

Pour la nullité du licenciement décidé en représailles d'une action en justice intentée par le salarié contre son employeur

(à propos de Cass. soc. 20 février 2008, n° 06-40085)

par *Mireille Poirier*,

Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Institut du travail

PLAN

I. Évaluation du problème : le droit d'agir en justice

- A. Le droit d'agir en justice, liberté fondamentale
B. L'effectivité du droit d'agir en justice

II. Résolution du problème : des évolutions indispensables

- A. Évolution législative
B. Évolution jurisprudentielle

Au plan juridique, l'affaire (1) aurait pu être, somme toute, relativement « banale ». Un salarié, recruté en 1971 en qualité d'ingénieur par la société Alcatel, saisit la juridiction prud'homale en 1998 sur le fondement d'une discrimination salariale. Il réclame son reclassement dans une position supérieure de la classification prévue par la convention collective applicable, ainsi que la condamnation de son employeur au paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaire, de dommages et intérêts sur salaire, de dommages et intérêts pour discrimination, pour détournement de pouvoir, pour inexécution du contrat de travail et pour abus de droit.

Se posait donc la question de l'application du principe « à travail égal, salaire égal » qui permet de traquer d'éventuelles discriminations salariales (1 bis). De ce principe, posé par la Cour de cassation en 1996 dans l'arrêt *Ponsolle*, il découle que « l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique » (2).

Cela ne veut pas dire que toute différence de rémunération entre salariés est interdite. L'individualisation des rémunérations reste possible puisque l'égalité de rémunération ne concerne que les salariés « placés dans une situation identique ». La notion de situation identique laisse ainsi une place non négligeable au pouvoir de direction des employeurs (3). Comme l'a si bien souligné M. Jean-Emmanuel Ray, la règle édictée par l'arrêt *Ponsolle* peut, *a contrario*, se traduire par la formule « à travail de valeur inégale, salaire inégal ».

La différenciation de rémunération reste, donc, licite. Il n'en demeure pas moins que, depuis l'arrêt *Ponsolle*, celle-ci doit reposer sur des critères objectifs susceptibles de vérifications par les juges. S'il est avéré que des salariés placés dans une situation identique perçoivent des rémunérations différentes, l'employeur doit désormais justifier cette inégalité par des critères objectifs. Et si l'employeur ne donne aucune explication à la différence de traitement, ou si l'explication donnée n'est pas convaincante, la différenciation vaut discrimination (4).

(1) L'arrêt est reproduit ci-après p. 525.

(1 bis) Il existe, sur cette question, une abondante littérature. Cf. notamment et dernièrement : Thérèse Aubert-Monpeyssen, « Principe "À travail égal, salaire égal" et politiques de gestion des rémunérations », *Droit Social* 2005, 18 ; Rapport de la Cour de cassation, année 2006, p. 276, éd. La Documentation française ; Antoine Lyon-Caen, « À travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT* 2006, 6 ; Gilles Auzero, « L'application du principe de l'égalité de traitement dans l'entreprise », *Droit Social* 2006, 822 ; Jean-Michel Gasser, « Les justifications de l'inégalité des rémunérations ou que reste-t-il du principe « à travail égal, salaire égal » », *RJS* 8-9/07, p. 687.

(2) Cass. soc. 29 octobre 1996, *Ponsolle*, *Droit Social* 1996, 1014, obs. Antoine Lyon-Caen, *Dr. Ouv.* 1997 p. 149 n. P. Moussy avec la décision de première instance.

(3) « Une inégalité de traitement entre salariés peut être justifiée lorsqu'elle repose sur des raisons objectives, étrangères à toute discrimination prohibée » (Cass. soc., 9 nov. 2005, *Sté ESRF*, *Droit Social* 2006, 221, obs. Antoine Jeammaud). Dans le même sens : « ne méconnaît pas le principe "à travail égal, salaire égal" (...) l'employeur qui justifie par des raisons objectives et matériellement vérifiables la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale » (Cass. soc., 1^{er} déc. 2005, *Ocecars*, *Droit Social* 2006, 224, obs. Christophe Radé).

(4) Ce mécanisme probatoire a été consacré par le législateur : loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. Cf. article L. 1134-1 du (nouveau) Code du travail (ancien article L. 122-45 al.4).

