



**RAPPORT DE M. BARINCOU,
CONSEILLER**

Arrêt n° 47 du 14 janvier 2026 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 24-13.778

Décision attaquée : 7 février 2024 de la cour d'appel de Lyon

Mme [E] [B]

**C/
la société les Sinopies**

INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre.

Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général.

Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [B] a été engagée, en qualité d'agent de service hôtelier, le 4 mars 2004 par la société Les sinoplies. Elle occupait en dernier lieu un poste d'auxiliaire de vie au sein d'un EHPAD.

Le 25 juillet 2017, la salariée a été convoquée à un entretien préalable à un éventuel licenciement fixé au 4 août 2017.

Par lettre du 10 août 2017, la salariée a été licenciée pour faute simple, son employeur lui reprochant, d'une part, son agressivité envers un résident, le 2 juillet 2017, et des collègues de travail et, d'autre part, d'avoir, le 10 juillet 2017, en présence du médecin coordinateur et de sa responsable de service, parlé d'une résidente atteinte de la maladie d'alzheimer qui criait et qui avait été transférée de l'unité protégée de l'établissement au service classique, en indiquant que la place de cette résidente n'était pas adaptée à l'établissement et qu'elle ne pourrait pas prendre en charge des résidents présentant ce genre de troubles, lesquelles devaient retourner à l'unité protégée.

La salariée a saisi la juridiction prud'homale le 11 octobre 2017 de diverses demandes.

Statuant en formation de départage, par jugement du 29 octobre 2020, le conseil de prud'hommes a débouté la salariée de toutes ses demandes.

Par arrêt du 7 février 2024, la cour d'appel de Lyon a, pour l'essentiel, confirmé le jugement et jugé que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse.

Il l'a toutefois infirmé en ce qu'il a rejeté la demande formulée au titre d'un non-respect des temps de pause et, statuant à nouveau sur ce point, a condamné l'employeur à payer à la salariée une somme à titre de dommages-intérêts pour manquement au respect des temps de pause ainsi qu'aux dépens de première instance et d'appel.

La salariée a formé un pourvoi le 8 avril 2024.

Le mémoire ampliatif a été déposé le 22 juillet 2024 (article 700 : 3 500 euros).

Le mémoire en défense a été déposé le 18 septembre 2024 (article 700 : 3 500 euros).

2 - Analyse succincte du moyen

La salariée fait grief à l'arrêt de dire que son licenciement pour cause réelle et sérieuse est justifié, de rejeter ses demandes afférentes et, en conséquence, de rejeter sa demande tendant à voir juger son licenciement nul et sa demande de dommages-intérêts pour licenciement nul, alors « que sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression ; que le caractère illicite du motif du licenciement prononcé, même en partie, en raison de l'exercice, par le salarié, de sa liberté d'expression, liberté fondamentale, entraîne à lui seul la nullité du licenciement ; qu'en l'espèce, après avoir reconnu que le grief relatif aux faits du 10 juillet 2017 mentionné dans la lettre de licenciement relevait « d'une atteinte manifeste à la liberté

d'expression dans l'entreprise », la cour d'appel a cependant jugé que « néanmoins, il appartient de vérifier si le licenciement était nécessaire au regard du but poursuivi, ainsi que son adéquation et son caractère proportionné à cet objectif » et qu'en l'occurrence, « au regard de la nécessaire bienveillance dans l'accueil des personnes âgées quel que soit le type de pathologie dont ils sont atteints alors même qu'il est justifié que la salariée avait bénéficié de formations relatives à la prise en charge de personnes âgées présentant des troubles mentaux [...], la mesure de licenciement compte tenu des risques de maltraitance sur ce public en grande vulnérabilité et du comportement agressif dont la salariée avait fait preuve au cours des jours précédents, est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi de prise en charge bienveillante et sécuritaire des personnes âgées en situation de vulnérabilité » (cf. arrêt p. 8) ; qu'en statuant ainsi quand il ressortait de ses propres constatations que le licenciement de la salariée avait été motivé en raison de l'exercice non abusif par la salariée de sa liberté d'expression, ce qui suffisait à entraîner la nullité du licenciement, la cour d'appel a violé les articles 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et L. 1121-1 du code du travail. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Un contrôle de proportionnalité permet-il de juger qu'un licenciement disciplinaire est justifié malgré l'atteinte portée par l'employeur à la liberté d'expression d'un salarié.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 Liberté d'expression et contrôle de proportionnalité

