

Égalité des armes et pouvoir de licencier

par *Alain CHIREZ*, Professeur émérite de l'Université de la Polynésie française et *Frédéric CHIREZ*, doctorant et chargé d'enseignement à l'École de droit de la Sorbonne

PLAN

I. La recherche d'un équilibre des armements

A. Le déséquilibre corrigé par les armes traditionnelles

B. Le rééquilibrage par le désarmement du pouvoir de direction

II. La neutralisation des mesures de représailles par la nullité

A. Les obstacles surmontés

B. L'épaisseur des blindages ou l'étendue de la protection

Égalité des armes. L'expression évoque le *fair play* des duels ou le code des tournois au temps de l'amour courtois. Si on la tient pour une affirmation, dans le contexte de la subordination juridique, c'est une fiction. Si on en fait un droit subjectif (un de plus), on s'interroge sur son effectivité. Pourtant, depuis quelques mois, la Cour de cassation, statuant notamment au visa de l'article 6 § 1 de la Convention EDH, confronte le pouvoir disciplinaire de l'employeur et les libertés fondamentales du salarié et, plus spécialement, celle d'agir en justice, neutralisant au moins temporairement le premier en cas d'exercice des secondes. S'il a été, un temps, soutenu que le recours à la Convention devait être une sauvegarde, en réponse à un SOS, rien de plus (1), il existe désormais une véritable source européenne des droits de l'Homme salarié (2). Joint à un visa pléthorique (3), parfois même unique texte appuyant la solution (4), ce « droit venu d'ailleurs » est de plus en plus présent dans les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation (5). Les décisions commentées le confirment. Qu'il s'agisse du licenciement pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui l'oppose à son employeur (6), de la rupture liée à la production, par le salarié, d'une attestation dont le contenu déplaît (7) ou encore de celle consécutive à la requalification de CDD en CDI pour déjouer l'exécution d'une décision de justice (8), c'est, de façon récurrente, à une offensive affichée contre le déséquilibre, le désavantage et l'inégalité que se livre la Chambre sociale au moyen de l'égalité des armes recherchée avec, pour résultat, la nullité du licenciement intervenu. Ce n'est pas rien. Ces décisions, toutes rendues au visa de l'article 6 § 1, s'inscrivent donc dans l'air du temps. On se souvient que c'est avec l'arrêt *Buccholtz c/ Allemagne* de 1981 que la Cour européenne des droits de l'Homme a, pour la première fois et de façon nette, appliqué l'article 6 § 1 aux relations professionnelles (9). La Cour EDH a condamné la France, dans un arrêt *Delgado* du 14 novembre 2000, au visa de l'article 6 § 1. En l'espèce, il s'agissait d'un salarié protégé qui avait fait l'objet de licenciements et de réintégrations successifs ayant donné lieu à plusieurs procédures, d'une durée globale de plus de quinze ans (10).

(1) J. Carbonnier, *Droit et passion du Droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p.55.

(2) A. Carillon, *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, Bruylant, 2006.

(3) Cass. Soc., 6 févr. 2013, n°11-11.740, Dr. Ouv. 2013, p.549, obs. A. Mazières.

(4) Cass. Soc., 12 janv. 1999, *Spileers*. Parmi l'abondante littérature, Voir J. Hauser, RTD Civ. 1999, p.358 ; J.-E. Ray, Dr. soc. 1999, p.287 ; P. Moussy, Dr. Ouv. 1999, p.254.

(5) Dans un article précurseur, M. le Professeur Antoine Jeammaud avait annoncé cette influence potentielle de la Convention EDH en droit du travail : A. Jeammaud,

« Convention européenne des droits de l'Homme et droit du travail », *Annales Univ. J. Moulin*, 1981, p.71.

(6) Cass. Soc., 9 oct. 2013, n°12-17.882, PBR, ci-après, première espèce, p.166.

(7) Cass. Soc., 29 oct. 2013, n°12-22.447, PB, ci-après, deuxième espèce, p.169.

(8) Cass. Soc., 18 déc. 2013, n°12-27.383, PBR, ci-après, troisième espèce, p.170.

(9) R. Pelloux, « Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme en 1981 », *Annuaire fr. dr. int.* 1982, p.492.

(10) D. 2001, p.2787 ; add. CEDH, 8 avr. 2003, *Jussy contre France*, Dr. Ouv. 2003 p.425.

Cantonné initialement au contentieux lié à la lenteur de la juridiction prud'homale au regard de l'exigence du délai raisonnable (11), l'article 6 § 1 gagne donc de nouveaux horizons (12) : il sauve des salariés qui – pour avoir agi en justice – ont vu leur CDI rompu (13) ou leur CDD non renouvelé (14). C'est dès 1975 que la Cour EDH avait érigé le droit d'agir en justice « au nombre des principes fondamentaux du droit universellement reconnu » (15).

La Cour de cassation, près de quarante ans plus tard, tire les conséquences logiques de l'atteinte portée au droit d'agir en justice par le pouvoir disciplinaire de l'employeur (16).

La consistance juridique de la relation qui lie employeur et salarié est sensiblement affectée par cet équilibre recherché (I). L'égalité des armes plaquée sur la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire contredit les constructions et les principes du droit du travail, classiquement présenté comme dominé par l'autorité souveraine de l'employeur (17). Bien qu'il existe une antinomie structurelle entre la réalité de la subordination et le principe de liberté (18), les conséquences de cette jurisprudence ne sont pas moindres que les changements qualitatifs induits. Sous réserve de sa bonne foi, l'étendue de la protection du salarié qui exerce ces libertés s'en trouve accrue (II).

I. La recherche d'un équilibre des armements

Selon certaines rumeurs, le contrat n'aurait plus sa place dans les problématiques actuelles. On ne parlerait plus de contractant, mais de la « *personne, qui est une notion centrale en droit du travail* » (19). Sans contredire ce constat, le contrat de travail, bien que de puissance moyenne (20), reste, pour l'heure, le fondement de la relation de travail. C'est d'ailleurs de ce contrat que naît la subordination du salarié (21) ou, c'est la même chose vue sous un autre angle, dans ce contrat que prend sa source le pouvoir de direction. Le pouvoir de direction est nécessairement atteint par cette référence à l'égalité des armes (B), dans une relation qui n'est pas imperméable au droit commun (A).

A. Le déséquilibre corrigé par les armes traditionnelles

Même avec ses nouveaux visages (22), la subordination juridique traduit un rapport d'inégalité.

Dans le contrat de travail, on le sait (23), la volonté ne s'engage pas, elle se soumet. Le contrat s'est fait, comme l'exercice unilatéral du pouvoir de direction, instrument d'assujettissement des personnes. On est en présence d'une relation de dépendance. Dans les contrats civils eux-même, l'égalité est une illusion. Il y a dans ces relations, là aussi, un vainqueur et un vaincu, admettait, de façon assez cynique, Josserand. La CEDH, tout en reconnaissant que l'égalité absolue n'existe pas et qu'elle doit être appréciée raisonnablement, avait ainsi estimé, par exemple, que la procédure française d'expropriation se caractérise par un déséquilibre des forces en présence, incompatible avec le principe d'égalité des armes (24).

La relation de subordination est, quant à elle, par essence, déséquilibrée. Le pouvoir d'évaluation et de notation, belle manifestation du pouvoir de direction, puise, par exemple, directement sa source dans le contrat (25).

(11) Sur les contours de cette notion, Voir F. Tulkens, « Le délai raisonnable et la CEDH », in *Le temps, la justice et le droit*, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p.207.

(12) J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Les incursions de la CEDH en droit du travail », RDT 2008, p.16.

(13) Cass. Soc., 9 oct. 2013 ; Cass. Soc., 29 oct. 2013, arrêts précités.

(14) Cass. Soc., 18 déc. 2013, préc.