Étant entendu qu'en la matière, les juges ont pour mission de « contrôler concrètement la réalité et la pertinence » des raisons « objectives » invoquées par l'employeur à l'appui d'une différence de traitement entre des salariés placés dans une même situation (5). C'est à la suite de ce travail de vérification que, dans notre affaire, la Cour d'appel de Versailles avait décidé, le 10 novembre 2005, que la discrimination salariale était établie (6). Décision qui avait amené l'employeur à former un pourvoi.

La Cour de cassation rejette ce pourvoi de la société Alcatel car « les éléments objectifs dont faisait état l'employeur pour justifier une moindre progression salariale du salarié par comparaison avec ses collègues n'étaient pas établis », « la différence de traitement constatée n'était ainsi fondée sur aucun motif valable » (7). Les juges, tant du fond que de cassation, ont finalement donné raison au salarié qui se plaignait d'une discrimination salariale : l'employeur a dû lui verser un rappel de salaire.

L'affaire ne se termine pourtant – et malheureusement – pas sur cette prise de position des magistrats en matière de rémunération. Il faut préciser, en effet, que le salarié acteur du procès prud'homal fut licencié par la société Alcatel en cours de procédure, plus précisément le 4 février 2000. Ce licenciement est intervenu, aux dires mêmes de la Cour de cassation, « en raison de l'action en justice » introduite par le salarié. Il s'agissait donc d'un licenciement prononcé en représailles de l'action prud'homale intentée par le salarié.

Le cas est loin d'être une hypothèse d'école. Les salariés qui saisissent les Conseils de prud'hommes s'exposent indéniablement à un risque de représailles – qui peut aller jusqu'à la perte de leur emploi. On se rappelle de la célèbre affaire *Fertray* : « il y a incompatibilité entre vos fonctions de secrétaire exercées dans les secrets de la vie de la société Wagner et le fait d'être l'épouse d'un ancien salarié qui nous attaque devant les tribunaux » précisait la lettre de licenciement de Mme Fertray (8). L'affaire est restée dans les annales pour avoir donné l'occasion à la Cour de cassation d'opérer un revirement de jurisprudence en matière de perte de confiance (9). Il ne faut cependant pas oublier que Mme Fertray a perdu son emploi pour la simple raison que son mari avait saisi le Conseil de prud'hommes... De manière générale, le contentieux sur le licenciement en représailles d'une action en justice intentée par les salariés est loin d'être négligeable (10).

Les salariés ont d'ailleurs conscience du risque qu'ils prennent à saisir les juridictions compétentes : les statistiques montrent que les Conseils de prud'hommes sont la plupart du temps saisis, non pas pendant l'exécution du contrat de travail, mais après sa rupture (11). M. Alain Supiot a depuis longtemps souligné, à juste titre, que ce problème est propre au contentieux prud'homal (12). Il prend l'exemple d'une salariée employée à durée déterminée et à temps partiel dans une petite entreprise qui s'expose à des risques si elle réclame, devant le Conseil de prud'hommes, le paiement d'heures complémentaires effectuées – risque qu'elle ne courrait pas si elle réclamait le paiement d'une allocation de parent isolé devant le Tribunal des affaires de Sécurité sociale. L'auteur ajoute que cette difficulté, propre au contentieux prud'homal, ne reçoit pas l'attention qu'elle mérite. Ce n'est malheureusement pas l'arrêt commenté ici qui démentira ces propos sévères – tenus il y a plus de dix ans.

Dans notre affaire, la discussion ne portait pas sur le point de savoir s'il y avait un lien de cause à effet entre le licenciement du salarié et son action en justice contre son employeur. Ce lien est tenu pour établi. Dans notre affaire, il s'agissait de savoir si le licenciement prononcé en raison d'une action en justice introduite sur le fondement du principe « à travail égal, salaire égal » devait être sanctionné par

(5) « Une différence de traitement entre des salariés placés dans une même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence » (Cass. soc., 15 mai 2007, *Chavance*, R.J.S. 2007 n° 848, Dr. Ouv. 2007 p.362 n. M-F. Bied-Charreton).

(6) Elle avait donc condamné la société Alcatel à payer au salarié une somme à titre de dommages-intérêts pour discrimination salariale.