La liberté d'expression est garantie et protégée notamment par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Pour ce qui concerne plus spécialement les salariés, l'article L. 1121-1 du code du travail dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

La chambre sociale rappelle régulièrement que « sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché peuvent être apportées » (Soc., 28 avril 2011, n° 10-30.107, Bull., n° 96), sachant que l'abus dans l'exercice de cette liberté n'est caractérisé que par l'emploi de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs. (Soc., 27 mars 2013, n° 11-19.734, Bull., n° 95 ou, plus récemment : Soc., 24 novembre 2021, n° 20-18.143).

Un licenciement prononcé, malgré cela, pour un motif lié à un exercice non abusif par le salarié de sa liberté d'expression est sanctionné par la nullité (Soc., 16 février 2022, pourvoi n° 19-17.871, publié ; Soc., 23 octobre 2024, n° 23-16.479, publié) et la chambre juge que « le caractère illicite du motif du licenciement prononcé, même en

partie, en raison de l'exercice, par le salarié de sa liberté d'expression, liberté fondamentale, entraîne à lui seul la nullité du licenciement » (Soc., 29 juin 2022, n° 20-16.060, publié).

La chambre sociale applique ici la théorie dite du « motif contaminant » : en présence de plusieurs motifs de licenciement, l'invocation par l'employeur d'un grief relatif à un exercice non abusif de la liberté d'expression emporte à lui seul la nullité de plein droit du licenciement, sans que le juge ait à examiner les autres griefs invoqués par l'employeur pour vérifier l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Cette théorie du motif contaminant avait déjà été appliquée à un grief lié à la dénonciation par un salarié de faits de maltraitance (Soc., 26 septembre 2007, n° 06-40.039, Bull., n° 136) ou de harcèlement (Soc., 10 mars 2009, n° 07-44.092, Bull., n° 66). La solution est identique lorsque le licenciement est motivé par la participation à une grève (Soc., 8 juillet 2009, n° 08-40.139, Bull., n° 172) ou par une action en justice engagée par le salarié (Soc., 3 février 2016, n° 14-18.600, Bull., n° 18).

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a désormais consacré cette règle en créant l'article L. 1235-2 du code du travail. En application de ce texte, même lorsque l'un des griefs formulés par l'employeur porte atteinte à une liberté fondamentale, le juge doit examiner les autres motifs énoncés dans la lettre de licenciement, non pas pour trouver une justification au licenciement nul mais afin, si l'employeur le lui demande, de les prendre en compte dans l'évaluation de l'indemnité pour licenciement nul (Soc., 19 octobre 2022, n° 21-15.533, publié).

En effet, en présence d'un tel motif contaminant, le juge ne peut pas retenir que l'un des autres griefs énoncés par la lettre de licenciement permet de justifier ce dernier :

Attendu que, pour retenir l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, la cour d'appel relève que les insuffisances professionnelles invoquées dans la lettre de licenciement sont établies ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations qu'il était également fait grief à Mme P., dans la lettre de licenciement, d'avoir accusé publiquement la présidente de l'association de harcèlement moral, et alors que, si la salariée ne demandait pas l'annulation de son licenciement, ce grief privait néanmoins à lui seul le licenciement de cause réelle et sérieuse, sauf mauvaise foi de l'intéressée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Soc., 15 décembre 2011, n° 10-20.011

5. Pour débouter le salarié de ses demandes formées au titre de la nullité du licenciement, l'arrêt retient qu'il est manifeste que c'est à l'occasion de l'action en justice de l'intéressé que l'employeur a constaté notamment la production sans autorisation de bulletins de salaire de cinq de ses salariés, constitutive selon lui de manquements du salarié à ses obligations contractuelles. Il ajoute que les motifs du licenciement sont suffisamment explicites pour que les circonstances de la découverte des bulletins de salaire litigieux - et donc d'une fraude induite par l'employeur - ne soient pas confondues avec eux.

6. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que la lettre de licenciement reprochait au salarié d'avoir produit dans le cadre de l'instance

prud'homale les bulletins de salaires de cinq de ses collègues obtenus frauduleusement, la cour d'appel, qui devait en déduire que la seule référence dans la lettre de rupture à la procédure contentieuse engagée par le salarié contre son employeur était constitutive d'une atteinte à la liberté fondamentale d'ester en justice, a violé les textes susvisés.

Soc., 28 septembre 2022, n° 21-11.101

10. Pour débouter le salarié de sa demande en nullité du licenciement, l'arrêt, après avoir constaté qu'il lui était notamment reproché d'avoir remis en cause la stratégie de l'entreprise en s'adressant directement, dans un courriel du 21 avril 2016, à l'actionnaire unique et président de la société, afin de lui faire part de son « inquiétude quant aux risques d'implosion à moyen terme de l'organisation consulting (et de ce fait de Gac groupe) ainsi que le risque de perdre (leur) plus gros client », retient que ce grief ne porte pas atteinte à la liberté d'expression du salarié, l'employeur étant fondé à reprocher au salarié d'avoir fait preuve de déloyauté en demandant, de façon confidentielle, un entretien à l'actionnaire unique.

11. En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le licenciement était, en partie, fondé sur la remise en cause par le salarié de la stratégie et l'organisation de l'entreprise qui participe de sa liberté d'expression, sans qu'un abus dans l'exercice de cette liberté ne soit caractérisé, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés.

Soc., 20 mars 2024, n° 22-17.859

✎ Le contrôle exercé par la chambre sociale en matière de liberté d'expression est parfois critiqué par la doctrine : certains auteurs estiment que sa jurisprudence ne permet pas une protection suffisante de la liberté d'expression et nombreux sont ceux qui lui reprochent son imprécision :

(...) les juridictions du travail refusent de se laisser enfermer dans un principe de légalité qui leur interdirait de sanctionner d'autres abus de liberté d'expression. Elles invoquent souvent un triptyque mystérieux mais plein de souplesse, parlant de « propos injurieux, diffamatoires ou excessifs ». Il faut une certaine audace pour définir ainsi l'abus en parlant d'excès ! Cela garantit néanmoins aux conseils de prud'hommes une grande marge d'appréciation.¹

Dans un article de synthèse consacré à la liberté d'expression du salarié, le professeur Loiseau écrit que la chambre sociale reconnaît au salarié un droit de critique en lien avec l'activité professionnelle et les conditions de son exercice, sous réserve d'un éventuel abus constitué par l'atteinte à la réputation, à l'honneur ou à la considération d'autrui, en soulignant lui aussi la difficulté liée à la définition de l'abus par l'excès.²

¹ E. Dreyer, La loi sur la liberté de la presse n'est pas applicable quand le salarié abuse de sa liberté d'expression dans l'exécution de son contrat de travail, JCP n° 39, 27 septembre 2006, II 10157 (on peut lire aussi : S. Tournaux, Liberté d'expression du salarié sur internet, à quand une position claire ?, Lexbase Social, mai 2015, n° 613 ou S. Tournaux, Abus de liberté d'expression sur internet : des caractères encore trop incertains, Lexbase Social, mai 2018, n° 740)

² G. Loiseau, La liberté d'expression du salarié, RDT 2014, p.396

Dans une affaire où il ne s'agissait pas d'apprécier une critique formulée à l'encontre de l'entreprise ou des personnes y travaillant, la chambre sociale a retenu qu'il était possible, en matière de licenciement portant atteinte à la liberté d'expression, de procéder à un contrôle de proportionnalité :

Sommaire : La rupture du contrat de travail, motivée par des propos tenus par le salarié, constituant une ingérence de l'employeur dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression, tel que garanti par l'article 10, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il appartient au juge de vérifier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, une telle ingérence est nécessaire dans une société démocratique, et, pour ce faire, d'apprécier la nécessité de la mesure au regard du but poursuivi, son adéquation et son caractère proportionné à cet objectif. Doit être approuvé l'arrêt qui, ayant fait ressortir que le licenciement, fondé sur la violation par le salarié d'une clause de son contrat de travail d'animateur, poursuivait le but légitime de lutte contre les discriminations à raison du sexe et les violences domestiques et celui de la protection de la réputation et des droits de l'employeur, en a déduit, compte tenu de l'impact potentiel des propos réitérés du salarié, reflétant une banalisation des violences à l'égard des femmes, sur les intérêts commerciaux de l'employeur, que cette rupture n'était pas disproportionnée et ne portait donc pas une atteinte excessive à la liberté d'expression du salarié. Soc., 20 avril 2022, n° 20-10.852, publié (arrêt Tex)³

