

# Le licenciement contemporain de l'action en justice du salarié ne fait pas « présumer » une atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice. Quelle incidence sur la conduite du procès ?\*

Par Marie-France BIED-CHARRETON,  
Avocate honoraire

## PLAN

- I. Rappel des faits et de la procédure
- II. Sur la véritable portée de la suppression par l'arrêt rapporté de la présomption tirée de la concomitance entre l'action en justice et le licenciement
  - A. En référé
  - B. Au fond
- III. La bonne foi des parties en référé et au fond
- IV. En conclusion
  - A. Sur le risque de déni de justice
  - B. Sur la possibilité pour les salariés de demeurer optimiste quant à l'issue de ces actions en nullités
  - C. Pour illustrer cet optimisme, sur le jugement du conseil de prud'hommes de Paris du 10 novembre 2020

On aurait presque pu introduire cette étude en ces termes, sans autre commentaire : « *Selon la Cour de cassation, le licenciement contemporain de l'action en justice d'un salarié laisse supposer un hasard de calendrier, et non une volonté illicite de représailles de l'employeur portant atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice (1)* »...

Malheureusement, ainsi qu'il sera indiqué après un rappel des faits à l'origine de la procédure (§ I), la formulation de l'arrêt commenté (2), telle que rappelée dans le titre de cet article, signifie qu'est remise en cause, la jurisprudence qui permettait jusqu'ici au salarié d'agir en nullité de son licenciement en invoquant la seule concomitance entre son action en justice et son licenciement, à charge pour l'employeur de démontrer que sa décision de rupture a une cause étrangère à la procédure engagée.

Cette remise en cause concerne, d'une part, le référé (§ A), dès lors qu'elle impose au salarié de rapporter la preuve impossible de l'intention de représailles de l'employeur et qu'en outre, par un effet « boule de neige », le juge des référés voit se réduire considérablement l'étendue des pouvoirs d'investigation dont il disposait auparavant dans sa recherche du trouble manifestement illicite puisqu'il ne peut plus rechercher si la cause du licenciement est ou non privée de caractère réel et sérieux, et si le motif de rupture invoqué dans la lettre de licenciement ne vise pas à masquer une intention de représailles.

Cette remise en cause joue, d'autre part, au fond (§ B), dès lors que dorénavant, en l'absence de présomption de représailles qui serait résultée de la concomitance entre le licenciement et l'action en justice, le salarié qui est victime d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse a néanmoins la charge de prouver le lien de causalité entre le licenciement et son action en justice pour obtenir la nullité de la rupture.

Le principe de non-présomption institué par l'arrêt rapporté aboutit au surplus à empêcher le salarié de se prévaloir de la présomption de bonne foi de droit commun, ce qui lui aurait permis d'établir que son action en justice n'était pas destinée à paralyser par la nullité un licenciement justifié (§ III).

En conclusion, nous nous interrogerons sur la question de savoir s'il ne vaudrait pas mieux en revenir aux pouvoirs légaux du juge du licenciement dans

\* Ces développements sont aussi le fruit d'échanges avec Michel Henry.

(1) Sur cet arrêt, voir notamment : J. Mouly, « Concomitance du licenciement et de l'action en justice du salarié : pas de présomption de rétorsion », *Dr. soc.*, 2020, p. 1046.

(2) Annexe n° 1.

sa recherche des preuves aussi bien au fond qu'en référé, s'agissant alors pour lui de vérifier de manière active – sans s'en remettre particulièrement à l'initiative de l'une ou l'autre des parties – l'existence de faits établissant si la liberté fondamentale d'agir en justice a, ou non, été méconnue par l'employeur. Le contrôle « lourd » du juge des référés serait au surplus ainsi restauré, là où il a à tort été supprimé par l'arrêt rapporté. Comme nous le verrons,

il existerait ainsi, pour le salarié, un moyen de contourner l'absence de présomption instituée par l'arrêt rapporté en établissant tout simplement le caractère suspect de son licenciement au regard des circonstances l'ayant entouré. Le jugement *Télérama* (3) – également rapporté –, rendu par le conseil de prud'hommes de Paris, éclairera utilement cette dernière réflexion, même si les termes en sont légèrement différents.

## I. Rappel des faits et de la procédure

Deux salariés travaillaient en qualité d'équipier de collecte dans une entreprise de collecte de déchets lorsqu'ils ont exprimé auprès de la direction des ressources humaines des revendications relatives à leur temps de pause le 5 février 2017. Quinze jours plus tard, la direction a rejeté leurs revendications, et les a invités à respecter les consignes concernant le lieu de pause, fixé au lieu de collecte par une directive du 12 avril suivant. Le 12 mai les salariés ont reçu un avertissement pour non-respect des lieux de pause. Le 4 octobre, ils ont saisi en référé le conseil de prud'hommes d'une demande tendant à l'annulation de l'avertissement, ainsi qu'au versement d'un rappel de salaire et de dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité dans la prise des pauses. Les ordonnances – qui leur ont donné gain de cause – ont été rendues le 30 janvier 2018. La veille, le 29 janvier, l'employeur a inopinément fait opérer un contrôle sur une tournée de collecte de déchets après avoir affecté les deux salariés sur cette même tournée. Ils ont alors été surpris en train d'effectuer une collecte bilatérale, interdite comme étant dangereuse. Ils ont fait l'objet d'une mise à pied, puis d'un licenciement pour faute grave le 15 février 2018.

Le présent litige provient de ce que ces salariés ont alors saisi en référé le conseil de prud'hommes d'une demande en réintégration, en soutenant que leur licenciement constituait une mesure de rétorsion à l'égard de leur action en annulation de leur avertissement, et qu'étant de ce fait entaché de nullité, la rupture constituait un trouble manifestement illicite. Le conseil de prud'hommes a accueilli leurs demandes en reprenant cette argumentation, mais la cour d'appel, infirmant ces décisions, a rejeté leurs demandes aux motifs que les actions en annulation des avertissements concernaient une question étrangère au motif de licenciement, qu'en outre, la procédure de licenciement avait été régulière, et que les lettres de

licenciement, ne faisant aucune référence aux actions en justice, étaient régulièrement motivées dès lors qu'elles contenaient un exposé des faits circonstancié « dont il appartenait à la seule juridiction du fond de déterminer s'il s'agissait d'une cause réelle et sérieuse de licenciement », et qu'enfin, le « contrôle terrain », même inopiné, constituait une pratique dans l'entreprise dont la déloyauté n'était pas manifeste. La cour d'appel a déduit de ces éléments que le licenciement ne présentait pas de caractère manifestement illicite.