(7) La Cour d'appel de Versailles avait constaté qu'un procès-verbal d'entretien d'évaluation, réalisé en 1993, contenait des appréciations positives sur la qualité du travail fourni par le salarié ; qu'aucune autre évaluation n'était intervenue postérieurement et que les critiques de l'employeur relatives au travail du salarié n'ont été formulées que peu de temps avant la saisine par celui-ci du Conseil de prud'hommes, enfin, que la société Alcatel avait elle-même admis la nécessité d'un rattrapage de salaire en 1993 et en 1995.

(8) Cass. soc. 29 novembre 1990, RJS 1991, n° 16, Dr. Ouv. 1991 p. 66

(9) Dans l'arrêt *Fertray*, la Cour de cassation décide que le licenciement devant être fondé sur un motif objectif, la perte de confiance ne constitue pas un motif de licenciement – jurisprudence depuis confirmée.

(10) Cf. les décisions citées dans cette note.

(11) Dans 80 % des cas, le salarié qui se présente devant les Conseils de prud'hommes le fait après avoir été licencié (cf. Annuaire statistique de la Justice. Cf. également Évelyne Serverin, « L'évolution du contentieux prud'homal, des mots aux chiffres », RDT 2006, 44).

(12) Alain Supiot, « L'impossible réforme des juridictions sociales », RFAS 1993, 97.

l'octroi de simples indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou devait être annulé – ce qui ouvrait la voie à une réintégration du salarié (13).

Le salarié demandait aux juges de cassation de prononcer la nullité de son licenciement au motif « qu'est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur la base de dispositions du présent code [Code du travail] relatives aux discriminations, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice ». La Cour d'appel de Versailles avait refusé d'accéder à cette demande – raison pour laquelle le salarié avait, lui aussi, formé un pourvoi.

La Cour de cassation rejette ce pourvoi formé par le salarié. Elle prend clairement position en faveur de l'option indemnitaire, au détriment de la remise en l'état : elle confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles au motif que « le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié intervenu en raison de l'action en justice qu'il a introduite sur le fondement d'une violation du principe à travail égal, salaire égal, n'encourt pas la nullité ».

Au regard du droit positif, cette seconde solution adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 20 février 2008 (13 bis) n'emporte pas l'adhésion (14). Le problème juridique posé est le droit d'agir en justice – via le risque de représailles. L'évaluation de ce problème (I) invite à formuler des propositions pour le résoudre (II).

I. Évaluation du problème : le droit d'agir en justice

Le droit d'agir en justice, contrarié par le licenciement du salarié au seul motif qu'il a exercé ce droit, est consacré au plus haut niveau de notre système juridique. Il s'agit d'une liberté fondamentale (A) dont l'effectivité doit être assurée par divers moyens (B). La solution est on ne peut plus logique : « le droit d'agir en justice est la caractéristique de base de toute société fondée sur le respect de la règle de droit » (15).

A. Le droit d'agir en justice, liberté fondamentale (16)

Le droit d'agir en justice n'est pas expressément consacré par notre bloc de constitutionalité. Mais il l'est

par de nombreux - et prestigieux – textes internationaux, dont certains peuvent être mobilisés en l'absence ou de préférence à une disposition légale (17).

La Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 (18) énonce, dans son article 8 que : « toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi ». Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (19) consacre, lui aussi, le droit d'agir en justice comme liberté fondamentale dans ses articles 2 et 14 (20). Le caractère fondamental du droit d'agir en justice trouve enfin sa

(13) Sur la réintégration des salariés dont le licenciement a été déclaré nul, cf. nota. Hélène Sinay, « La réintégration dans l'entreprise », *Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, 416 ; Bernadette Desjardins, « La réintégration », *Droit Social* 1992, 766.

(13 bis) L'objet de cette note est ce seul versant de l'arrêt du 20 février 2008 (troisième moyen du pourvoi du salarié).

(14) En ce sens Frédéric Guiomar, « Droit d'agir en justice du salarié discriminé : une protection inachevée », *RDT* 2008, 330.

(15) Thierry S. Renoux, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP G* 1993, doct. 3675, p. 211.