(15) Aff. 4451/70, R. Pelloux, « L'affaire Golder devant la CEDH », *Annuaire fr. dr. int.* 1975, p.330.

(16) Cass. Soc., 6 fév. 2013, préc.

(17) A. Supiot, *Critique de droit du travail*, PUF, 2^e éd., 2007, p.157.

(18) *Ibid.*

(19) C. Leveneur, « La personne en droit du travail », dir. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 1999.

(20) A. Jeammaud, « Le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Analyse juridique et valeurs en droit social. Études offertes à Jean Pelissier*, Dalloz, 2004, p.299.

(21) J.-Y. Frouin, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », JCP S 2010, 1087, p.22.

(22) A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p.132.

(23) A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990, n°6, p.487.

(24) CEDH, 24 avr. 2003, *Yvon c/ France*, D. 2003, p.2456, n. Houstiou ; JCP 2003, I, 160, obs. Sudre.

(25) Cass. Soc., 10 juil. 2002, n°00-42368, *Dr. Ouv.* 2002 p.535 n.V. Wauquier : « [l'employeur] tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer les salariés ».

Le contrat lui-même permet et instaure, on le voit, ce déséquilibre. Des pans entiers du droit de la relation restent profondément inégalitaires. La même observation peut être faite lorsque, dans son arrêt du 14 décembre 2005, la Cour de cassation affirme que « l'erreur du chef d'entreprise, dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion, ne caractérise pas, à elle seule, la légèreté blâmable » (26), alors que la faute du salarié permet son licenciement. On peut même penser que les mots doux qui parsèment le Code du travail et sa jurisprudence –vocables de proportionnalité, de contrepartie, de contrat et, ici, d'égalité des armes – masquent le déséquilibre violent des rapports, comme certains « mensonges de l'économie » (pour reprendre le titre du petit livre de J.-K. Galbraith) édulcorent les réalités .

Pourtant, le droit du travail, pour une bonne part de ses dispositions, pourrait être perçu comme visant à rééquilibrer, en partie, les forces en présence (27), même si, de plus en plus, « avec l'assentiment des salariés, et prétendument au nom de leur liberté, on leur fait renoncer à toutes leurs protections et, petit bout par petit bout, c'est le droit du travail que l'on détricote ainsi » (28).

Affirmer que le droit du travail s'est édifié pour protéger le salarié ne signifie pas, pour autant, que le droit des contrats doit être évincé. Les rapports entre les disciplines ont constitué des moments intenses de discussion travailliste (29). On peut, en tout cas, « faire crédit » aux techniques contractuelles de droit commun pour promouvoir une meilleure protection des salariés (30). Parmi de nombreuses illustrations, on peut évoquer l'annulation rétroactive d'une rupture conventionnelle, dès lors que le consentement du salarié a été vicié par la pression exercée par l'employeur (31).

On aurait pu, dans ces conditions, envisager de prononcer la nullité d'un licenciement motivé par

l'action en justice du salarié, en se fondant sur la très civile illicéité de la cause. On sait que « la nature des choses conduit à considérer que la notion de cause n'est applicable aux actes unilatéraux que sous l'aspect subjectif, c'est à dire au sens du motif déterminant » (32). Devant la Cour de cassation, le salarié, licencié pour avoir témoigné en justice contre son employeur (33), faisait notamment valoir, sans qu'il ait véritablement reçu de réponse à son argumentation, que le licenciement était entaché de nullité au regard de l'article 1131 du Code civil. Motivé par la volonté de réduire à néant l'action en justice en portant atteinte à cette liberté fondamentale, le licenciement reposerait sur une cause illicite. L'analyse pourrait s'inscrire dans le sillage de développements récents sur la cause en droit du travail (34).

la nullité de la rupture a finalement été retenue dans l'ensemble des espèces, non pas au regard de l'article 1131 du Code civil, mais au regard de l'article 6 § 1 de la Convention EDH. L'instrument est peut être plus attractif et actuel que le Code civil et sa notion de cause, que certains voudraient gommer du paysage juridique par des voies peu orthodoxes (35).

B. Le rééquilibrage par le désarmement du pouvoir de direction

La situation de subordination peut apparaître comme « incompatible avec le principe d'égalité des armes, notamment lorsqu'il s'agit, pour les parties, de négocier un compromis sur des droits litigieux. En particulier, elle met le salarié dans une situation de « net désavantage par rapport à la partie adverse » (36). On peut dire aussi que l'application de ce principe d'égalité des armes a ainsi pour effet de rétablir, au moins ponctuellement, l'équilibre faussé par la mise en œuvre inappropriée du pouvoir de direction, plus spécialement en sa composante disciplinaire . Il est bien naturel que les juges ciblent

(26) Cass. Soc., 14 déc. 2005, n°03-44.380, Bull.civ. V, n°265, D. 2006, AJ 98.

(27) Le principe de proportionnalité relève lui aussi de l'équilibre recherché des forces à travers, notamment, le droit des clauses qui le matérialise.

(28) M. Fabre-Magnan, « Le forçage du consentement du salarié », Dr. Ouv. 2012, p.459, spéc. p.460, disp. sur <https://sites.google.com/site/droitouvrier>

(29) Pour une synthèse de ces relations entre droit commun et droit du travail, S. Renaud, *Droit civil et droit du contrat de travail : contribution à l'étude de la dérogation au droit commun*, dir. J.-M. Olivier, thèse Paris II, 2007, V° Introduction.

(30) G. Couturier, « Les techniques civilises et le droit du travail, chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », D. 1975, p. 151 (1^{ère} partie).

(31) Cass. Soc., 23 mai 2013, n°12-13.865, D. 2013, obs. B. Inès.

(32) Flour, Aubert et Savaux, *Droit civil, Les Obligations I. L'acte juridique*, 11^e éd., 2004, n°492.

(33) Cass. Soc., 29 oct. 2013, préc.

(34) D. Chenu, « La rupture du contrat », in *La Cause en droit du travail*, dir. B Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2013, n°151. L'auteur relève que la similitude de l'usage de la cause en droit des contrats et en droit du travail concernant le licenciement s'étend même jusqu'à la sanction encourue : la nullité.

(35) F. Rome, « Un Code sur Ordonnance », D. 2013, p.2844. Le Sénat a toutefois refusé la voie de l'ordonnance pour la réforme du droit des contrats par 346 voix contre 1, *Dalloz act*, 27 janv. 2014, obs. L. Dargent.

(36) J. Mouly, « La soumission du pouvoir disciplinaire au principe de l'égalité des armes en cas de litige entre l'employeur et le salarié », Dr. soc. 2013, p. 1055.

prioritairement et avec détermination, dans la série de décisions rendues, l'atteinte au droit d'agir en justice. Ils sont évidemment sensibles à cette liberté, d'autant plus fondamentale qu'elle est le socle sur lequel ils officient.

Dans l'arrêt du 9 octobre 2013, le salarié, qui avait obtenu la requalification de son CDD en CDI, s'était vu proposer par l'employeur un contrat à des conditions plus défavorables que celles contenues dans les contrats originaires (salaire et temps de travail). Son refus avait entraîné son licenciement. On pouvait véritablement parler de tentative de forçage du consentement au sens où l'entend Mme Fabre-Magnan (37). La Haute juridiction s'est placée sur le terrain de l'égalité des armes (38), estimant que « l'employeur avait utilisé son pouvoir de licencier afin d'imposer au salarié sa propre solution dans le litige qui les opposait relativement à l'exécution du jugement du Conseil de prud'hommes du 21 juillet 2011, litige qui n'avait pas été définitivement tranché ». La solution s'inscrit, certes, dans une interprétation assez vaste de l'égalité des armes « élément de la notion plus large de procès équitable » (39), mais revêt un intérêt tout particulier, ici, dans la relation de travail, où elle gèle le pouvoir disciplinaire de l'employeur lorsque celui-ci est détourné de sa fonction pour attenter à une liberté fondamentale. L'abus de droit ou la simple absence de cause réelle et sérieuse ne constituaient pas, au demeurant, des sanctions efficaces face à la gravité de l'atteinte par le cynisme de la mesure meurtrière.