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme invite effectivement à garantir la protection de la liberté d'expression en procédant par trois étapes successives, dès lors qu'il a été constaté que la mesure contestée, en l'espèce le licenciement, constitue une ingérence de l'employeur dans la liberté d'expression du salarié. Ces étapes peuvent être, comme le propose le guide de la CEDH sur l'application de l'article 10⁴, énumérées de la manière suivante :

- I. L'ingérence est-elle **prévue par la loi** (au sens de la jurisprudence de la CEDH) ?
- II. Cette ingérence poursuit-elle l'un des **buts légitimes**, limitativement énumérés au second paragraphe⁵ de l'article 10 de la Convention ?
- III. La **nécessité** de l'ingérence dans une société démocratique est-elle, en l'espèce, caractérisée conformément aux critères dégagés par la jurisprudence de la Cour

³ Commentaires critiques par : JP. Marguénaud et J. Mouly, À propos de l'arrêt Tex : l'humour de Pierre Desproges est mort. Étonnant non ?, D. 2022. 1191 ou B. Bossu, Liberté d'expression d'un animateur de télévision et plaisanterie sexiste, JCP S 2022. 1160

⁴ [Guide](#) sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, août 2022, p. 22 s.

⁵ Article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme :

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

européenne des droits de l'homme laquelle exige notamment que cette ingérence réponde un « besoin social impérieux » et que la mesure retenue soit proportionnée au but légitime poursuivi.

Cette dernière étape suppose de procéder à une mise en balance dès lors que se trouvent en conflit deux droits protégés par la Convention.

A la suite de l'arrêt Tex précité, le professeur Fabre s'est interrogé sur un éventuel changement de régime de la liberté d'expression en envisageant un passage d'un contrôle de l'abus par le salarié de l'exercice de sa liberté d'expression à un contrôle de l'atteinte portée à cette même liberté par l'employeur. Selon lui, « ce qui importe, au fond, ce n'est pas de savoir si le salarié a abusé de sa liberté d'expression, mais bien de se demander si l'atteinte portée à cette liberté par l'employeur était admissible ». Il introduit son article, auquel répond immédiatement celui du professeur Adam, dans les termes suivants :

Quel enseignant ou praticien n'a-t-il pas éprouvé ce malaise : cela fait plus de vingt ans que la Cour de cassation énonce avec constance que les restrictions à la liberté d'expression du salarié doivent répondre aux exigences de l'article L. 1121-1 du Code du travail alors que dans la majeure partie des décisions, c'est à un contrôle de l'abus que se livrent les juges. Au point de susciter l'interrogation : avec un tel régime d'exception, cette liberté n'occupe-t-elle pas une place à part parmi les droits fondamentaux ? L'arrêt rendu par la chambre sociale dans l'affaire Tex pourrait néanmoins avoir mis fin à cette anomalie. Reprenant à son compte la grille de contrôle que la Cour européenne des droits de l'homme a tracée sur le fondement de l'article 10 de la Convention, la haute juridiction semble avoir changé le régime des limites à la liberté d'expression : délaissant la recherche d'un abus qualifié (propos injurieux, diffamatoires ou excessifs), elle paraît s'intéresser à « l'ingérence » commise par l'employeur à travers le prononcé d'un licenciement, ingérence dont il faudrait apprécier la nécessité. À cette thèse que nous développons dans la première étude, Patrice Adam a souhaité réagir en proposant une autre lecture de la décision et de sa portée : les limites de l'abus et de l'atteinte ne seraient pas aussi éloignées qu'il y paraît ; plutôt que de les opposer, comme le suggérerait la bascule évoquée plus haut, il faudrait au contraire prendre conscience de ce qui les rapproche, les contrôles de l'abus et de l'atteinte se complétant nécessairement. Espérons que les lecteurs trouveront dans cet échange singulier de quoi alimenter leurs réflexions.⁶