Sur pourvoi des salariés, la Cour de cassation a, par l'arrêt rapporté, approuvé cette motivation en relevant que la cour d'appel avait, « sans inverser la charge de la preuve et procédant à la recherche prétendument omise, exactement déduit l'absence d'un trouble manifestement illicite ».

Cet arrêt – classé P + B + I et constituant comme tel une décision de principe – conduit à considérer que le juge, saisi en référé d'une demande en nullité d'un licenciement qui intervient juste après une action en justice, ne peut pour autant retenir l'apparence d'un trouble manifestement illicite le conduisant à interroger l'employeur sur sa motivation. Et même plus : une solution identique doit être retenue lorsque le juge a été directement saisi au fond. La Cour de cassation a en effet considéré, dans un « chapeau » aussi général qu'impératif, que « le seul fait qu'une action en justice exercée par le salarié soit contemporaine d'une mesure de licenciement ne fait pas présumer que celle-ci procède d'une atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice ».

(3) Annexe n° 2.

## II. Sur la véritable portée de la suppression par l'arrêt rapporté de la présomption tirée de la concomitance entre l'action en justice et le licenciement

### A. En référé

#### 1. La jurisprudence antérieure

Tout d'abord en référé, la Cour de cassation revient sur la solution qu'elle avait retenue dans son arrêt du 6 février 2013 (4) par lequel – ayant enfin accepté de mettre en œuvre concrètement le principe de son arrêt du 13 mars 2001 (5) selon lequel un licenciement portant atteinte à une liberté fondamentale est entaché de nullité même sans texte, et particulièrement en cas d'action en justice du salarié –, elle avait retenu, en référé, qu'un juge pouvait ordonner la poursuite des relations contractuelles aux motifs que, « lorsque la rupture illicite d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme [...] fait suite à l'action en justice engagée par le salarié contre son employeur, il appartient à ce dernier d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir ».

Autrement dit, par cet arrêt du 6 février 2013, la Cour de cassation avait décidé, aux fins de garantir l'effectivité du droit du salarié à agir en justice, de mettre le fardeau de la preuve à la charge de l'employeur en instituant une présomption en faveur du salarié auquel il appartenait seulement de soutenir que la rupture de son contrat de travail était intervenue à la suite de son action en justice.

Comme l'a souligné un auteur, « il a fallu un temps long » (6) avant que le principe de la nullité ne soit mis en pratique après cet arrêt précité du 13 mars 2001, car, à chaque fois, la Cour de cassation considérait que le lien entre le licenciement et l'action en justice n'était pas établi (7), alors que par ailleurs les juges du fond supportaient mal que leurs décisions soient contournées par un licenciement (8), et qu'au surplus, une partie de la doctrine contestait vigoureusement cette inertie de la Haute juridiction (9).

Dans un premier temps, la Cour de cassation a infléchi sa position en prononçant une cassation pour défaut de réponse à conclusions (10) avant d'en venir enfin à la solution de cet arrêt du 6 février 2013. Il semble bien que ce soit lorsque la liberté d'agir en justice a été rattachée à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme par un arrêt de la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation (11), que la Chambre sociale lui a alors emboîté le pas par l'arrêt du 6 février 2013, lequel, visant expressément la CEDH, en a, pour la première fois, tiré les conséquences pratiques (12).

La Cour de cassation a alors d'abord continué de se fonder sur l'article 6-1 de la CEDH, y compris cette fois dans les procédures au fond (13). Mais plus tard, ce fondement européen de la liberté d'agir en justice a été remplacé par celui de

(4) Soc., 6 février 2013, n° 11-11.740, *Bull.*, n° 27, P+B+R : [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2013\\_6615/livre\\_4\\_jurisprudence\\_cour\\_6619/arrets\\_rendus\\_chambres\\_6675/droit\\_travail\\_6677/actions\\_justice\\_29229.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2013_6615/livre_4_jurisprudence_cour_6619/arrets_rendus_chambres_6675/droit_travail_6677/actions_justice_29229.html), commenté par A. Mazières : « Nullité des licenciements de repréailles : enfin ! », *Dr. ouv.*, 2013, p. 549 et s ; voir aussi : J. Mouly, « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion », *Dr. soc.*, 2013, p. 415 ; M. Hautefort, « Le droit d'agir en justice est une liberté fondamentale », *JSL*, n° 340, 28 mars 2013, arrêts commentés.

(5) Soc., 13 mars 2001, *Bull.*, n° 87, *Dr. ouv.*, 2001, p. 300, n. M.-F. Bied-Charreton : la Cour de cassation s'est contentée d'affirmer que le salarié ne peut « exiger, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, sa réintégration dans l'entreprise », sans en tirer la moindre conséquence pratique pour cette espèce malgré l'invitation en ce sens du moyen de cassation ; voir aussi : Soc., 7 juillet 2004, n° 02-42.821, affirmant, d'un côté, que « l'exercice par un salarié de son droit d'agir en justice contre son employeur ne peut être une cause de licenciement », mais considérant de l'autre qu'est « sans cause réelle et sérieuse » le licenciement prononcé à la suite d'une action en justice du salarié ; Soc., 20 février 2008, n° 06-40.085, *Bull.*, n° 38 : « 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 ».

(6) Comme l'a fait observer A. Mazières, précité ; arrêts précités en note n° 3.

(7) Jurisprudence citée par A. Mazières (*Dr. ouv.*, 2013, p. 551, 2<sup>e</sup> col., note n° 8, précité).

(8) Voir les arrêts de la cour d'appel de Chambéry, d'Aix-en-Provence et de Paris rappelés par A. Mazières (*Dr. ouv.*, 2013, p. 552, 2<sup>e</sup> col., précité).