On mesure la distance parcourue depuis un arrêt du 20 février 2008, dans lequel il apparaissait que le licenciement d'un salarié, intervenu en raison de l'action en justice introduite sur le fondement d'une violation du principe « à travail égal salaire égal », n'encourt pas la nullité (40).

Dans sa décision du 29 octobre 2013, la Cour de cassation décide qu'en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression (art. 10 de la Convention EDH (41)) et à la liberté de témoigner (rattachée à l'art. 6§1 du même instrument), garantie d'une bonne justice, le licenciement prononcé au motif du contenu d'une attestation délivrée par un salarié au bénéfice d'un autre est atteint de nullité, sauf en cas de mauvaise foi de son auteur. Ici encore, c'est de liberté fondamentale dont il est question, celle d'agir en justice ou de témoigner.

Le principe de l'égalité des armes aurait pu être visé à un autre titre aussi, dans la mesure où la lettre de licenciement fait état du « refus du salarié de modifier la teneur de son attestation » (42). Or, « le principe de l'égalité des armes s'oppose à ce que l'employeur utilise son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié... de modifier la teneur de ses propos » (43). La Haute juridiction lui a préféré la liberté de témoigner pour des raisons évidentes ; elle avait déjà retenu que les écrits produits en justice relèvent de la nécessaire liberté de la défense (44).

On savait que le licenciement consécutif au témoignage du salarié ne repose pas sur une cause légitime (45). La Cour de cassation, aujourd'hui, va plus loin, en faisant de la rupture de ce chef une cause de nullité. Le juge complète ici les zones blanches du droit légiféré (46) au moyen des nullités virtuelles bien vivantes (47) .

On pourrait peut-être voir aussi, dans ces protections ponctuelles du droit d'agir en justice, les signes d'un principe général du droit, dégagé par induction de plusieurs règles éparses dans le code. L'affirmation de l'atteinte à une liberté fondamentale est cependant plus efficace. C'est face au licenciement, arme totale s'il en est, un moyen d'équilibrer ponctuellement les

(37) Art. préc.

(38) La Cour de cassation aurait également pu statuer au visa de l'article 1134 du Code civil. La liberté contractuelle, principe à valeur constitutionnelle (DC n°2006-535 du 30 mars 2006) étant bafouée.

(39) CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Matéos c/ Espagne*, série A, n°262, § 63.

(40) D. 2008, p.790 sur cet arrêt, v. not. M. Poirier « Pour la nullité du licenciement décidé en représailles d'une action en justice intentée par le salarié contre son employeur », Dr. Ouv. 2008 p.519.

(41) Il est acquis, depuis le fameux arrêt *Clavaud*, que le licenciement intervenu pour sanctionner l'usage par le salarié de sa liberté d'expression est entaché de nullité ; Cass. Soc., 28 avr 1988, *Clavaud*, Bull. civ. V, n°257 ; Dr. Ouv. 1988, p.249, concl. H. Écoutin, n. A. Jeammaud et M. Le Friant.

(42) Arrêt p. 10, dernier §.

(43) La formule s'inspire bien évidemment de l'arrêt du 9 octobre 2013 préc.

(44) Cass. Soc., 28 mars 2006, Bull. civ. V, n°126. La nullité du licenciement avait d'ailleurs été retenue dans cette espèce, passée inaperçue.

(45) Cass. Soc., 23 nov. 1994, Bull. civ. V, n°308.

(46) Il n'existe, dans le code, que des dispositions sporadiques relatives, notamment, au harcèlement, à la discrimination et à l'égalité de traitement. On citera, pour exemple, l'article L. 1134-4 du Code du travail, au terme duquel : « 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 le fondement des dispositions du chapitre 2 (principe de non-discrimination). »

(47) Sur le rappel de « la sottise croyance en un adage incertain, « pas de nullité sans texte » », cf. A. Mazières, art. préc. ; F. Gaudu, « Les nullités du licenciement et le « principe » pas de nullité sans texte », Dr. soc. 2010, p.151. Déjà Japiot admettait qu'il fallait admettre la nullité si « l'intérêt protégé par la règle violée est plus digne de considération que l'intérêt adverse », cf. R. Japiot, « Des sanctions en matière de procédure », RTD Civ. 1914, p.227.

forces. C'est aussi, à terme, un moyen de dissuader l'emploi du licenciement dit de rétorsion.

Dans l'arrêt du 18 décembre 2013, la Cour de cassation décide que « l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme faisant partie intégrante du « procès équitable » au sens du dernier de ces textes (art. 6§1 Convention EDH) ; qu'il en résulte que, lorsqu'une décision, exécutoire par provision, ordonne la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, la rupture du contrat de travail intervenue postérieurement à la notification de cette décision au motif de l'arrivée du terme stipulé dans ledit contrat à durée déterminée est nulle ».

La politique du fait accompli consistant à licencier, sans autre forme de procès, en quelque sorte, pour contourner la mise en œuvre d'une décision de requalification, se trouve ainsi déjouée. Ici encore, le principe de l'égalité des armes tempère la mise en œuvre devoyée du pouvoir de direction. Le souci d'effectivité de la liberté fondamentale reconnue au salarié s'insinue jusque dans l'exécution de la décision. On sait que l'exécution des décisions civiles présente un intérêt capital, tant pour les justiciables, pour qui elle a souvent un caractère alimentaire, que pour « le crédit de la justice » (48). C'est donc, ici, la transposition de la jurisprudence *Hornsby* (49), selon

laquelle « le droit d'accès à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 §1 décrive en détail les garanties de procédure (équité, publicité et célérité) accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en œuvre des décisions judiciaires... ».

Dans ces différentes décisions, c'est le pouvoir de direction lui-même qui est (provisoirement) désarmé par le juge, le lien de subordination, (pour un temps) civilisé, rendu « synallagmatique » et, en même temps, sauvegardé, puisque sa rupture est annulée. On ne saurait, en effet, admettre que le salarié consente à une « subordination illimitée » (50). Il faut donc, selon les mots du Professeur Lyon-Caen, que la jurisprudence sache parfois dire que le salarié n'a pas pu consentir à certaines dispositions prises par l'employeur (51). Et on ne saurait encore moins concevoir que le salarié renonce à ses libertés fondamentales en étant frappé, de surcroît, par un licenciement sauvage. En admettant la nullité du licenciement de représailles, avec les droits qui s'y attachent, les juges, via le principe de l'égalité des armes, restaurent cet équilibre que lien de subordination et pouvoir de direction tendent naturellement à fausser.

II. La neutralisation des mesures de représailles par la nullité

Dans les décisions commentées, le licenciement ou la rupture anticipée du CDD (52) ont pour cause l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice. La nullité de la mesure de représailles fait, dans ce contexte, un retour en force sur la scène juridique. Elle contourne l'obstacle du principe constitutionnel de libre rupture des CDI (A). On peut s'interroger sur l'étendue de la protection ainsi offerte au salarié (B).

A. Les obstacles surmontés

La nullité n'apparaît plus comme inappropriée et, par ailleurs, elle ne contredit pas la liberté de rupture des CDI.

1. Le retour en grâce de la nullité mal aimée

La nullité du licenciement, si on en juge par cette salve de décisions, n'est plus cette « sanction mal aimée » du droit du travail, cet anéantissement rétroactif de l'acte juridique unilatéral, cette sanction « odieuse » (53), bien au contraire. Il y a longtemps que la doctrine plaide pour cette solution que la jurisprudence consacre aujourd'hui. Monsieur Verdier a ainsi pu écrire : « *Que [les représentants du personnel] exercent leur mandat, ou un salarié « ordinaire » une liberté, un droit fondamental est chaque fois en cause. Le dénominateur commun entre eux est l'exigence d'une protection « radicale » (...)* ». Il poursuivait en

(48) E. Rusquec, Gaz. Pal. 1982, doct. 355.