4.2 Application en l'espèce

☞ Après avoir formulé un grief relatif à l'agressivité de la salariée de la salariée vis à vis d'une résidente le 10 juillet 2017, la lettre de licenciement énonce :

Lundi 10 juillet 2017, en présence du médecin coordonnateur, le docteur [F] et de la cadre de santé, Mme [S], vous avez fermement exprimé votre désaccord quant au fait d'avoir une nouvelle résidente, à votre étage. Nous citons vos propos : « sa place n'est

⁶ A. Fabre et P. Adam, Liberté d'expression du salarié : de l'abus à l'atteinte, Rev. trav. 2022. 492

pas adaptée à l'EHPAD et de toute façon, je ne pourrai pas prendre en charge les résidents avec des troubles du comportement ». Le docteur [F] a été choquée par votre attitude. Présente depuis peu au sein de l'établissement, elle a toutefois pu constater dans votre dossier que vous aviez bénéficié de nombreux apports techniques et théoriques en matière d'accompagnement de la personne âgée et dépendante en EHPAD. Vous avez suivi de nombreuses formations en interne et obtenu votre diplôme d'Aide-Soignante en juillet 2016, formation que nous vous avons financée. (...) Au regard de ces cursus de formation, le docteur [F] nous a donc témoigné de sa plus vive inquiétude quant à votre qualité de prise en charge des résidents dont vous avez la charge.

Le jugement de première instance avait retenu que la décision de prise en charge d'un résident ne relevait pas des compétences de la salariée et que cette dernière, en exprimant son refus de prise en charge d'une patiente présentant des troubles du comportement, avait refusé d'exécuter ses fonctions alors qu'elle disposait des connaissances nécessaires à cette fin :

Concernant l'incident du 10 juillet 2017, le docteur [F], médecin coordonnateur ayant assisté à la réunion du 10 juillet au matin, témoigne dans une attestation non conforme que Mme [B] a mentionné lors de la réunion que la place de la patiente transférée de l'unité protégée au 2^{ème} étage où elle était affectée et présentant la maladie d'Alzheimer et des troubles du comportement manifestés par des cris n'était pas adaptée et a indiqué qu'elle ne pourrait pas prendre en charge ce type de résidents. La responsable du pôle soins, Mme [S], déclare que lors d'une relève à l'étage, la salariée a indiqué ne pas vouloir s'occuper de cette résidente qui selon elle ne relevait pas de sa prise en charge. Les deux attestantes déclarent être étonnées de l'attitude de Mme [B] par rapport au profil de la salariée et aux formations qu'elle a reçues. En effet, la requérante a reçu une formation notamment sur l'animation auprès de personnes présentant des troubles cognitifs en septembre 2014. (...)

Il en ressort que la décision de prise en charge d'un résident ne relève pas des compétences de l'intéressée et que Mme [B] a bien exprimé par deux fois, dont une lors d'une réunion en présence du médecin coordonnateur et de la cadre de santé, son refus de prise en charge d'une patiente présentant des troubles du comportement, et par là-même, d'exécuter ses fonctions. Et ce quand bien même elle a déclaré lors de l'audience, s'être occupé de cette patiente dans le cadre de ses fonctions. Enfin, elle disposait bien des connaissances nécessaires pour effectuer ses missions d'auxiliaire de vie avec cette patiente.⁷

Dans ses conclusions d'appel, la salariée critiquait cette motivation en faisant valoir :

Surtout, l'expression d'un désaccord ne peut jamais justifier une sanction disciplinaire puisqu'il ne s'agit ni plus ni moins que l'usage de la liberté d'expression du salarié. Sauf bien évidemment à ce que la salariée ait proféré des menaces, des injures ou dépassé le cadre de la liberté d'expression, ce qu'il ne lui est nullement reproché en l'espèce. Pire, il est reproché à Mme [B] d'avoir « exprimé » un désaccord sur la prise en charge