(9) M. Poirier citée par A. Mazières (*Dr. ouv.*, p. 553, 1<sup>re</sup> col., § 5 al. 1, précité) commentant Soc., 20 février 2008, *Bull.*, n° 38 ; M. Grévy, « Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail », *Dr. ouv.*, 2006, p. 114, dispo. sur le site de la revue ; dans le même sens : M. Henry, « La réintégration des salariés non protégés », *Dr. ouv.*, p. 371, p. 377 et s., dispo. sur le site de la revue, qui considère le juge des référés comme « le juge naturel de la réintégration ».

(10) Soc., 20 octobre 2010, 09-40.927.

(11) Civ. 3<sup>e</sup>, 20 mai 2009, n° 08-13.813, *Bull.*, n° 117.

(12) Voir en ce sens : A. Bonnet, « Action en justice du salarié : pas de repréailles possibles de l'employeur », *JSL*, n° 429, 2017.

(13) Soc., 16 mars 2016, n° 14-23.589, *Bull.*, n° 50, P + B + I : en conséquence du principe selon lequel « est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié », la cour d'appel a été censurée pour s'être « abstenue de rechercher si l'employeur avait utilisé son pouvoir de licencier en rétorsion à l'action en justice du salarié » ; Soc., 8 février 2017, n° 15-28.085, non publié : le motif de licenciement tiré d'une action en justice entraîne à lui seul la nullité même en présence d'autres motifs ; Soc., 21 septembre 2017, n° 16-20.460, *Bull.*

la Constitution (14) : la Chambre sociale a alors mis en œuvre une « conception réductionniste » (15), visant comme telle à diminuer le champ d'application de cette liberté fondamentale (16). L'arrêt rapporté se situe dans le contexte de cette nouvelle orientation, dont les raisons résident probablement dans le souci de la Chambre sociale « d'éviter un contournement du barème » et d'écarter la non-déduction des revenus de remplacement (17).

C'est dans ce climat délétère pour les libertés fondamentales que, par l'effet de l'arrêt rapporté, il semblerait qu'il appartient désormais au salarié de démontrer, nonobstant la concomitance du licenciement et de l'action en justice, la réalité du lien de causalité entre les deux événements, et partant du caractère illicite du licenciement.

C'est du moins ce qui ressort du Rapport (18).

## 2. La « nouvelle » répartition de la charge de la preuve et ses effets

Si tel est le cas, on se demande alors comment un salarié peut apporter une telle preuve, s'agissant de démontrer l'intention de l'employeur de sanctionner l'action en justice – autrement dit, ce qu'il y a dans l'esprit de l'employeur, soit un élément purement psychologique –. C'était d'ailleurs pour cette raison que le législateur avait, dans deux cas déterminés, institué la nullité d'un licenciement prononcé à la suite d'une action en justice (19), avec, à la clé, la présomption d'illicéité de la rupture consécutive à l'action en justice, à charge pour l'employeur d'apporter la preuve contraire, et que, par la suite, la Cour de cassation avait, dans un souci d'harmonisation, institué, par son arrêt du 6 février 2013 – prononcé en référé –, puis par l'arrêt du 16 mars 2016 précité – rendu au fond (20) –, la même présomption.

Ainsi revient-on maintenant à la situation antérieure à ces deux arrêts, de dysharmonie entre les cas de nullités textuelles et les cas de méconnaissance du droit d'agir en justice du salarié dépourvu de la sanction légale de la nullité.

La solution est d'autant plus étonnante que, s'agissant d'un litige de droit du travail, les règles de répartition de la charge de la preuve – instituées de façon légale ou prétorienne – doivent en principe être protectrices des droits du salarié, celui-ci étant « la partie faible » dans le contrat de travail, par nature inégalitaire en raison de l'état de subordination du salarié. C'est en effet l'employeur qui, du fait de son pouvoir de direction de l'entreprise, détient, non seulement les éléments fondant ses décisions sur le plan de l'intérêt général de l'entreprise, mais aussi l'ensemble des éléments relatifs aux contrats de travail, susceptibles de constituer des éléments de preuve, à savoir le cursus de carrière et de sanctions éventuelles des salariés, ainsi que la trajectoire des procédures ayant éventuellement émaillé les contrats de travail (21).

C'est qu'en réalité, la Cour de cassation a suivi le Conseiller rapporteur qui a considéré qu'il n'était pas possible pour l'employeur de renverser la présomption instituée par l'arrêt du 6 février 2013, ce dont il a déduit, sans autre forme de procès, que cette présomption devait être supprimée (22). Grave entorse à ce qui fait l'essence même du droit du travail.

## 3. Sur la notion de présomption et ses conséquences

La solution ainsi retenue pose de fait la question de savoir ce qu'est une présomption puisque la Cour de cassation effectue le contrôle de cette notion (23),

(14) Soc., 21 novembre 2018, n° 17-11.122, *Bull.*

(15) Sur l'ensemble de la question : I. Meyrat, « Étendue de la protection de la liberté fondamentale d'agir en justice et réaffirmation de la règle du motif contaminant : À propos de Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-11.122, *Bull.* » précité, *RDT*, 2019, p. 257, § III : cet arrêt énonce, au visa de « l'alinéa premier du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 », qu'« est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite ou susceptible d'être introduite par le salarié à l'encontre de son employeur ».

(16) Cette nouvelle orientation a permis à la Cour de cassation, par exemple, d'écarter de la catégorie des libertés fondamentales les atteintes au principe de non-discrimination en raison de l'âge en considérant qu'il ne constituait pas une liberté fondamentale consacrée par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ni par la Constitution du 4 octobre 1958 : Soc., 15 novembre 2017, n° 16-14.281, *Bull.*, n° 192, mentionné par I. Meyrat (voir note 15).

(17) I. Meyrat (voir note 15).

(18) Rapport de Mme Duvallet, Conseillère référendaire : [https://www.courdecassation.fr/IMG///20201104\\_arret\\_SO\\_19-12.367\\_rapport.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG///20201104_arret_SO_19-12.367_rapport.pdf)

(19) En cas de discrimination, l'article L. 1134-4 du Code du travail prévoit : « 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 du chapitre II (relatif à l'égalité professionnelle) 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 en raison de cette action en justice » ; en cas d'inégalité de traitement entre hommes et femmes, l'article L. 1144-3 CT est libellé de la même manière.

(20) Soc., 16 mars 2016, pourvoi n° 14-23.589, *Bull.*, n° 50, précité.