(49) CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, Aff. 18357/91.

(50) N. Collet-Thiry, *L'encadrement contractuel de la subordination*, thèse Paris II, dir. B. Teyssié, 2012, p.21.

(51) G. Lyon-Caen, « Défense et Illustration du contrat de travail », *Archives de philosophie du droit*, 1968, T. 13, p.59.

(52) Cass. Soc., 6 fév. 2013 préc. Ainsi que son renouvellement, Cass. Soc., 18 déc. 2013, préc.

(53) Solon, *Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre en matière civile*, Paris 1835, cité par B. Gauriau, Dr. soc. 1993, p.738.

soutenant que « *telle est la raison pour laquelle la violation d'une liberté d'un salarié quelconque doit, elle aussi, donner lieu à la remise effective de la situation de ce dernier dans son état antérieur* » » (54). C'est bien de la nullité du licenciement dont il est question. Cette dernière viendrait dissuader l'employeur de porter atteinte à l'exercice par un salarié de ses libertés essentielles (55).

Plus que jamais, « *une liberté fondamentale n'a pas à se justifier, elle s'affirme* » (56). Un auteur avait dit de cette formule qu'elle n'avait pas d'écho très net en jurisprudence (57). Tel n'est plus le cas, avec les présentes décisions, qui élèvent au rang des libertés fondamentales le droit d'agir en justice (58), tout en tirant les conséquences logiques de sa violation.

La nullité prononcée par un juge soucieux de la protection des libertés fondamentales et, en particulier, de l'effectivité de l'accès aux tribunaux et des décisions qu'il rend est une arme à la hauteur de la gravité de la mesure prise par l'employeur. La solution actuelle s'inscrit, certes, dans la continuité de la jurisprudence (59), mais tranche par rapport aux timides décisions rendues depuis lors, notamment à propos du droit d'agir en justice (60).

À présent, toute violation d'une liberté fondamentale, suivie d'un licenciement de représailles, peut entraîner la nullité de cette rupture. Bien plus, comme la liberté d'agir en justice constitue, depuis la jurisprudence *Golder* (61), l'exercice d'une liberté essentielle, le motif de l'action ne sera pas nécessairement au centre de la protection. Si le salarié prouve que c'est l'action en justice qui a déclenché la rupture inappropriée, le caractère de la liberté dont la violation est alléguée devient assez indifférente. Ainsi, l'action en justice consécutive à une atteinte à la liberté vestimentaire suivie d'un licenciement de rétorsion permettra de demander la nullité de la rupture, alors même que la liberté

vestimentaire n'est pas jugée fondamentale (62). Il pourra, en effet, être estimé que c'est le droit d'agir en justice auquel la rupture porte atteinte. La considération de l'exercice, par le salarié, d'une action en justice, et de la liberté fondamentale d'agir à laquelle il est porté atteinte, permettrait ainsi d'annuler un licenciement dont la cause originaire repose sur la violation alléguée d'une liberté non essentielle.

Certes, dans la quasi-totalité des cas, le salarié saisit le Conseil des prud'hommes après la rupture prononcée. Il n'en demeure pas moins que l'hypothèse – si résiduelle soit-elle – d'un salarié qui conteste une mesure prise par l'employeur, au cours de l'exécution du contrat et se trouve licencié pour s'être adressé au juge, n'est pas rare. À telle enseigne que, dans l'espèce du 18 décembre 2013, les salariés ont saisi le juge en cours d'exécution de leur CDD pour obtenir leur requalification en CDI. L'employeur avait toutefois, nonobstant la requalification opérée par les juges, fait signifier aux salariés son souhait de mettre un terme aux relations contractuelles à la survenance du terme. La Cour de cassation vient ici préciser que « *la rupture du contrat de travail intervenue postérieurement à la notification de cette décision au motif de l'arrivée du terme stipulé dans ledit contrat à durée déterminée est nulle* ». Autrement dit, la relation contractuelle, initialement à durée déterminée, doit se poursuivre malgré la survenance du terme, car il s'agit finalement d'une relation à durée indéterminée. L'employeur n'est pas privé de son droit de rupture unilatérale, mais il devra invoquer un motif distinct de l'action en justice du salarié pour ne pas s'exposer au risque de nullité.

2. L'innocuité du principe à valeur constitutionnelle de libre rupture des CDI

La nullité de la rupture pourrait, quant à elle, se heurter au principe à valeur constitutionnelle de libre rupture des contrats à durée indéterminée (63).

(54) J.-M. Verdier, « Libertés et travail, Problématique des droits de l'Homme et rôle du juge », D. 1988, Chr. XI, p. 68.

(55) B. Gauriau, « La nullité du licenciement et la personne du salarié », Dr. soc. 1993, p. 740.

(56) H. Écoutein, concl. aff. *Clavaud*, art. préc.

(57) B. Desjardins, « La réintégration », Dr. soc. 1992, p. 766.

(58) Répondant, « quelques temps plus tard », à une doctrine qui avait insisté sur la nécessité de protéger le droit en justice du salarié, voir notamment, A. Supiot, « La protection du droit d'agir en justice », Dr. soc. 1985, p. 774.

(59) Il est acquis qu'en l'absence de texte, la violation d'une liberté fondamentale entraîne la nullité du licenciement, Cass. Soc., 13 mars 2001, *France Telecom*, Bull. civ. V, n° 87 ; RJS 5/01, n° 590 ; Dr. Ouv. 2001, p. 300 n. M-F. Bied-Charreton.

(60) Cass. Soc., 20 fév. 2008, « Hors le cas visé à l'article L. 123-5 du Code du travail, le licenciement sans cause réelle ni

sérieuse d'un salarié intervenu en raison de l'action en justice qu'il a introduit sur le fondement d'une violation du principe « à travail égal, salaire égal n'encourt pas la nullité » », D. 2008, p. 390 ; Dr. soc. 2008, p. 530, n. C. Radé ; Dr. Ouv. 2008, p. 519 n. M. Poirier.

(61) CEDH, 21 fév. 1975, préc.

(62) Cass. Soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273 : « *La liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales* », Dr. Ouv. 2003, p. 221, avis de P. Lyon-Caen, n. P. Moussy ; D. 2003, p. 2718.

(63) Décision 99-419 du 9 novembre 1999 relative au PACS, § 61, JO 16 nov. 1999, p. 16962 : « *Si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 justifie que le contrat de droit privée à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants* ».

A propos de CDD requalifiés, Mme Claude Roy-Loustenuau a ainsi pu soutenir, à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 2011 (64), que, si l'on s'en tient à ce principe constitutionnel, l'employeur conserve son droit de rupture unilatérale, quitte à payer des dommages intérêts. Elle invoquait la sanction originale de l'indemnité de requalification qui sanctionne déjà l'attitude infractionnelle de l'employeur, mais c'était sans tenir compte de la solution actuelle, qui met en exergue l'impossibilité d'exécution – partie intégrante du droit au procès équitable – qu'entraîne le « licenciement ».

Cependant, même en faisant abstraction de cette solution nouvelle, le principe de libre rupture des CDI n'est pas un obstacle à la nullité du licenciement. En effet, « être libre de s'évader d'une relation à durée indéfinie ne signifie pas qu'on puisse le faire (...) n'importe comment » (65). Le principe de libre rupture des CDI implique seulement que l'acte posé en vertu de cette liberté soit valable (66). Or, la rupture motivée par l'action en justice du salarié repose sur une cause illicite et n'est donc pas valable. La résistance de l'employeur ne doit pas empêcher le salarié qui le souhaite de réintégrer l'entreprise et poursuivre l'exécution de son contrat de travail (67).