⁷ Jugement, prod. n° 2, p. 11

*d'une personne âgée dans l'EPHAD présentant de graves troubles du comportement dans la mesure où son service n'était pas adapté aux pathologies de cette nouvelle résidente. Autrement dit, il est reproché à Mme [B] d'avoir souhaité privilégier le bien être de cette personne âgée afin de l'orienter vers un service adapté à ses pathologies. Un tel reproche ne peut être suffisamment sérieux pour justifier un quelconque licenciement. Pire, ce grief vise à sanctionner la salariée pour avoir exercé une de ses libertés fondamentales, sa liberté d'expression, rendant le licenciement nul. En effet la jurisprudence considère en effet qu'il s'agit d'un motif contaminant qui rend le licenciement nul et ce peu importe l'existence d'autres griefs dans la lettre de licenciement.*⁸

En réponse, soulignant que la salariée invoquait pour la première fois en cause d'appel l'atteinte qui aurait été portée à sa liberté d'expression, l'employeur soutenait qu'elle n'avait pas été licenciée pour avoir abusé de sa liberté d'expression, en écrivant :

*Il apparaît nécessaire de rappeler que Mme [B] n'a pas été licenciée pour avoir abusé de sa liberté d'expression mais pour avoir manqué à ses obligations professionnelles, particulièrement son refus répété de prendre en charge une patiente et pour avoir adopté un comportement et des propos agressifs à l'égard de certains résidents. (...) Il est reproché à Mme [B], qui occupait le poste d'Auxiliaire de vie, d'avoir refusé à plusieurs reprises d'effectuer ses missions consistant à accompagner tous les résidents de l'établissement dans leurs gestes du quotidien. Mme [B] a purement et simplement refusé de se conformer à ses obligations contractuelles. Ses propos agressifs et menaçant tenus envers les résidents, de même que son comportement caractérisant une forme de violence dans la prise en charge des résidents, ne relèvent absolument pas de la liberté d'expression du salarié, et à tout le moins caractériseraient un abus majeur dans l'exercice de cette liberté. C'est bien un manquement à la qualité de prise en charge des patients qui a été sanctionné par Les Sinoplies, manquement aux obligations professionnelles de Mme [B], tel que cela ressort de la lettre de licenciement.*⁹

☞ L'arrêt retient d'abord que le premier grief, relatif à l'agressivité de la salariée vis à vis d'une résidente le 10 juillet 2017, et d'une plus manière générale vis-à-vis de ses collègues, est établi. Il retient ensuite que le second grief relève d'une atteinte à la liberté d'expression de la salariée dans l'entreprise en indiquant :

Il est justifié par les pièces produites aux débats et qui ne sont par utilement remises en cause, que le 10 juillet 2017, la salariée a, en présence du médecin coordinateur et de sa responsable de service, parlé d'une résidente atteinte de la maladie d'alzheimer qui criait et qui avait été transférée de l'unité protégée de l'établissement au service classique, en indiquant que la place de cette résidente qui présentait un trouble du comportement manifeste par des cris n'était pas adaptée à l'établissement et qu'elle ne

⁸ Conclusions de la salariée, prod. n° 3, p. 7

⁹ Conclusions de l'employeur, prod. n° 4, p. 13 et 14

pourrait pas prendre en charge des résidents présentant ce genre de troubles, lesquelles devaient retourner à l'unité protégée.

Il résulte de l'article L. 1121-1 du code du travail que, sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché peuvent être apportées.

Ce grief relève d'une atteinte manifeste à la liberté d'expression dans l'entreprise.

Pour écarter toutefois la nullité du licenciement et juger qu'il repose sur une cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient ensuite :

Néanmoins, il appartient de vérifier si le licenciement était nécessaire au regard du but poursuivi, ainsi que son adéquation et son caractère proportionné à cet objectif.

En l'occurrence, l'EHPAD a vocation à l'accueil de personnes âgées et d'une population atteinte de troubles neuro-dégénératifs dont certains membres présentent des troubles du comportement. Il ressort de l'attestation du médecin coordinateur que l'approche interne de prise en charge de ces personnes vise au regard de l'absence de « traitement miracle » (sic) à une prise en charge non médicamenteuse dans le cadre d'un projet personnalisé. Aussi, au regard de la nécessaire bienveillance dans l'accueil des personnes âgées quel que soit le type de pathologie dont ils sont atteints alors même qu'il est justifié que la salariée avait bénéficié de formations relatives à la prise en charge de personnes âgées présentant des troubles mentaux (...), la mesure de licenciement compte tenu des risques de maltraitance sur ce public en grande vulnérabilité et du comportement agressif dont la salariée avait fait preuve au cours des jours précédents, est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi de prise en charge bienveillante et sécuritaire des personnes âgées en situation de vulnérabilité.