(16) La notion de liberté fondamentale est ici entendue au sens d'une norme consacrée au plus haut niveau de la hiérarchie juridique, par la Constitution ou par des accords ou traités internationaux et européens, et protégée aussi bien contre le pouvoir exécutif que dans les rapports entre individus. Sur la question des libertés fondamentales en droit du travail, cf. nota. Antoine Lyon-Caen et Isabelle Vacarie, « Droits fondamentaux et droit du travail », *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice*

Verdier, *Dalloz* 2001, 421 ; Jean Mouly, « Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'Homme », *Droit Social* 2002, 799.

(17) On songe ici en particulier à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

(18) Adoptée et proclamée par l'Assemblée générale de l'ONU le 10 décembre 1948 (qui a la valeur d'un idéal à atteindre).

(19) Pacte ouvert à la signature à New York le 19 décembre 1966, ratifié par la France le 29 janvier 1981.

(20) Article 2 : « Les Etats parties au présent pacte s'engagent à (...) garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnues dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile (...) garantissant que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative (...) statuera sur les droits de la personne qui forme le recours, et développer les possibilités de recours juridictionnel » ; article 14 : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue... » (mêmes termes que ceux de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales).

consécration dans les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme (21).

Mais c'est surtout le fameux article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (22) qui doit ici être mobilisé : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...)* ».

En effet, dans son célèbre arrêt *Golder*, la Cour européenne des droits de l'Homme a, fort logiquement, affirmé que l'article 6 § 1 de cette convention incluait l'accès même à un tribunal, puisqu'en l'absence d'un tel accès, aucune procédure équitable ne pouvait avoir lieu : « (...) on ne comprendrait pas que l'article 6, § 1^{er}, décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge » (23). Le droit d'agir en justice constitue bel et bien un aspect du droit à un procès équitable (24).

Il ne fait finalement aucun doute, aujourd'hui, que le droit d'agir en justice entre dans la catégorie des libertés fondamentales (25) – ne serait-ce que par référence à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Et les salariés qui intentent une action prud'homale – ou autre – contre leur employeur, comme dans l'arrêt étudié, ne font qu'user de cette liberté fondamentale.

Il convient d'ajouter à cela que la Cour européenne des droits de l'Homme est allée plus loin que consacrer le droit d'agir en justice. Elle s'est prononcée sur la nécessité, pour les Etats signataires, d'assurer l'effectivité de ce droit.

B. L'effectivité du droit d'agir en justice.

Dans le prolongement de l'arrêt *Golder*, la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé que le droit d'agir en justice est un droit non seulement théorique, mais aussi effectif (26) : il ne suffit pas que le droit d'agir en justice soit formellement prévu par les législations nationales, encore faut-il que ce droit puisse être effectivement mis en œuvre. Cela implique que l'exercice de ce droit soit facilité lorsqu'il rencontre de sérieux obstacles, notamment sur les plans matériels et financiers.

Par exemple, l'absence d'un système d'aide judiciaire, alors que la présence d'un avocat est nécessaire, ne permet pas de considérer que le droit d'agir en justice a été effectivement reconnu aux intéressés (27).

L'effectivité du droit d'agir en justice doit donc se mesurer à la *réelle possibilité*, pour les parties, d'accéder au juge. Que penser, dans ce contexte, du licenciement prononcé en raison de l'action en justice intentée par le salarié contre son employeur ? Il y a là, à n'en pas douter, un obstacle démesuré au droit d'agir en justice – et cet obstacle doit recevoir une réponse adéquate.

L'arrêt du 20 février 2008 décide que, dans ce cas, le licenciement doit être considéré comme sans cause réelle et sérieuse. La sanction n'est absolument pas à la mesure de l'enjeu juridique. Car le salarié, qui n'a fait qu'exercer son droit d'agir en justice – liberté fondamentale – perd, pour cette raison, son travail. Et celui qui envisage d'exercer ce droit peut en être dissuadé – de crainte de rejoindre la cohorte des travailleurs privés d'emploi.

Le problème juridique posé appelle donc une réponse autre que le simple versement d'indemnités par l'employeur. « *On ne saurait concevoir un **Etat de droit sans existence d'une protection juridictionnelle des droits*** » (28) - une protection juridictionnelle efficace et effective faut-il préciser.