Ceci vaut en cas de licenciement. Peut-on cependant concevoir qu'il y ait une protection du même type en cas de mise en œuvre, par mesure de représailles, d'une clause de mobilité ou de refus de promotion par exemple ?

B. L'épaisseur des blindages ou l'étendue de la protection

On peut s'interroger tant sur la nature des *mesures défavorables* que pourrait prendre l'employeur (1.) qu'au plan des procédures, et *notamment du référé* que le salarié peut engager (2.).

1. Les mesures annulables

Le licenciement n'est pas la seule mesure d'éviction que peut prendre l'employeur en réaction à une action judiciaire pour faire valoir un droit. Elle est la

plus brutale et spectaculaire. Le pouvoir de gestion offre, cependant, un vaste champ de mesures de rétorsion possibles. Il existe de nombreuses possibilités de changement des conditions de travail, telles que la variation du lieu ou des tâches, une mauvaise notation, surtout lorsqu'il existe des critères qualitatifs ou subjectifs dans les questionnaires. On peut alors s'interroger sur la possibilité d'annulation de telles mesures .

Selon Mme Christelle Varin, « si l'employeur peut prononcer un licenciement en riposte à l'action exercée par le salarié, il peut aussi refuser un avancement ou encore mettre en œuvre un clause de mobilité pour faire pression sur son salarié » (68). La protection du salarié qui exerce une action en justice doit donc être entendue de la manière « la plus large possible en englobant toutes les mesures que pourrait être tenté de prendre un employeur en réaction à la procédure engagée contre lui » (69).

Cette position ne peut qu'être approuvée. Si le licenciement, mesure extrême, peut être annulé et la réintégration ordonnée, à plus forte raison, des mesures (en réalité des sanctions illégitimes) de moindre degré peuvent être effacées. Le droit disciplinaire nous a accoutumés à de telles solutions.

Néanmoins, des difficultés d'ordre probatoire peuvent venir troubler cette situation apparemment confortable pour le salarié. Par principe, c'est à lui de rapporter la preuve que c'est bien son action en justice qui est la cause de la mesure patronale, et la tâche n'est pas simple. La relation de subordination s'est toujours mal accommodée du droit quasiment commun de la preuve.

La jurisprudence récente (70) de la Cour de cassation ne semble pas pourtant hostile à un allègement de la charge de la preuve pour le salarié : la concordance temporelle entre l'action en justice et la réaction disciplinaire pourrait suffire. Rien de révolutionnaire : les simples règles traditionnelles de causalité en droit commun plaident pour une telle solution (l'éclatement de la vitre au moment du passage, par l'avion, du mur du son).

(64) Dr. soc. 2011, p.1117.

(65) Ph. Stoffel-Munck, « La rupture du contrat », in *Le contrat : journées brésiliennes*, Travaux de l'Association Henri Capitant, éd., SLC, 2009, pp.809-810.

(66) *Ibid.*

(67) Toutefois, si l'employeur persiste en s'opposant à la poursuite de la relation de travail, en cas de nullité du licenciement, le salarié peut aussi agir en résiliation judiciaire ou prendre acte de la rupture de son contrat de travail en imputant à l'employeur la violation de son obligation de poursuivre l'exécution du contrat, Cass. Soc.,

29 mai 2013, Dr. Ouv. 2013, p.505 obs. crit. C. S. ; Dr. soc. 2014, p.44, spéc. p.48, obs. B. Gauriau. La résiliation judiciaire produira alors les effets d'un licenciement nul, n'ouvrant (paradoxalement) pas droit à réintégration. La sanction sera ici purement indemnitaire, cf. J. Icard, « Prise d'acte produisant les effets d'un licenciement nul », Cah. soc. 2013, p.267.

(68) Ch. Varin, « Vers une protection générale de l'action en justice exercée par le salarié », RDT 2011, p.640.

(69) *Ibid.*

(70) Cass. Soc., 6 fév. 2013, arrêt préc.

L'employeur, par-delà le motif de rupture invoqué, devrait alors prouver que sa décision ne repose pas sur l'initiative judiciaire du salarié (71). Cette facilité de preuve pour le salarié, bénéficiaire d'une présomption, ne contredirait pas l'égalité recherchée des armes.

L'allègement de ce fardeau ne peut, cependant, pas occulter l'exigence de bonne foi du demandeur. On ne peut déjouer les mesures d'évitement de l'employeur, condamner le détournement de pouvoir auquel il se livre, et admettre une protection inconditionnelle du salarié. Lorsque celui-ci relate des faits qu'il savait inexacts ou mensongers, la protection ne joue plus. Dans l'arrêt du 29 octobre 2013, l'employeur estimait que le licenciement était justifié par « *le manquement à l'obligation de loyauté* » et « *une perte de confiance en la loyauté et le dévouement* » (72) que le salarié lui devait. On objectera la jurisprudence interne sur ce thème (73). Toutefois, cette argumentation n'est pas indifférente à la Cour EDH, qui a déjà eu l'occasion de juger que « *pour pouvoir prospérer, les relations de travail doivent se fonder sur la confiance entre les personnes. Si cette exigence n'implique pas un devoir de loyauté absolue envers l'employeur (...), certaines manifestations de droit à la liberté d'expression, qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes, ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail* » (74).

En réservant la mauvaise foi du salarié, l'arrêt relatif à la production d'attestations en justice est conforme à cette décision. On ne saurait oublier qu'il s'agit aussi, par la nullité qui efface, au moyen de l'égalité des armes, de rétablir, autant que possible, la confiance trahie par la mesure de rétorsion. Il n'y aurait, de la part du salarié, aucune confiance légitime bafouée, s'il était de mauvaise foi.

2. Le choix des armes : la question de la procédure de référé

Le temps des procès pourrait bien rendre vaine l'énergie déployée pour sauver le contrat au moyen des

libertés. Le procès, c'est peut-être, comme le dit Balzac « *très amusant, on va, on vient, on se démène* » (75). Il reste que sa durée et ses conséquences peuvent dégoûter les plus déterminés.

Le salarié licencié pour avoir agi en justice afin de faire valoir un droit ou faire respecter une liberté peut-il demander l'annulation du licenciement et sa réintégration en référé ?

La Cour de cassation avait répondu par la négative, en estimant, dans un premier temps, que l'obligation de réintégrer constituait une obligation de faire insusceptible d'exécution forcée (76). Plus récemment, elle retenait que la réintégration ne saurait être ordonnée par le juge des référés en l'absence de trouble illicite dans la rupture intervenue (77).

La solution est différente aujourd'hui. Dans sa décision du 6 février 2013 (78), la Cour de cassation dit clairement que « *le juge des référés peut, même en l'absence de dispositions l'y autorisant, autoriser la poursuite des relations contractuelles en cas de violation d'une liberté fondamentale par l'employeur* ».

La réintégration, pour logique qu'elle soit, n'apparaît pas le corollaire obligé de la nullité. Des sanctions indemnitaires sont, parfois, seules instaurées, contre toute logique d'ailleurs (79).

Est-ce qu'une telle solution (nullité-réintégration), rendue au cas d'action en requalification des CDD en CDI, « *n'est assurée qu'au cas où l'employeur rompt de manière anticipée et non motivée le CDD* » ? s'interroge M. Mazières (80), qui soutient la négative.

On peut estimer, avec lui et la doctrine qu'il cite (81), que le raisonnement suivi par les juges serait alors, dans bien des cas, inopérant. Et puis, c'est bien la liberté d'action en justice violée, en quelque sorte l'enveloppe, plus que le contenu de celle-ci, qui justifie l'intervention du juge des référés et le rétablissement de l'ordre public troublé par l'illicéité de l'acte.