(21) Pour des cas de présomption légale en faveur du salarié qui doit seulement présenter des faits laissant supposer ce dont il se plaint, par ex. : discrimination (article L. 1134-1 CT), harcèlement (article L. 1152-3 pour le harcèlement moral et L. 1154-1 pour le harcèlement sexuel), répression du lanceur d'alerte (article L. 1132-3-3, al. 3).

(22) Rapport précité, p. 10 et 11 : [https://www.courdecassation.fr/IMG///20201104\\_arret\\_SO\\_19-12.367\\_rapport.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG///20201104_arret_SO_19-12.367_rapport.pdf)

(23) Voir par ex. en cas de harcèlement moral : Soc., 24 septembre 2008, n° 06-43.504, *Bull.*, n° 175, et Soc., 30 avril 2009, n° 07-43.219, *Bull.*, n° 120.

du moins lorsqu'elle est prévue par la loi (24). Ici, la Haute juridiction a exercé son contrôle bien que la présomption en cause ait été instituée par la jurisprudence dans le cadre du décalque qu'elle a effectué par ailleurs avec les articles L. 1134-4 et L. 1144-3 CT précités. C'est ainsi qu'en l'espèce, elle a pu opposer au salarié ce nouveau « principe » selon lequel la concomitance entre le licenciement et l'action en justice ne fait pas présumer d'un lien de causalité entre les deux (25).

Pourtant à suivre cette démarche, on aboutit à priver la notion de présomption de tout sens, celle-ci pouvant être détruite par ce type d'affirmation purement gratuite, du style : « *Tel fait ne fait pas présumer tel autre fait* ». Le procédé est simple, et donc d'autant plus tentant en toute matière, non ?

Avant sa nouvelle rédaction, le Code civil nous disait, en son ancien article 1349 (26), que « *les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ». Ce principe demeure évidemment valable dans le cadre du nouveau Code civil. Ici, il appartenait donc au juge des référés de déduire d'un fait connu, c'est-à-dire le licenciement ayant suivi l'action en justice du salarié, un fait « inconnu » : la réelle intention de l'employeur, et partant, le lien éventuel de causalité liant les deux éléments. Telle était la solution retenue par l'arrêt du 6 février 2013, lequel permettait en même temps à l'employeur de renverser cette présomption dans le souci de préserver l'égalité des armes entre les parties.

On ne voit dès lors pas pourquoi la Cour de cassation a brusquement nié cette présomption sans la moindre explication (27), faisant ainsi ressusciter inopinément la dysharmonie entre les nullités textuelles et les autres.

Cet arrêt, qui rompt avec la souveraineté des juges du fond en matière de présomption édictée par l'article 1382 du Code civil, ressemble furieusement à

un arrêt de règlement tel qu'interdit par l'article 5 du Code civil.

Et d'ailleurs, les arrêts du 6 février 2013 et 16 mars 2016 n'avaient en réalité institué aucune « présomption » en la forme, mais seulement une règle de répartition de la charge de la preuve, allégeant celle du salarié auquel il incombait seulement d'alléguer certains faits. À aucun moment il n'a été indiqué que ces faits laissaient supposer ou faisaient présumer quoi que ce soit.

Donc en réalité, c'est à se demander si cet arrêt commenté, soi-disant de principe, n'est pas privé de toute utilité, question sur laquelle on reviendra plus amplement par la suite.

#### 4. L'étendue des pouvoirs du juge des référés

Par un effet « boule de neige », l'arrêt rapporté marque, en outre, une sévère régression par rapport à la jurisprudence qui prévalait quant à la détermination des pouvoirs du juge des référés, particulièrement en matière de rupture illicite du contrat de travail et de sa remise en état.

Selon l'article R. 1455-6 du Code du travail, la formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite (28). Il en résulte que, lorsque le salarié soutient en référé que son licenciement caractérise un trouble manifestement illicite, le juge doit rechercher si la lettre de licenciement énonce une cause réelle et sérieuse de licenciement et si celle-ci, même régulière, ne vise pas à masquer un autre motif, celui-là illicite, et constitutif de la vraie cause du licenciement (29).

Le juge des référés doit dès lors exercer un « contrôle lourd » sur la cause du licenciement, et ne peut ainsi

(24) La présomption même prévue par la loi est à distinguer de la « présomption légale » qui ne supporte pas la preuve contraire selon l'article 1354 du Code civil aux termes duquel « *La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve. Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfutable lorsqu'elle ne peut être renversée.* »

(25) Le contrôle de la présomption effectué ici par la Cour de cassation constitue en réalité une entorse à la règle de l'article 1382 du Code civil selon lequel « *Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen* » : il se déduit en effet de cette disposition que les juges du fond sont souverains pour apprécier la force probante de ces présomptions (par ex. : Civ. 3<sup>e</sup>, 18 avril 1972, *Bull.*, n° 242 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> février 1978, *Bull.*, n° 31).

(26) Abrogé lors de la nouvelle rédaction du Code civil au 1<sup>er</sup> octobre 2016, probablement parce que cette disposition n'avait pas un effet normatif en tant que tel dès lors, qu'elle comportait en réalité une définition de la présomption présente dans les ouvrages de doctrine. Par ex. : « *une présomption est un mécanisme probatoire par lequel la preuve d'un fait inconnu est déduite d'un ou plusieurs faits connus* », C. Quémand-Finet, *Les Présomptions en droit privé*, IRJS Éditions, 2013, coll. « Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne », p. 319, cité dans l'article « Présomption » de *Wikipédia*.

(27) Autre que celles fournies par le Rapport.

(28) Sur l'ensemble de la question : T. Durand, « Le juge prud'homal des référés, à saisir d'urgence ! », *Dr. ouv.*, 2012, p. 533.