La mesure de licenciement est en conséquence fondée sur une cause réelle et sérieuse, sans qu'il soit alors nécessaire d'examiner le moyen lié à la véritable cause du licenciement.

☞ Le mémoire ampliatif soutient qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a méconnu le droit fondamental de la salariée à la liberté d'expression : dès lors qu'elle a constaté que ce grief, mentionné dans la lettre de licenciement, « relève d'une atteinte manifeste à la liberté d'expression dans l'entreprise », ce dont il s'évinçait qu'elle écartait tout abus de la salariée, la cour d'appel aurait dû conclure automatiquement à la nullité du licenciement.

☞ Le mémoire en défense invite la chambre sociale à aménager sa jurisprudence selon laquelle le caractère illicite du motif du licenciement prononcé, même en partie, en raison de l'exercice, par le salarié, de sa liberté d'expression entraîne, à lui seul, la nullité du licenciement », sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs de licenciement. Il soutient que la nullité du licenciement n'est justifiée que si l'atteinte à la liberté subie par le salarié a été suffisamment significative pour interdire la prise en compte de ces autres griefs, ce qui impose un contrôle de proportionnalité.

Selon lui, le juge doit prendre en compte le but poursuivi par l'employeur, ce qui suppose de prendre en compte également les intérêts que l'employeur a chercher à protéger.

Il rappelle que la Cour de cassation admet déjà un tel contrôle de proportionnalité en matière d'atteinte aux droits et libertés fondamentales, citant la jurisprudence relative au droit à la preuve mis en balance avec le droit au respect de la vie privée (Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, publié, Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié) et que la chambre a admis que des restrictions puissent être apportées à la liberté d'expression dès lors qu'elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché, sous réserve que le juge vérifie si, concrètement, une telle ingérence était nécessaire et apprécie, à cette fin, la nécessité de la mesure au regard du but poursuivi, son adéquation et son caractère proportionné à cet objectif. (Soc., 20 avril 2022, n° 20-10.852, publié).

Il soutient que si la nullité est justifiée lorsque le grief de licenciement, attentatoire à la liberté d'expression du salarié, est le seul formulé ou est prépondérant au regard des autres griefs, tel n'est pas le cas lorsque l'atteinte portée à la liberté d'expression est insignifiante en comparaison de l'importance et la gravité des autres griefs de sorte qu'une proportionnalité doit être recherchée, à charge pour le juge, dans l'identification des intérêts antinomiques en présence et leur mise en balance, de trancher en faveur de la protection de l'atteinte la plus importante, après avoir pris en considération les intérêts que l'employeur a cherché à protéger.

Il souligne que, en l'espèce, il était également reproché à la salariée de graves manquements constitutifs d'atteintes au droit à la santé et à la sécurité des personnes vulnérables et des travailleurs et rappelle la valeur du droit à la santé et à la sécurité au travail ainsi que l'importance des obligations pesant sur les établissements accueillant des personnes vulnérables en matière de sécurité.

Il ajoute que la nullité du licenciement prononcée en raison de l'atteinte à la liberté d'expression, alors que les autres griefs justifient le licenciement, contrevient au pouvoir de direction, et donc à la liberté constitutionnelle d'entreprendre, de l'employeur.

☞ La chambre sociale a admis, à l'occasion de l'arrêt Tex, que le juge peut, dans certaines circonstances qu'elle n'a pas encore eu l'occasion de préciser, procéder à un contrôle de proportionnalité pour déterminer si l'atteinte portée par l'employeur à la liberté d'expression du salarié en le licenciant est justifiée. Il lui appartient alors de vérifier concrètement la nécessité de la mesure au regard du but poursuivi, son adéquation et son caractère proportionné à cet objectif.

Toutefois, la chambre sociale n'a pas abandonné sa jurisprudence, ancienne et constante, selon laquelle l'abus dans l'exercice de la liberté d'expression n'est caractérisé que par l'emploi de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs.

Il lui appartiendra donc de dire si l'arrêt encourt la critique formulée par le moyen.