(21) La Cour de justice des communautés européennes reconnaît l'existence « *de principes généraux du droit communautaire qui découlent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres* » notamment en ce qui concerne le droit à un recours juridictionnel « *qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme* » (CJCE 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222-84, Rec. 1651).

(22) Convention signée à Rome le 4 novembre 1950, publiée en France par un décret du 3 mai 1974, dont les exigences doivent être respectées, même si cela conduit à mettre à l'écart une norme interne non-conforme.

(23) Cour EDH 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, série A, n° 18.

(24) Le droit à un procès équitable se décline en un triptyque : droit d'accès à un tribunal, droit à une bonne justice (tribunal

indépendant et impartial, délai raisonnable), et droit à l'exécution effective du jugement.

(25) En ce sens, notamment : Thierry S. Renoux, précité ; Serge Guinchard, « Le procès équitable : droit fondamental ? », *AJDA* 1998, 191 ; Serge Guinchard et Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, Précis Dalloz, 28^e éd. 2006, notamment n° 68 et ss ; Michel Henry, « La réintégration des salariés non protégés », *Dr. Ouv.* 1995, 371 ; Patrice Adam, « Harcèlement moral (managérial), dénonciation d'actes répréhensibles par le salarié et réactions patronales », *Dr. Ouv.* 2008, 1.

(26) Cf. notamment Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, série A, n° 32.

(27) Affaire *Airey c/ Irlande*, précitée.

(28) Thierry S. Renoux, article précité.

II. Résolution du problème : des évolutions indispensables

« Un droit du travail dont on ne peut déclencher l'effet impératif par la voie judiciaire sans risquer la perte de son emploi n'a de droit que le nom ». C'est en ces termes que M. Alain Supiot alertait la communauté juridique sur le risque de représailles que court le salarié lorsqu'il s'engage dans une action en justice à l'encontre de son employeur (29).

Le salarié courra toujours ce risque (30)... Mais le droit a pour mission de le protéger du mieux possible. La sanction du licenciement prononcé en représailles d'une action en justice intentée par le salarié doit donc être la plus dissuasive, la plus sévère, qui soit. Il serait grand temps que le législateur se saisisse du problème (A). Quant aux juges, ils peuvent d'ores et déjà, se prononcer en ce sens : ils disposent des outils juridiques adéquats (B).

A. Évolution législative

Le problème du risque de représailles en cas d'action en justice du salarié a été, pour la première fois, envisagé par le législateur en 1983. La loi n° 83-629 du 13 juillet 1983 sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes a introduit dans le Code du travail un article (L. 123-5 de l'ancien Code et L. 1144-4 du nouveau Code) qui déclare *nul* le licenciement prononcé en raison de l'action en justice tendant à assurer l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes. L'avancée est notable – même si comme le constate M. Alain Supiot (31), il ne s'agissait là que d'une mise en conformité avec la célèbre directive européenne de 1976 sur l'interdiction des discriminations entre les femmes et les hommes.

Plus récemment, la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations a introduit dans le Code du travail un article (L. 122-45-2 de l'ancien Code et L. 1134-4 du nouveau Code) qui livre la même solution, à savoir la *nullité* du licenciement, cette fois à propos de l'action en justice engagée en réaction à un agissement discriminatoire.

Il n'existe cependant, dans le Code du travail, aucune disposition générale protégeant le salarié qui agit en justice contre son employeur (32). Cette lacune apparaît clairement à la lumière des faits ayant donné lieu à l'arrêt du 20 février 2008. Dans cette affaire, le salarié est licencié pour avoir exercé une action en justice sur le principe « à travail égal, salaire égal ». L'ancien article L. 123-5 (article L. 1144-3 du nouveau Code du travail) – invoqué dans le pourvoi, n'était pas applicable en l'absence de discrimination entre femmes et hommes ; l'ancien article L. 122-45-2 (article 1134-4 du nouveau Code du travail) sur les discriminations n'était pas invoqué par le salarié demandeur au pourvoi (33). Le Code du travail était impuissant, à *lui seul*, pour satisfaire la demande du salarié.