(29) Sur ce principe, jurisprudence constante. En référé : Soc., 8 juil. 2009, n° 08-40.139, *Bull.*, n° 172, *Dr. ouv.*, 2010, p. 53, n. E. D., et Soc., 26 octobre 2016, n° 14-26.300. Solution analogue pour les procédures au fond : Soc., 26 mai 1998, n° 96-41.062, *Bull.*, n° 276 ; Soc., 23 octobre 1991, *Bull.*, n° 427 ; Soc., 4 octobre 1996, *Bull.*, n° 149. En référé : Soc., 8 juil. 2009, n° 08-40.139, *Bull.*, n° 172, *Dr. ouv.*, 2010, p. 53, n. E. D. et Soc., 26 octobre 2016, 14-26.300.

s'en tenir à des apparences. C'est sur cette base que, de façon constante, il doit accorder une provision sur les indemnités de rupture et ordonner la poursuite du contrat de travail par la réintégration du salarié (30). Tout moyen de cassation de l'employeur soutenant que le juge des référés ne peut trancher le fond du litige est rejeté, et ce, même en présence d'une contestation sérieuse, sur le fondement des articles R. 1455-5 et R. 1455-6 (31).

Est particulièrement significative à cet égard la jurisprudence protectrice du droit de grève en référé depuis l'arrêt *CLGB* du 26 septembre 1990 (32). C'est ainsi que, de façon topique, dans une affaire de licenciements pour fautes disciplinaires sans rapport avec la grève les ayant précédés, alors que la cour d'appel avait refusé d'annuler les licenciements et d'ordonner la réintégration des salariés aux motifs que « *les faits autres que ceux en relation avec la grève sont distincts de la participation à celle-ci et constitueraient, s'ils étaient établis, une cause réelle et sérieuse de licenciement* » sur laquelle le juge des référés ne peut se prononcer, la Cour de cassation a censuré cette motivation en relevant « *qu'en l'absence de faute lourde, le caractère illicite du motif de licenciement tiré de la participation à une grève emporte à lui seul la nullité de ce licenciement* (33) ». Autrement dit, la Cour de cassation, qui se trouvait en présence d'une concomitance entre la grève et le licenciement a, *ipso facto*, déclaré la rupture nulle comme étant liée à cette grève en l'absence de faute lourde du salarié, ce lien étant établi du seul fait de cette contemporanéité.

De la même manière, en tenant compte d'une concomitance similaire, dans une affaire, cette fois, de licenciement pour état de santé (34), la Cour de cassation a-t-elle approuvé une cour d'appel pour avoir, en référé, considéré un licenciement comme discriminatoire dès lors qu'il avait été prononcé en raison de l'état de santé du salarié : les juges du fond avaient relevé que le motif réel du licenciement résidait dans les restrictions posées par le médecin du travail et que le motif invoqué – tiré d'un abandon de poste – n'était pas la vraie cause de la rupture. La cour d'appel avait constaté, en ce qui concerne ce prétendu motif, d'une part, que « *d'autres salariés avaient quitté leur poste de manière anticipée le*

*4 septembre 2011 et que la société n'alléguait pas avoir pris de sanction à raison de ces faits à l'encontre d'une autre personne que M. X...* », d'autre part, que « *l'employeur avait opéré un revirement sur la sanction à appliquer à l'intéressé au regard du simple rappel à l'ordre indiqué à l'issue de l'entretien préalable par le directeur des ressources humaines, enfin que l'employeur ne produisait aucun élément de nature à prouver qu'il avait pris les mesures d'adaptation à son poste de travail préconisées par avis du médecin du travail du 25 juillet 2013* ». Le juge des référés avait, on le voit, procédé à un contrôle « lourd » des faits en recherchant quelle était la vraie cause du licenciement au-delà de celle invoquée dans la lettre de licenciement.

Les mêmes règles s'appliquent évidemment en matière de licenciement lié à une liberté fondamentale (35).

Au cas présent, en application de cette jurisprudence bien établie, la Cour de cassation aurait dû censurer la cour d'appel pour n'avoir pas recherché si le motif de licenciement invoqué par l'employeur – tiré d'une violation par le salarié d'une règle de sécurité – était la vraie cause du licenciement. C'était au demeurant en substance ce que soutenait la première branche du moyen de cassation selon laquelle la cour d'appel aurait dû exiger de l'employeur qu'il établisse que le licenciement était justifié par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice. De même, la seconde branche reprochait-elle à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si le motif de licenciement et les circonstances entourant la rupture ne révélaient pas la volonté de représailles de l'employeur.

Ces deux critiques n'étaient en toute hypothèse nullement rendues inopérantes par le motif de l'arrêt rapporté selon lequel la concomitance entre le licenciement et l'action en justice ne faisait pas présumer un licenciement de représailles. En effet le pourvoi reprochait seulement à la cour d'appel de n'avoir pas opéré un contrôle « lourd » sur les faits argués par le salarié de trouble manifestement illicite, c'est-à-dire sur les circonstances ayant entouré la rupture, ce à quoi la Cour de cassation s'est bornée à répondre que

(30) Soc., 25 janvier 2006, n° 94-42.540, *Bull.*, n° 382 : licenciement d'une femme enceinte.

(31) Soc., 8 mars 2017, n° 15-26.915 et 15-26.917 : sanction prononcée à l'encontre d'un salarié gréviste auquel une faute lourde ne peut être reprochée.

(32) Soc., 26 septembre 1990, *CLGB*, n° 88-41.375, *Bull.*, n° 387, *Dr. ouv.*, 1990, p. 457, n. F. Saramito ; dans le même sens : Soc., 28 avril 1994, n° 90-45.687, *Delachaux*, *Dr. ouv.*, 1994, p. 442 ; Soc., 29 juin 1994, n° 91-40.656, *Bull.*, n° 215 ; Bernard Bossu « Les situations de fait et l'évolution de la Chambre sociale de la Cour de cassation »,

*Dr. ouv.*, 1999, p. 94 ; Soc., 8 juin 2005, n° 03-42.584 (commenté dans le *Dr. ouv.*, 2006, p. 95) ; Soc., 8 mars 2017, 15-26.915 et 15-26.917, précité, *Dr. ouv.*, 2017, p. 603, n. D. Holle.

(33) Soc., 8 juillet 2009, n° 08-40.139, *Bull.*, n° 172, précité, *Dr. ouv.*, 2010, p. 53, n. E. D.

(34) Soc., 26 octobre 2016, 14-26.300, précité.

(35) Soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804, *Clavaud*, *Bull.*, n° 257, *Dr. ouv.*, 1988, p. 249.

le juge des référés n'avait pas à apprécier la cause réelle et sérieuse de licenciement.