(71) J. Mouly, « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité des mesures de rétorsion », Dr. soc. 2013, p.415. Pour Patrice Adam, « *exiger du salarié la démonstration de la véritable raison d'agir de l'employeur eut été mettre à sa charge une véritable probation diabolica* », cf. P. Adam, « Droit d'accès au juge et ruptures de rétorsion. Un revirement aujourd'hui, un autre pour demain ? », RDT 2013, p. 630. Cf également, sur cette question de preuve, B.Ines, Dalloz actu. 21 janvier 2014, *in fine*.

(72) Rapport, p. 7.

(73) Cass. Soc., 29 nov. 1990, *Fertray*, Dr. Ouv. 1991 p.66 ; D.1991, p.190, obs. J. Pélissier.

(74) CEDH, 12 sept. 2011, *Palomo Sanchez et a. c/ Espagne*, Dr. Ouv. 2012, p.380, n. V. Lacoste-Mary ; SSL 2011, 1506.

(75) Balzac, *Albert Savarrus*, t. 1, p.989, cité dans ce magnifique ouvrage *Balzac, romancier du droit*, dir. N. Dissaux, Lexisnexis, 2012, p.87.

(76) Civ. Soc., 27 nov. 1952, *Sortais*, D. 1953, 239 ; JCP 1954, II, 7903.

(77) J. Normand, « Le juge des référés et la rupture du contrat », RTD Civ. 2002, p.142.

(78) Préc.

(79) G. Couturier, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *in Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p.293 ; B. Desjardins, art. préc., p.766.

(80) note préc.

(81) Dr. Ouv. 2013, p.553, n. 36.

L'égalité des armes, pour l'heure, simple composante du procès équitable, pourrait, plus largement utilisée, avoir la force subversive de certaines théories ou de certains principes, comme, au début du moins, l'enrichissement sans cause en droit civil, certains principes généraux du droit ou encore des règles correctrices comme les principes de finalité et de proportionnalité, en droit du travail. M. Jestaz parlait justement d'équité subversive. C'est la recherche de l'égalité des armes qui justifie, déjà, sans le dire, certaines modalités de preuve dont, par exemple, la charge est inversée ou encore certaines restrictions

du pouvoir de direction dans le droit des clauses, voire peut-être même l'exigence de contrepartie à certaines interdictions. L'utilisation par le juge de la notion d'égalité des armes rappelle, par certains de ses aspects, le rôle moteur joué par la cause. Il s'agit toujours de rétablir un certain équilibre dans le rapport des forces, de « civiliser » le pouvoir de direction. Le programme est immense.

Alain Chirez et Frédéric Chirez

CONTRAT A DUREE DETERMINEE Cas de recours autorisés – Emploi pour lequel il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée – Constance de l'usage – Stipulation par une convention ou un accord collectif – Portée – Office du juge.

TEMPS DE TRAVAIL Travail à temps partiel – Requalification en travail à temps complet – Effets – Stipulations contractuelles relatives au terme du contrat.

CONTRAT DE TRAVAIL Exécution – Sanction disciplinaire – Limites – Litige en cours entre l'employeur et le salarié sur l'exécution d'un jugement – Licenciement dans le but d'imposer au salarié la solution de l'employeur – Violation de l'article 6 § 1 CEDH – Principe d'égalité des armes – Violation d'une liberté fondamentale – Nullité de la rupture.

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 9 octobre 2013
Pain contre La Française d'images (pourvoi n°12-17.882)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Pain a été employé par la société La Française d'images à compter du 15 février 1994, dans le cadre de contrats de travail à durée déterminée successifs, en qualité d'assistant de plateau, puis de régisseur ; qu'après avoir contesté une diminution progressive de son salaire, le salarié a saisi la juridiction prud'homale ; que par jugement du 21 juillet 2011, le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt a requalifié les contrats conclus entre les parties en contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel et fixé le salaire mensuel de référence à 1 417 euros ; que le 21 juillet 2011, l'employeur a adressé au conseil du salarié une proposition de contrat de travail établi sur la base de 36 heures par mois pour un salaire de 523 euros ; que le 26 juillet 2011, le salarié a écrit à son employeur pour l'informer de son entière disponibilité pour occuper son poste, et, que par courrier du lendemain, le conseil de M. Pain a indiqué à l'employeur que le contrat de travail devait mentionner un salaire brut de 1 417 euros pour 66 heures de travail par mois ; que l'employeur a répondu au conseil du salarié en l'invitant à transmettre à son client le projet de contrat adressé le 21 juillet 2011 ; que le salarié a formé appel contre le jugement du conseil de prud'hommes le 26 juillet 2011 ; que le 28 juillet 2011, le conseil du salarié a adressé un nouveau projet de contrat de travail sur la base d'un salaire de 1 417 euros pour 50 heures de travail ; que le 1^{er} août 2011, M. Pain s'est présenté au siège de l'entreprise et a refusé de signer le projet

de contrat de travail proposé par l'employeur qu'il estimait non conforme au jugement du conseil de prud'hommes ; que le 2 août 2011, le conseil du salarié a adressé à celui de la société le contrat de travail qu'elle avait établi, signé par M. Pain, lequel s'est à nouveau présenté au siège de l'entreprise où il s'est vu notifier, par lettre remise en mains propres, une mise à pied conservatoire ; que l'employeur a interjeté appel le 19 août 2011 ; que le salarié a été licencié le 2 septembre 2011 en raison d'atermoiements délibérés afin d'éviter que le jugement du 21 juillet prévoyant la poursuite de la collaboration sur la base d'un contrat à durée indéterminée à temps partiel puisse être exécuté et du refus de reprendre le travail le 1^{er} août 2011 en application des conditions du contrat de travail établi par l'employeur le 21 juillet 2011 et d'une attitude de déloyauté et de mauvaise foi ;

Sur le premier moyen du pourvoi incident de l'employeur, qui est préalable :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de requalifier la relation contractuelle en contrat à durée indéterminée et de le condamner au paiement de diverses sommes en conséquence, alors, selon le moyen :

1°/ que constitue une « raison objective » au sens de la clause 5 de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 mis en œuvre par la directive n°1999/70 du 28 juin 1999,

la démarche consistant pour les partenaires sociaux du secteur de l'audio-visuel à déterminer, après une concertation approfondie entre spécialistes ayant une connaissance exacte et complète des particularités des différents emplois concernés et des conditions de leur exercice, les emplois qui présentent un caractère « par nature temporaire » et ceux dont ce n'est pas le cas afin de déterminer les emplois pouvant être pourvus par contrat dit d'usage ; qu'en l'espèce, la société La Française d'images faisait valoir qu'un accord interbranches du 12 octobre 1998, applicable à l'entreprise et négocié et signé par les syndicats représentatifs des salariés, avait prévu que le poste de régisseur était un poste pour lequel il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée ; qu'en examinant si le recours à des contrats à durée déterminée successifs était en l'espèce justifié par des éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi occupé par M. Pain, cependant qu'elle avait constaté que l'emploi de régisseur figurait dans la liste des fonctions pour lesquelles il est d'usage de recourir au contrat à durée déterminée annexée à l'accord interbranche, ce dont il résultait que le recours à ces contrats successifs reposait sur des raisons objectives établissant la nature temporaire de l'emploi, la cour d'appel a violé la clause 5 de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 mis en œuvre par la directive n° 1999/70 du 28 juin 1999, ensemble les articles L. 1242-2, L. 2221-2 du code du travail, l'accord national professionnel interbranches relatif au recours au contrat à durée déterminée d'usage concernant le secteur du spectacle du 12 octobre 1998 étendu par arrêté du 21 mai 1999 et l'article 1134 du code civil ;

