=804330147&fastPos=1)) ;
* l'entreprise cesse son activité volontairement ([Cass. soc. 5 avr. 2005, n° 02-45540](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007052668&fastReqId=805519416&fastPos=1)) ou est en liquidation judiciaire ([Cass. soc. 9 juil. 2008, n° 07-41970](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019167858&fastReqId=563616269&fastPos=1)).

En revanche, elle n'est pas due en cas de décès du salarié ([Cass. soc. 29 oct. 2008, n° 07-43093](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019715241&fastReqId=475779698&fastPos=1)).Si l'employeur ne peut prouver aucun acte de concurrence de la part du salarié, l'absence de versement de la contrepartie financière délie le salarié de son obligation de non-concurrence ([Cass. soc. 13 juil. 2004, n° 02-43913](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007482786&fastReqId=373003761&fastPos=1)). Cette absence de versement constitue un trouble manifestement illicite auquel le juge des référés peut mettre fin ([Cass. soc. 22 fév. 2000, n° 98-43005](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007615475&fastReqId=1733284061&fastPos=1)).

**\* Montant de l'indemnité**La contrepartie financière doit respecter le principe de proportionnalité. Elle doit être fonction de l'atteinte portée au libre exercice de la liberté professionnelle, de la difficulté ultérieure du salarié à trouver un emploi. Une clause dont la contrepartie serait fixée exclusivement en fonction de la durée d'exécution du contrat de travail est nulle ([Cass. soc. 7 mars 2007, n° 05-45511](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017779124&fastReqId=51020554&fastPos=1)).  
Son action en paiement se prescrit par trois ans. Ce n'est pas une clause pénale au sens de l'article 1231-5 du Code civil. Le conseiller prud'homme ne peut donc ni l'augmenter ni la réduire ([Cass. soc. 19 juil. 1988, n° 85-43179](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007021562&fastReqId=661335887&fastPos=1)).  
En revanche, une contrepartie manifestement dérisoire équivaut à une absence de contrepartie, ce qui permet au juge d'annuler la clause de non-concurrence ([Cass. soc. 15 nov. 2006 n° 04-46721](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007054657&fastReqId=850941268&fastPos=1)).L'indemnité de non- concurrence  a la nature d'un salaire. Ell est soumise à cotisations, à la CSGet à la CRDS et ouvre droit à congés payés ([Cass. soc. 17 mai 2006, n° 04-47597](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007055041&fastReqId=724545604&fastPos=1)). Elle est soumise à l'impôt sur le revenu.

**IV – La renonciation par l'employeur**

L'employeur ne peut renoncer à la clause de non – concurrence qu'avec l'accord du salarié, ou si cette possibilité est expressément prévue par le contrat de travail ou la convention collective à laquelle se réfère le contrat ([Cass. soc. 28 mars 2007 n° 06-40293](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007511958&fastReqId=1601036820&fastPos=1)).  
La renonciation de l'employeur doit résulter d'une manifestation de volonté claire et non équivoque ([Cass. soc. 23 sept. 2008, n° 07-41649](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019537028&fastReqId=348989672&fastPos=1)).La renonciation à un droit ne se présumant pas, elle ne peut pas se déduire du seul comportement de l'employeur ou du salarié, ou de la mention « libre de tout engagement » portée sur le certificat de travail ([Cass. soc. 7 janv. 1997, n° 94-18682](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007318215&fastReqId=580197649&fastPos=1)). Elle ne peut pas non plus se déduire de la seule mention dans le plan de sauvegarde de l'emploi de l'intention de l'employeur de lever systématiquement l'obligation de non-concurrence des salariés licenciés ([Cass. soc. 23 sept. 2008, n° 07-41649](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019537028&fastReqId=599328481&fastPos=1)).  
En l'absence de fixation par le contrat de travail ou la convention collective des modalités de renonciation, l'employeur doit notifier dans un délai raisonnable qu'il renonce à l'application de la clause. En l'espèce, le délai était d'un mois après la réception par l'employeur de la notification de la prise d'acte de la rupture ([Cass. soc. 13 juin 2007, n° 04-42740](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017895728&fastReqId=2001360255&fastPos=1)).  
Lorsque la renonciation est inopérante, l'employeur doit verser l'intégralité de la contrepartie financière, sauf si le salarié n'a pas respecté son obligation de non – concurrence ([Cass. soc. 27 mars 2008, n° 07-40195](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018551553&fastReqId=81924016&fastPos=1)). Si la renonciation est valable, l'employeur n'est pas tenu de verser la contrepartie et le salarié est libéré de son obligation.

**V – La violation de la clause par le salarié**

La violation de l'obligation de non-concurrence s'apprécie au regard de l'activité réelle de l'entreprise et non par rapport à la définition statutaire de son objet social ([Cass. soc. 10 juin 2008, n° 07-43076](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019002615&fastReqId=413013843&fastPos=1)). Le fait pour un salarié d'avoir simplement sollicité (et non accepté) un emploi auprès d'une société concurrente ne caractérise pas, à lui seul, une violation de la clause ([Cass. soc. 12 mai 2004, n° 02-40490](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007048385&fastReqId=1599731812&fastPos=1)). La charge de la preuve de la violation appartient à l'employeur ([Cass. soc 25 mars 2009, n° 07-41894](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020453619&fastReqId=298666241&fastPos=1)).  
Si le salarié a commencé à respecter la clause de non – concurrence puis ne la respecte plus, l'employeur doit lui verser la contrepartie financière correspondant à la période pendant laquelle l'obligation a été respectée et peut interrompre le versement à l'issue de cette période ([Cass. soc. 18 fév. 2003, n° 01-40194](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007453315&fastReqId=1619073033&fastPos=1)).  
Si la contrepartie a déjà été versée, le salarié doit la restituer à l'employeur depuis la date de la violation de son obligation de non-concurrence (Ca[ss. soc. 9 avr. 2008, n° 06-46523](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018645664&fastReqId=1412140098&fastPos=1)). L'employeur peut également réclamer des dommages et intérêts en fonction du préjudice qu'il a subi et dont il doit rapporter la preuve ([Cass. soc. 14 juin 2000, n° 98-43699](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007410916&fastReqId=630063193&fastPos=1)). Les parties peuvent stipuler à l'avance le montant des dommages et intérêts, que devra automatiquement verser le salarié sans qu'il soit nécessaire de recourir au juge. Cette stipulation est une clause pénale au sens de l'article 1231-5 du Code civil, que les conseillers prud'homaux peuvent réformer si elle est manifestement excessive ou dérisoire par rapport au préjudice réellement subi ([Cass. soc. 5 juin 1996, n° 92-42298](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007036431&fastReqId=1644779411&fastPos=1)).  
Sur demande de l'ancien employeur, le juge des référés peut faire cesser le trouble manifestement illicite en ordonnant sous astreinte l'exécution forcée de l'interdiction (exemple : cessation de l'activité de l'entreprise concurrente). Le juge des référés n'a cependant pas le pouvoir d'ordonner lui-même la résiliation du contrat de travail liant le salarié à un nouvel employeur (C[ass. soc. 13 mai 2003, n° 01-17452](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007048680&fastReqId=1364569702&fastPos=1)). Il peut faire injonction au salarié de cesser de travailler avec cet employeur ([Cass. soc. 6 fév. 2001, n° 98-46069](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007425208&fastReqId=1017176695&fastPos=1)), mais seul le juge du fond peut ordonner directement la rupture du contrat.