Le moyen n'invoquait en faveur du salarié aucune « présomption » au sens propre du terme, même s'il a – il est vrai – rappelé que la cour d'appel avait retenu que le caractère subséquent du licenciement par rapport à l'action en justice ne faisait pas présumer une atteinte à la liberté fondamentale. Le contrôle exigé par le pourvoi en ce qui concerne la recherche omise par la cour d'appel n'était ainsi nullement rendu inutile par cet arrêt de rejet selon lequel le fait que la concomitance entre l'action en justice ne faisait pas présumer la nullité du licenciement.

C'est en réalité cette réponse de la Cour de cassation qui revêt un caractère inopérant au regard des questions posées par le pourvoi, dès lors que, effectuant un simple « copier-coller » de l'arrêt d'appel, elle a retenu que la lettre de licenciement était sans rapport avec les actions en justice, qu'elle était motivée en ce qu'elle contenait l'exposé des faits, et qu'enfin, le contrôle terrain, même inopiné, n'en était pas moins une pratique dans l'entreprise dont la déloyauté « n'était pas en l'état manifeste », de sorte que le licenciement « ne présentait pas de caractère manifestement illicite ».

Par ces motifs qui n'avaient aucun rapport avec l'absence ou la présence d'une quelconque présomption mais seulement avec les limites posées aux pouvoirs des juges des référés, la haute juridiction a – en retenant, à la suite de la cour d'appel, qu'il appartenait au seul juge du fond de vérifier la cause réelle et sérieuse de licenciement –, réduit – au détriment du salarié – les pouvoirs du juge des référés à l'appréciation d'une « apparence », notion qui ne revêt aucun caractère juridique, à la différence de celle de « manifeste », contenu dans la formule « *trouble manifestement illicite* », laquelle – on va le voir – ne diminue en réalité aucunement lesdits pouvoirs du juge des référés.

La Cour de cassation a ainsi, bien malheureusement, accueilli la thèse soutenue fréquemment par les employeurs et à laquelle elle s'est pourtant toujours opposée en exigeant du juge des référés un contrôle « lourd » du trouble manifestement illicite, y compris dans le cas d'une contestation sérieuse.

Selon le rapport en effet, le juge des référés étant le « *juge de l'évidence* » ne peut analyser les faits invoqués à titre de trouble manifestement illicite que de façon superficielle (36).

En définitive l'arrêt commenté opère une rupture avec la jurisprudence bien établie selon laquelle la Cour de cassation invite toujours la formation de référé « *à ne pas décliner trop rapidement ses pouvoirs et à apprécier la valeur des thèses en présence* ». Particulièrement comme l'on sait, en ce qui concerne la notion de « trouble manifestement illicite » sur laquelle la Cour de cassation exerce un contrôle de qualification (37), cette notion est conçue de manière « unitaire » entre le référé et le fond, c'est-à-dire que « *l'illicéité paraît en devenir le critère essentiel* » : il incombe au juge des référés de rechercher cette illicéité, « *même au prix de recherches poussées* (38) ».

## B. Au fond

Il y a également revirement de jurisprudence par l'arrêt rapporté lorsqu'on se situe cette fois dans l'hypothèse où le salarié a saisi au fond le conseil de prud'hommes d'une demande d'annulation de son licenciement puisque jusqu'ici, les règles instituées en la matière par la Cour de cassation étaient les suivantes :

- soit le licenciement était sans cause réelle et sérieuse, et en ce cas, il appartenait à l'employeur de démontrer que cette décision n'avait pas pour but de sanctionner l'action en justice du salarié (39) ;
- soit le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse et en ce cas, il appartenait au salarié de démontrer qu'il existait un lien de causalité entre ce licenciement et son action en justice (40).

(36) Sur la véritable étendue jurisprudentielle du champ de compétence du juge des référés : S. Mraouahi, « Du bon usage du référé prud'homal », *Dr. ouv.*, 2017, p. 290 ; P. Henriot, « Le juge social, un juge "interventionniste" », *Dr. ouv.*, 2014, p. 761, spécialement p. 763, § II : « Le juge des référés, précurseur et champion de l'interventionnisme » ; N. Bruché et C. Porin, « Instruire le dossier pour établir les faits : le rôle actif du juge », *Dr. ouv.*, 2014, p. 247 ; P. Moussy, « Où en sommes-nous de nos amours ? », *Dr. ouv.*, 2004, p. 273, spécialement p. 275, § A : « "Ne pas toucher au fond" : règle fondamentale inscrite dans les textes ou interdit patronal ? » ; M.-L. Dufresne-Castets, « Le référé prud'homal comme garantie de l'effectivité des droits », *Dr. ouv.*, 2004, p. 251, spécialement p. 253, § II : « Un gardien efficace des libertés fondamentales » ; M. Henry, « Le particularisme probatoire du procès prud'homal et son incidence sur l'effectivité du droit », *Dr. ouv.*, 1997, p. 401, spécialement p. 404 et s. III : « Le rôle actif du juge dans l'administration de la preuve ».

(37) Ass. Plén., 28 juin 1996, n°94-15.935, *Bull.*, n° 6 ; *RTD civ.*, 1997, p. 216, obs. J. Normand.

(38) S. Mraouahi, « Du bon usage du référé prud'homal », *Dr. ouv.*, 2017, p. 290, spécialement p. 294, 1<sup>re</sup> col., al. 1, précité.

(39) Soc., 5 décembre 2018, n° 17-17.687, non publié.

(40) Soc., 9 octobre 2019, n° 17-24.773, publié au *Bull.* : lorsque les faits invoqués dans la lettre de licenciement caractérisent une cause réelle et sérieuse de licenciement, il appartient au salarié de démontrer que la rupture de son contrat de travail constitue une mesure de rétorsion à une action en justice introduite pour faire valoir ses droits ; Soc., 30 septembre 2020, n° 19-10.633 ; voir aussi : Soc., 21 septembre 2017, n° 16-20.460, publié au *Bull.* : en l'absence de rupture du contrat de travail pour un motif illicite, il appartient au salarié de démontrer que la fin de la relation de travail intervenue par le seul effet du terme stipulé dans le contrat à durée déterminée résulte de la volonté de l'employeur de porter atteinte au droit du salarié d'obtenir en justice la requalification du contrat de travail en contrat à durée indéterminée.