2°/ qu'il en va d'autant plus ainsi que l'accord cadre européen du 18 mars 1999 et la directive n° 1999/70 du 28 juin 1999 prévoient eux-mêmes que les partenaires sociaux sont habilités à « introduire » les raisons objectives qui justifient le renouvellement de contrats à durée déterminée successifs ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé de plus fort la clause 5 de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 mis en œuvre par la directive n° 1999/70 du 28 juin 1999, ensemble les articles L. 1242-2, L. 2221-2 du code du travail, l'accord national professionnel interbranches relatif au recours au contrat à durée déterminée d'usage concernant le secteur du spectacle du 12 octobre 1998 étendu par arrêté du 21 mai 1999 et l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu, d'abord, que s'il résulte de la combinaison des articles L. 1242-1, L. 1242-2, L. 1245-1 et D. 1242-1 du code du travail, que dans les secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois, et que des contrats à durée déterminée successifs peuvent, en ce cas, être conclus avec le même salarié, l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999, mis en œuvre par la Directive n° 1999/70/

CE du 28 juin 1999, en ses clauses 1 et 5, qui a pour objet de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs, impose de vérifier que le recours à l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi ;

Attendu, ensuite, que selon la clause 8.1 de l'accord-cadre précité les Etats membres et/ou les partenaires sociaux peuvent maintenir ou introduire des dispositions plus favorables pour les travailleurs que celles prévues dans le présent accord ;

Attendu, enfin, que la détermination par accord collectif de la liste précise des emplois pour lesquels il peut être recouru au contrat de travail à durée déterminée d'usage ne dispense pas le juge, en cas de litige, de vérifier concrètement l'existence de raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la mission technique incombant au régisseur était indépendante du contenu des émissions produites, que si les émissions produites par la société avaient varié dans le temps par leur contenu, leur durée et leur fréquence, l'activité de production de la société était permanente, de même que l'activité du salarié, employé chaque mois depuis dix-sept ans sur un nombre de jours quasi-constant, par roulement avec d'autres régisseurs assurant les mêmes tâches, a pu en déduire que les contrats à durée déterminée successifs avaient pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal du salarié :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande tendant à voir juger que son contrat de travail à durée indéterminée était à temps plein et de ses demandes en paiement en conséquence, alors, selon le moyen :

1°/ que le contrat de travail des salariés à temps partiel est un contrat écrit ; qu'il mentionne la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine et entre les semaines du mois ; qu'il en résulte que l'absence d'écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition fait présumer que l'emploi est à temps plein ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu que les contrats à durée déterminée qui portent notamment la durée du travail et les horaires de travail quotidiens, lesquels sont corroborés par les feuilles d'émargement signées par le salarié répondent aux exigences de l'article L. 3123-14 du code du travail et établissent que M. Pain était à temps partiel ; qu'en se fondant sur les mentions des contrats à durée déterminée dont elle a pourtant écarté l'application en procédant à la requalification de la relation de travail liant M. Pain à la société La Française d'images en contrat à durée indéterminée à compter de la date d'embauche, la cour d'appel a violé les articles L. 3123-4 et L. 3123-14 du code du travail ;

2°/ que l'employeur qui entend combattre la présomption selon laquelle le contrat de travail à temps partiel dont il se prévaut est réputé à temps complet doit justifier d'une part de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle du travail convenue et, d'autre part, de ce que le salarié n'était placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur ; que selon l'arrêt attaqué, si les contrats à durée déterminée successifs conclus entre M. Pain et son employeur sont généralement datés du jour même ou de la veille pour le lendemain voire les deux jours suivants, la société verse aux débats les plannings d'activité dont il résulte qu'ils étaient établis en concertation avec les intervenants, qui étaient consultés par téléphone et dont les indisponibilités étaient notées, de sorte que, quand bien même les plannings ne leur auraient pas été adressés, les intéressés étaient informés des dates auxquelles il devaient travailler dans le mois ; qu'en se déterminant ainsi sans rechercher si l'employeur justifiait de la durée exacte, hebdomadaire ou mensuelle du travail convenue sur la période d'emploi de M. Pain, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles L. 3121-1 et L. 3123-14 du code du travail ;

3°/ que la durée exacte du travail convenue ne peut résulter d'une moyenne calculée a posteriori ; qu'en retenant, par motifs éventuellement adoptés, que l'examen des contrats de travail et des bulletins de paie de M. Pain faisait apparaître une stabilité du volume de ses interventions en établissant une moyenne en jours de travail à temps plein sur une année et une moyenne mensuelle en jours de travail sur l'année, la cour d'appel a violé l'article L. 3123-14 du code du travail ;

4°/ que M. Pain faisait valoir dans ses conclusions d'appel qu'il existait d'importantes variations dans les horaires de travail prévus dans les contrats de travail à durée déterminée successifs ; qu'il prenait à titre d'exemple, les contrats datés du 2 janvier 2006 pour la journée du 3 janvier (12 h à 14 h puis de 16h à 21 h) du 11 janvier 2006 pour la journée du 12 janvier (15 h à 00h), du 12 janvier 2006 pour la journée du 13 janvier (16 h à 23 h), du 27 mai 2008 pour la journée du 28 mai (8 h à 22 h), du 28 mai 2008 pour le 29 mai (8h à 22 h), du 28 mai 2008 pour le 29 mai (11h à 23 h), du 7 mai 2008 pour le 10 mai (12 h à 14 h puis de 17h à 21 h puis de 21h à 22h) ; qu'en affirmant que M. Pain était habituellement appelé à travailler pour les mêmes émissions passant à des jours et heures fixes conditionnant les jours de tournage sans rechercher, ainsi qu'elle était invitée à le faire, s'il n'existait pas des variations importantes dans les horaires de travail hebdomadaires ou mensuels de M. Pain, en sorte que la durée exacte de travail convenue n'était pas établie et que M. Pain ne pouvait prévoir à quel rythme il devait travailler et s'était trouvé dans l'obligation de se tenir en permanence à la disposition de l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 3121-1 et L. 3123-14 du code du travail ;

5°/ que les bulletins de salaire régulièrement versés au débats par M. Pain permettaient d'établir que le nombre d'heures déclaré par l'employeur n'était jamais le même et variait fortement d'un mois sur l'autre ; que sur l'année 2010, le salaire mensuel de M. Pain a varié de 657 euros pour le mois de janvier à 1 574 euros pour le mois de décembre, sans que la rémunération versée, ni le nombre de jours travaillés soient identiques d'un mois sur l'autre ; que sur l'année 2009, le salaire mensuel versé à M. Pain a varié de 642,09 euros pour le mois de mars à 1 152,59 euros pour le mois d'août, sans que le salaire versé, ni le nombre de jours travaillés soient identiques d'un mois sur l'autre ; qu'en se bornant à établir une moyenne mensuelle et annuelle de travail sans rechercher si d'un mois sur l'autre, le volume horaire ne variait pas fortement plaçant ainsi M. Pain dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et le contraignant à rester à la disposition de son employeur, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article L. 3123-14 du code du travail ;

6°/ qu'en affirmant que M. Pain n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et n'avait pas à se tenir en permanence à la disposition de l'employeur au motif inopérant que M. Pain indiquait ses indisponibilités à son employeur qui les portait sur des plannings d'activité et après avoir constaté que les contrats à durée déterminée successifs étaient datés du jour même ou de la veille pour le lendemain voire, les deux jours suivants, la cour d'appel a violé les articles L. 3121-1 et L. 3123-14 du code du travail ;

7°/ que l'arrêt attaqué énonce que la circonstance que M. Pain se soit rarement déclaré indisponible pour travailler ou que les salaires déclarés par lui à l'administration fiscale soient exclusivement les salaires versés par La Française d'images, de l'ordre de 18 000 euros pour les dernières années, est insuffisante à établir qu'il ait été tenu de se tenir constamment à la disposition de l'employeur ; que l'arrêt attaqué relève encore que M. Pain, qui avait habité longtemps en province, ne pouvait prétendre être resté constamment à la disposition de l'employeur ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve en violation des articles L. 3123-14 du code du travail et 1315 du code civil ;