De manière à combler cette grave lacune, il apparaît hautement souhaitable que le législateur généralise la sanction prévue de manière épisodique par le Code du travail en frappant de nullité tout licenciement prononcé à raison de l'exercice d'une action en justice par le salarié (34). Dans le même ordre d'idée, il serait possible de créer un délit d'entrave à l'action en justice du salarié. Enfin, même s'il existait une disposition générale protégeant le salarié qui agit en justice – et ce ne serait pas du luxe – se pose un délicat problème de preuve. Il faudrait donc envisager un aménagement de la charge de la preuve, à l'image de ce qui est prévu aujourd'hui en matière de discrimination ou de harcèlement (35).

En attendant une intervention législative qui se fait attendre, il faut croire en une évolution jurisprudentielle – plus plausible dans le contexte politique actuel...

B. Évolution jurisprudentielle

Il a été démontré que le droit d'agir en justice est une liberté fondamentale (36). Or il est de droit positif que la violation d'une liberté fondamentale ouvre la voie à la nullité du licenciement – donc à la réintégration du salarié.

La Cour de cassation s'est en effet, pendant longtemps, basée sur l'adage « *point de nullité sans*

(29) Alain Supiot, article précité.

(30) « L'exercice de l'action expose le salarié à des représailles, contre lesquelles il est malaisé de le protéger » - Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, Précis Dalloz de Droit du travail, 23^e édition, 2006, n° 1157.

(31) Article précité.

(32) Dans un domaine autre que les discriminations prohibées par l'article L. 1132-1 du Code du travail (ancien article L. 122-45) et l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes.

(33) A noter que le salarié invoquait une discrimination salariale. On peut se demander pourquoi il ne s'est pas appuyé sur l'ancien

article L. 122-45-2 (nouvel article L. 1134-4) pour fonder sa demande de réintégration.

(34) En ce sens, Alain Supiot, article précité.

(35) S'agissant de l'administration de la preuve, la Cour de cassation déduit de la rédaction de l'ancien article L. 123-5 du Code du travail (nouvel article L. 1144-3) que si le licenciement fait suite à une action en justice, et qu'il apparaît sans cause réelle et sérieuse, le rapport de causalité entre le licenciement et l'action en justice engagée est établi – Cass. soc. 28 novembre 2000 (Bull. Civ. V, n° 395), n° 97-43715 et 99-41661. L'administration de la preuve d'un licenciement représailles d'une action en justice en est facilitée.

(36) Cf. supra, I.

texte » pour contenir les cas de nullité du licenciement (37). Il fallait une disposition expresse du législateur en ce sens pour que le salarié obtienne sa réintégration. Puis, dans le célèbre arrêt *Clavaud* (38), la Cour de cassation s'est éloignée de cette doctrine pour prononcer la nullité du licenciement d'un salarié « ordinaire » (39) dont la liberté d'expression hors de l'entreprise avait été bafouée (40).

Depuis lors, la Cour de cassation n'a pas réitéré cette solution : à notre connaissance, elle n'a pas eu l'occasion de trancher en faveur de la nullité d'un licenciement en dehors des cas prévus par la loi. Cependant, il résulte de plusieurs de ses décisions, récentes, que le salarié ne peut pas exiger sa réintégration « en l'absence de dispositions le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale » (41). Autant dire que, pour la Cour de cassation, la réintégration peut être exigée par les salariés soit en présence « de dispositions le prévoyant », soit en cas de « violation d'une liberté fondamentale ».

Le droit d'agir en justice étant une liberté fondamentale consacrée notamment par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, licencier un salarié en raison de l'exercice de ce droit revient à violer ouvertement une liberté fondamentale, et doit par conséquent être sanctionné par la nullité et la réintégration (42).

L'arrêt du 20 février 2008 ne contredit pas directement ce raisonnement. À sa lecture, on comprend que le salarié demandeur avait fondé son pourvoi sur la

violation des articles L. 120-2 et L. 123-5 du Code du travail (43) et sur le principe à travail égal, salaire égal. La Cour de cassation répond « *qu'hors le cas visé à l'article L. 123-5 du Code du travail, le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié intervenu en raison de l'action en justice qu'il a introduite sur le fondement d'une violation du principe à travail égal, salaire égal, n'encourt pas la nullité* ». Autrement dit, la Cour de cassation se base sur le fondement de l'action – la violation du principe à travail égal salaire égal – et constate que l'article L. 123-5 (44) invoqué par le salarié est inapplicable.