La répartition de la charge de la preuve dépendait de l'existence ou non d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. Une telle solution protégeait le salarié d'une application brutale de l'article 1353 du Code civil (41) en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, tout en demeurant équitable à l'égard de l'employeur éventuellement floué en cas de licenciement justifié (42).

Il est dès lors particulièrement choquant que – dans le premier cas de figure – soit maintenant imposé au salarié la charge de la preuve du lien de causalité entre son licenciement et son action en justice, alors que le premier a immédiatement suivi la seconde. Cela

signifie, là encore comme en référé, qu'un tel salarié est moins bien traité que celui qui est protégé par une disposition légale prévoyant la nullité du licenciement en cas d'action en justice de sa part. On en revient de nouveau « à la case départ » de la jurisprudence, celle antérieure aux arrêts des 6 février 2013 et 16 mars 2016.

Ce qu'a oublié le Conseiller rapporteur – comme il a été dit en référé –, c'est que, si la preuve d'un fait négatif est difficile à établir pour l'employeur, il est pour ainsi dire impossible pour le salarié de démontrer l'intention de l'employeur.

### III. La bonne foi des parties en référé et au fond

Comme on l'a vu, en référé comme au fond, le juge doit, lorsqu'il y est invité, rechercher quelle est la vraie cause du licenciement au-delà de celle énoncée par la lettre de rupture, en l'absence de quoi il méconnaît l'étendue de ses pouvoirs et viole l'article L. 1235-1 du Code du travail (43).

Or ce principe est fondé sur l'obligation de bonne foi de l'employeur dont la méconnaissance par voie de mensonges est judiciairement sanctionnée (44) : le vrai motif, illicite, est en effet dissimulé derrière le motif énoncé dans la lettre de licenciement, lequel – quand bien même il apparaîtrait comme sérieux –, ne constitue qu'un prétexte.

On ne voit donc pas pourquoi, lorsque le licenciement fait suite à une action en justice du salarié, le juge serait brusquement privé de son pouvoir de vérifier la bonne ou la mauvaise foi de l'employeur du fait que la bonne foi de celui-ci serait présumée même lorsque le licenciement fait suite à l'action en justice du salarié, tel que l'a indiqué le rapport.

Le Conseiller rapporteur a en effet obtenu de la Chambre sociale son revirement de jurisprudence en affirmant qu'il convenait de protéger l'employeur qui courait le risque de la mauvaise foi du salarié dans l'hypothèse où celui-ci se protégerait d'un éventuel licenciement en saisissant la justice pour invoquer la nullité de celui-ci de manière fallacieuse (45). Cependant, ce raisonnement ne résiste pas à l'examen.

Tout d'abord il convient, avant d'accorder à l'employeur une quelconque protection, de garantir en priorité l'emploi du salarié contre une éventuelle mauvaise foi de l'employeur qui sanctionnerait son action en justice par un licenciement, le droit du travail étant par nature un droit de protection du salarié comme il a été rappelé.

Ensuite, lorsqu'un litige comme celui-ci porte fondamentalement – ainsi que le révèle le Rapport (46) – sur la bonne foi des deux parties, il importe alors d'appliquer, y compris au salarié, les

(41) Anciennement 1315.

(42) Pour être complet, si la lettre de licenciement mentionne comme motif de licenciement l'action en justice du salarié, le licenciement est *ipso facto* frappé de nullité (Soc., 27 mai 2020, n° 18-20.439 ; Soc., 9 oct. 2019, n° 18-14.677 ; Soc., 8 février 2017, n° 15-28.085). Il en est de même lorsque la lettre de licenciement n'indique aucun motif (Soc., 6 février 2013, précité) ou lorsque « la lettre de licenciement reprochait notamment au salarié d'avoir menacé l'employeur d'entamer des procédures à l'encontre de la société » : « la cour d'appel en a exactement déduit que la seule référence dans la lettre de rupture à une procédure contentieuse envisagée par le salarié était constitutive d'une atteinte à la liberté fondamentale d'ester en justice entraînant à elle seule la nullité de la rupture » : Soc., 21 novembre 2018, commenté par I. Meyrat, précité. Cependant, cette jurisprudence ne concerne pas la présente analyse puisque dans ce cas, la preuve du lien de causalité est rapportée par les termes mêmes de la lettre de licenciement. Point n'est donc besoin d'instituer une quelconque présomption, que ce soit en faveur de l'employeur ou du salarié : l'employeur s'est pour ainsi dire « vendu » en reconnaissant son intention illicite, quand bien même d'ailleurs il l'aurait considérée comme licite en écrivant la lettre de licenciement, en vertu de l'adage selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi ».

(43) Jurisprudence précitée : Soc., 26 mai 1998, n° 96-41.062, *Bull.*, n° 276 ; Soc., 23 octobre 1991, *Bull.*, n° 427 ; Soc., 4 octobre 1996, *Bull.*, n° 149. En référé : Soc., 8 juil. 2009, n° 08-40.139, *Bull.*, n° 172, *Dr. ouv.*, 2010, p. 53 n. E. D. et Soc., 26 octobre 2016, 14-26.300, précités.

(44) Soc., 5 novembre 1960, *Bull.*, n° 986 : fausse allégation de suppression de l'emploi dans la lettre de licenciement, l'employeur ayant présenté le renvoi comme une mesure imposée par la réorganisation de ses services et la suppression de l'emploi du salarié tandis que les allégations de fautes à l'encontre du salarié sur des attestations rédigées postérieurement à l'introduction de l'instance et se trouvaient en contradiction avec les termes de la lettre de licenciement.

(45) Voir le rapport précédemment cité à la note 17.

(46) Le Conseiller rapporteur a rappelé que « comme pour toute liberté, la limite à l'exercice du droit d'agir en justice est son abus ou la mauvaise foi », faisant ainsi référence à l'article 32-1 NCPC : [https://www.courdecassation.fr/IMG///20201104\\_arret\\_SO\\_19-12.367\\_rapport.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG///20201104_arret_SO_19-12.367_rapport.pdf), p. 4, al. 5.

règles de droit commun selon lesquelles la bonne foi est présumée, et il appartient à la partie qui prétend renverser cette présomption d'apporter la preuve contraire (47). Il s'agit là d'une présomption légale que la Cour de cassation ne peut contourner. Or il en résulte nécessairement que, si l'employeur soutient que le salarié a agi en justice avec l'intention fallacieuse de faire annuler son licenciement, il appartient alors au premier d'apporter la preuve de la mauvaise foi du second. Et l'argument relatif à la difficulté de rapporter une telle preuve pour une partie (48) n'est en réalité pertinent que pour le salarié qui doit maintenant, selon la Cour de cassation, démontrer que l'employeur a eu l'intention de sanctionner son action en justice en procédant à son licenciement sans pouvoir se prévaloir spécialement d'une quelconque concomitance entre les deux événements.