Mais attendu que la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet ne porte que sur la durée de travail et laisse inchangées les autres stipulations relatives au terme du contrat ; que réciproquement, la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ne porte que sur le terme du contrat et laisse inchangées les stipulations contractuelles relatives à la durée du travail ;

Et attendu qu'ayant constaté que les contrats à durée déterminée faisaient mention de la durée du travail et des horaires, en sorte qu'ils répondaient aux exigences de l'article L. 3123-14 du code du travail, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

Mais, sur le troisième moyen du pourvoi principal du salarié :

Vu l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que le principe de l'égalité des armes s'oppose à ce que l'employeur utilise son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui les oppose ;

Attendu que pour débouter le salarié de ses demandes de nullité de licenciement, de réintégration et en paiement de diverses sommes en conséquence l'arrêt retient que le jugement du conseil de prud'hommes avait prononcé la requalification de la relation de travail, sans précisément en ordonner la poursuite qui ne lui était pas demandée par le salarié, lequel n'avait ni tiré les conséquences de ce que la relation de travail était interrompue du fait de l'employeur qui ne lui fournissait plus de travail, ni sollicité sa réintégration dans l'entreprise et que l'employeur a pris l'initiative de lui soumettre un contrat de travail ; que le salarié ne caractérisait pas la violation alléguée, quand bien même la société ne pouvait, de bonne foi, méconnaître la rémunération retenue par le conseil de prud'hommes ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que l'employeur avait utilisé son pouvoir de licencier afin d'imposer au salarié sa propre

solution dans le litige qui les opposait relativement à l'exécution du jugement du conseil de prud'hommes du 21 juillet 2011, litige qui n'avait pas été définitivement tranché, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et attendu que la cassation de l'arrêt, en ce qu'il rejette la demande d'annulation du licenciement, entraîne par voie de conséquence nécessaire la cassation des dispositions disant le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, allouant diverses sommes en conséquence de cette rupture et ordonnant le remboursement des indemnités de chômage ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il requalifie les contrats de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée et condamne l'employeur à payer au salarié la somme de 5 000 euros à titre d'indemnité de requalification, l'arrêt rendu le 22 février 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

(M. Bailly f.f. prés. – M. Flores, rapp. – M. Foerst, av. gén. – SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.)

CONTRAT DE TRAVAIL Exécution – Liberté de témoigner – Contenu d'une attestation délivrée par un salarié au bénéfice d'un autre et destinée à être produite en justice – Licenciement disciplinaire – Violation par l'employeur d'une liberté fondamentale – Articles 6 et 10 CEDH – Nullité de la rupture – Réintégration.

Deuxième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 29 octobre 2013

Cuminge contre Etablissement Union mutualiste retraite (pourvoi n°12-22.447)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Cuminge a été engagé le 15 septembre 2003 par l'Etablissement Union mutualiste retraite en qualité d'animateur de réseaux; qu'il a été licencié pour faute grave le 29 septembre 2009 après mise à pied conservatoire, l'employeur lui reprochant d'avoir rédigé une attestation mensongère destinée à être produite dans le cadre d'un litige prud'homal concernant un autre salarié et d'avoir informé de cette démarche des collègues de travail ;

Sur le troisième moyen : *(non reproduit)*

Mais sur le premier moyen :

Vu les articles 6 et 10 de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Attendu qu'en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté fondamentale de témoigner, garantie d'une bonne justice, le licenciement prononcé en raison du contenu d'une attestation délivrée par un salarié au bénéfice d'un autre est atteint de nullité, sauf en cas de mauvaise foi de son auteur ;

Attendu que, pour dire qu'il n'y avait pas lieu d'annuler le licenciement et débouter le salarié de sa demande de réintégration, l'arrêt énonce qu'au regard

de la lettre de licenciement, le salarié a été licencié pour avoir rédigé une fausse attestation et informé ses collègues de travail de son intention de témoigner en faveur d'un autre salarié, en donnant ainsi une publicité à son opposition envers sa direction, de sorte que le licenciement ne reposant pas sur une atteinte à sa liberté de témoigner, il n'y avait pas lieu de l'annuler ;

Qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, sauf en ses dispositions relatives au rappel de salaire, l'arrêt rendu le 15 mai 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Riom ; remet, en conséquence, sur les autres points restant en litige, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Limoges ;

(M. Lacabarats, prés. – Mme Terrier-Mareuil, rapp. – M. Lalande, av. gén. – SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, av.)

Troisième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 18 décembre 2013

Y contre Air France (pourvoi n°12-27.383 s.)

Attendu, selon les arrêts attaqués, que M. X... et plusieurs salariés de la société Air France, engagés par contrats à durée déterminée successifs, ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification de ces contrats en contrats à durée indéterminée ; que, par jugements du 29 septembre 2011 le conseil de prud'hommes a procédé à cette requalification ; que, par lettre du 27 octobre 2011 la société Air France les a informés que la relation de travail prendrait fin le 30 octobre 2011, au terme prévu par leurs contrats à durée déterminée ;

Sur le second moyen, commun au deuxième moyen du pourvoi de Mme Y... :

Vu les articles L. 1121-1, L. 1245-1, R. 1245-1 du code du travail, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme faisant partie intégrante du « procès équitable » au sens du dernier de ces textes ; qu'il en résulte que lorsqu'une décision, exécutoire par provision, ordonne la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, la rupture du contrat de travail intervenue postérieurement à la notification de cette décision au motif de l'arrivée du terme stipulé dans ledit contrat à durée déterminée est nulle ;

Attendu que, pour rejeter la demande des salariés tendant à l'annulation de leur licenciement et à leur réintégration, les arrêts retiennent que le défaut d'exécution volontaire d'un jugement assorti de l'exécution provisoire mais frappé d'appel ne saurait caractériser en soi une atteinte au droit d'accès à la justice et que les salariés ne justifiaient pas de ce que la rupture du contrat était précisément intervenue à raison de l'instance en cours ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier si les jugements ordonnant la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée avaient été notifiés à l'employeur par le greffe du conseil de prud'hommes, avant le terme du contrat à durée déterminée, objet de la requalification en contrat à durée indéterminée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

Et sur le troisième moyen du pourvoi de Mme Y... :

Vu l'article L. 2411-3 du code du travail ;

Attendu que pour rejeter les demandes de la salariée tendant à la nullité du licenciement et à sa réintégration, l'arrêt énonce qu'elle revendique la protection bénéficiant aux délégués syndicaux à

raison de sa désignation le 19 octobre 2011 ; que si la rupture du contrat de travail d'un délégué syndical est en principe nulle dès lors qu'elle n'a pas été précédée de la saisine de l'inspection du travail, encore faut-il que le salarié bénéficie du statut protecteur au moins un mois avant le terme du contrat, ce qui correspond au délai de saisine de l'inspection du travail prévu par l'article L. 2421-8 du code du travail, tel n'étant pas le cas en l'espèce ;

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs inopérants, alors qu'elle avait ordonné la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée, sans rechercher si la lettre du syndicat notifiant la désignation de la salariée comme déléguée syndicale n'avait pas été reçue par l'employeur ou si celui-ci n'avait pas eu connaissance de l'imminence de la désignation de la salariée comme déléguée syndicale, avant l'envoi de la lettre du 27 octobre 2011 notifiant la rupture du contrat, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'ils requalifient les contrats de travail en contrat à durée indéterminée, les arrêts rendus le 28 mars 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Bastia ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant lesdits arrêts et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;

(M. Lacabarats, prés. – Me Le Prado, SCP Didier et Pinet, av.)