La solution n'aurait-elle pas été différente si le salarié demandeur au pourvoi s'était fondé sur la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ? Rien n'empêche de l'espérer – même si, à dire vrai, on peut craindre, à la lecture de l'arrêt du 20 février 2008, quelques réticences de la part de la Cour de cassation à suivre cette direction...

Il n'en va pas de même de certaines juridictions du fond, de plus en plus nombreuses qui, confrontées au problème de la violation de la liberté fondamentale d'agir en justice des salariés, n'hésitent pas à opter pour la nullité du « licenciement repréailles » (45). Cette démarche innovante doit être saluée (46). Puisse-t-elle être couronnée de succès jusque devant la Cour de cassation !

Mireille Poirier

(37) Cf. Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, Précis Dalloz de Droit du travail, 23^e édition, 2006, n° 440 et suivants – et les références indiquées en note de bas de page.

(38) Cass. soc. 28 avril 1988, *Clavaud*, Dr. Ouv. 1988, 249, Conclusions de l'avocat général Henry Écoutin, note Antoine Jeammaud et Martine Le Friand ; Droit Social 1988, 428, obs. Gérard Couturier.

(39) Par salarié « ordinaire » on entend le salarié qui ne dispose pas d'une protection spéciale contre le licenciement, c'est-à-dire d'une protection dont la violation ouvre la voie à sa réintégration dans l'entreprise.

(40) En ce sens que l'exercice de cette liberté avait motivée son licenciement

(41) Cf. notamment Cass. Soc. 13 mars 2001 (publié au Bulletin) n° 99-45735, Dr. Ouv. 2001, 300, note Marie-France Bied-Charreton ; Cass. soc. 30 octobre 2002, *Verdier*, Bull. Civ. V, n° 331 ; Cass. soc. 28 mai 2003 (non publié au Bulletin), n° 02-43691.

(42) En ce sens Patrice Adam, article précité ; Antoine Lounis, Dr. Ouv. 2008, 36 ; Frédéric Guimard, art. prec. Dans le Précis

Dalloz, précité, la question est posée : « Mais ne pourrait-il [le salarié] faire valoir qu'il [le licenciement] est nul comme attentatoire à cette « liberté fondamentale » qu'est celle de l'action en justice ? » (n° 1157). Idem dans l'article de Michel Henry, précité. Mme Marie Hautefort est, quant à elle, relativement dubitative (Juris. Soc. Lamy, 2008, n° 230, p. 9) – à tort selon nous.

(43) Respectivement articles L. 1121-1 et 1144-3 du (nouveau) Code du travail.

(44) Article 1144-3 du (nouveau) Code du travail.

(45) Cf. notamment CPH Thonon, 21 juin 2001 et Cour d'appel de Chambéry, 11 décembre 2001, Dr. Ouv. 2002, 207, note Arnaud de Senga ; Cour d'appel d'Amiens, 26 novembre 2003, Dr. Ouv. 2004, 372, note M. Estevez ; Cour d'appel de Paris, 15 janvier 2004, Dr. Ouv. 2004, 432 ; Cour d'appel d'Aix-en-Provence (9^e ch. B), 7 juin 2007, *SAS Sodistres*, Dr. Ouv. 2008, 34, note Antoine Lounis.

(46) « C'est à la possibilité concrète qu'ont les salariés de saisir le juge que devrait s'apprécier d'abord la qualité d'un système juridictionnel du travail » - Alain Supiot, article précité.

LICENCIEMENT – Principe “à travail égal, salaire égal” – Discrimination salariale – Action en justice du salarié – Représailles de l’employeur – Sanction : nullité du licenciement ?

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 20 février 2008

Alcatel Cit contre M'Bape (pourvoi n° 06-40.085)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 10 novembre 2005), que M. M'Bape a été engagé le 1^{er} décembre 1971 par la société Citerel aux droits de laquelle vient la société Alcatel Cit, en qualité d'ingénieur position II, coefficient 100, statut cadre, selon la classification de la convention collective des ingénieurs et cadres de la métallurgie ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale le 30 décembre 1998 pour solliciter son reclassement à la position III C à compter du 1^{er} janvier 2000 et la condamnation de l'employeur au paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaire, de dommages-intérêts sur salaires, de dommages-intérêts pour discrimination, pour détournement de pouvoir, pour inexécution du contrat et pour abus de droit ; qu'il a été licencié le 4 février 2000 ; (...)

Sur le deuxième moyen du pourvoi de l'employeur :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer à M. M'Bape une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour discrimination salariale, alors, selon le moyen, que la règle "à travail égal, salaire égal" n'interdit nullement à l'employeur d'allouer à des salariés occupant un emploi similaire une rémunération différente, en fonction de la qualité du travail fourni, et qu'il appartient aux juges du fond de vérifier si la disparité reconnue est ou non justifiée par la différence de qualité de travail invoquée ; que la Cour d'appel ne pouvait décider que le salarié avait subi une discrimination salariale sans vérifier si, ainsi que le faisait valoir la société Alcatel Cit dans ses conclusions, la moindre progression salariale de M. M'Bape ne s'expliquait pas par des critères objectifs tirés des appréciations particulièrement critiques portées par la hiérarchie du salarié sur son activité professionnelle en raison de son refus constant de se plier aux directives données et de s'intégrer dans les équipes de travail au sein desquelles il était affecté ; qu'elle a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 140-2 du Code du travail ;

Mais attendu qu'ayant constaté que le procès-verbal d'entretien d'évaluation réalisé en 1993 contenait des appréciations positives sur la qualité du travail fourni par le salarié, qu'aucune autre évaluation n'était intervenue

postérieurement et que les critiques de l'employeur relatives aux difficultés de travailler en équipe et à la susceptibilité excessive du salarié à l'égard de sa hiérarchie n'ont été formulées qu'*a posteriori* et peu de temps avant la saisine par le salarié de la juridiction prud'homale, qu'enfin la société avait elle-même admis la nécessité d'un rattrapage de salaire en 1993 et 1995, ce dont il résultait que les éléments objectifs dont faisait état l'employeur pour justifier une moindre progression salariale du salarié par comparaison avec ses collègues n'étaient pas établis et que la différence de traitement constatée n'était ainsi fondée sur aucun motif valable ; que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur le troisième moyen du pourvoi du salarié :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande en nullité du licenciement, alors, selon le moyen, qu'est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur la base des dispositions du présent code relatives aux discriminations, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice ; qu'en rejetant la demande d'annulation du licenciement au motif qu'aucune disposition légale n'a prévu la nullité du licenciement pour cause de discrimination salariale, la Cour d'appel a violé les articles L. 120-2 et L. 123-5 du Code du travail, ensemble le principe à travail égal, salaire égal ;

Mais attendu qu'hors le cas visé à l'article L. 123-5 du Code du travail, le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié intervenu en raison de l'action en justice qu'il a introduite sur le fondement d'une violation du principe à travail égal, salaire égal, n'encourt pas la nullité ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette les pourvois.

(Mme Collomp, prés. - M. Gosselin, rapp. - M. Duplat, av. gén. - M^e Le Prado, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, av.)

Michèle Bonnechère

Le droit du travail

REPERES

Collection



Le droit du travail (2^e édition), par Michèle BONNECHERE

Les règles du droit du travail sont un enjeu des politiques et des luttes sociales. En tant que branche du droit ou comme discipline intellectuelle s'attachant à comprendre le cadre juridique, le droit du travail a joué un rôle pionnier.

Il est erroné de présenter le droit du travail comme nécessairement protecteur des salariés ; mais il est également inexact d'analyser son évolution contemporaine comme dévastatrice et soumise à l'économie de marché.

Soulignant les contradictions du droit du travail tout en se situant résolument dans l'optique du travail "décent", ce livre est une introduction à ces grandes questions : quelles sont les bases d'un droit du travail ? Quels rôles respectifs la loi, la négociation collective, les normes européennes et internationales jouent-elles ? Où va le contrat de travail ? Cet ouvrage est aussi une invitation à mobiliser davantage les outils permettant de garantir les droits fondamentaux des travailleurs.

Il intéressera ceux qui souhaitent comprendre les concepts sur lesquels se construit le droit du travail, et les mécanismes par lesquels se définit concrètement le statut du travail dans la société.

Reperes La découverte (n° 230) juillet 2008 - 8,50 € - ISBN : 978-2-7071-5485-9