La Cour de cassation a pour ainsi dire « tordu » la fonction de la règle de la répartition de la charge de la preuve à l'origine instituée pour protéger le salarié, en la faisant jouer en faveur de l'employeur qui se prétend floué.

Il est pourtant constant que le juge des référés doit, comme le juge du fond, apprécier la bonne ou la mauvaise foi du salarié lorsqu'elle est dans les débats (49). Voilà donc ce qu'aurait dû juger la Cour de cassation dans cette affaire : elle aurait dû appliquer l'article 2274 du Code civil en présumant le salarié de bonne foi et en réservant à l'employeur la charge de la preuve contraire. Une telle solution n'aurait rien eu d'incongru en droit du travail en l'état de l'article L. 1222-1 du Code du travail qui dispose que « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* » (50).

La notion de présomption a décidément été de nouveau méconnue par la Cour de cassation.

Sans doute la Cour de cassation s'est-elle penchée sur la question de la bonne foi de l'employeur en approuvant les motifs de l'arrêt d'appel en ce qu'il avait considéré que le contrôle terrain, même inopiné,

n'était pas manifestement déloyal. Mais alors que la loyauté de l'employeur constituait la question centrale de cette affaire, la Cour de cassation, à la suite de la cour d'appel, ne l'a abordée que par la bande, en tant que l'un des multiples détails de ce panorama des faits ayant entouré le licenciement. Le contrôle « lourd » des conditions de la rupture n'a de nouveau pas été effectué, sous le prétexte que relève de la compétence des juges du fond l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement.

Il importe au demeurant d'observer que, si le salarié n'a pas expressément invoqué la mauvaise foi de l'employeur dans son pourvoi, la question était nécessairement présente de façon centrale dans son argumentation, puisque les faits qu'il invoquait révélaient la mauvaise foi de l'employeur en raison de son comportement actif, lequel, seul, avait permis la « contemporanéité » de la procédure judiciaire et du licenciement. En effet, dans sa seconde branche, le moyen de cassation avait critiqué l'absence de recherche par la Cour d'appel sur la question de savoir si le licenciement n'était pas motivé par une volonté illicite de rétorsion de l'employeur, celle-ci découlant de ce que, dans le mois ayant suivi l'introduction de l'action en justice, l'employeur avait, d'une part, affecté le salarié sur une autre tournée avec les deux autres salariés ayant participé à la même action en justice, et, d'autre part, diligenté un contrôle de cette tournée, contrôle qui n'avait pas eu lieu pendant deux ans et dont le résultat l'avait conduit à mettre à pied les salariés avant de les licencier pour faute grave.

La pertinence de l'argumentation était d'autant plus évidente qu'en pratique, dans les entreprises, une cause réelle et sérieuse de rupture ne conduit pas nécessairement au licenciement (51) : l'employeur peut décider, selon le profil du salarié et les circonstances de la faute, de lui fournir une formation adéquate, ou de lui infliger un avertissement, voire une mise à pied, l'échelle des sanctions disciplinaires permettant un choix alternatif au licenciement. Par conséquent

(47) L'article 2268 (ancien article 2274) du Code civil prévoit en matière de contrat : « *La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver.* »

(48) Argument invoqué par le Conseiller rapporteur, p. 10 *in fine* de son Rapport, qui indique en caractère gras : « *Reste à envisager comment l'employeur pourrait renverser cette présomption* », celle selon laquelle, en l'absence de cause réelle et sérieuse, le licenciement est présumé avoir été prononcé en lien avec l'action en justice (Soc., 5 décembre 2018 précité, rappelé dans le rapport comme prolongeant « au fond » l'arrêt précité du 6 février 2013 rendu en référé), puis qui rappelle une doctrine selon laquelle « *S'agissant de la preuve d'un fait négatif, la démonstration de l'absence de lien entre licenciement et action en justice risque d'être très délicate à apporter. La décision n'apporte guère d'éléments guidant l'employeur dans cette démarche* » (Rapport précité, p. 11, al. 1, citant longuement : S. Tournaux, « Licenciement en représailles à une action en justice, la Cour de cassation maintient le cap », SSL, n° 1845, 21 janvier 2019).

(49) Soc., 25 novembre 2015, n° 14-17.551, P + B, n° 505 : lorsqu'il a été saisi d'une demande de réintégration d'un salarié licencié pour avoir dénoncé des faits de harcèlement moral, le juge doit se prononcer sur la mauvaise foi du salarié au moment de la dénonciation pour déterminer si son licenciement constituait un trouble manifestement illicite.

(50) L'obligation de bonne foi irrigue le Code du travail tant pour l'employeur que pour le salarié. M. Plet, « Bonne foi et contrat de travail », *Dr. ouv.*, 2005, p. 98, spécialement p. 102 : « *La combinaison entre la bonne foi et l'article 120-2 est dans aucun doute de nature à rendre réellement opérationnelle cette notion désormais insérée dans le Code du travail.* » C. Vigneau, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.*, n° 718, p. 706.

(51) Soc., 26 octobre 2016 précité : le juge des référés avait relevé que d'autres salariés avaient, sans être licenciés, eu le même comportement que celui qui avait agi en justice et qui avait été licencié.

en l'espèce, il était clair qu'un tel « hasard de calendrier » entre l'action en justice et le licenciement – au demeurant rarissime dans les faits – nécessitait une explication de l'employeur sur sa bonne foi.

L'attention de la Cour de cassation qui aurait dû être apportée à cette question lui aurait au surplus donné une chance de rééquilibrer sa solution qui pêche par une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (52). Par l'arrêt rapporté, le salarié se voit au contraire « couper l'herbe sous le pied » dans sa possibilité d'invoquer la nullité de son licenciement en se voyant opposer par la Cour de cassation, en amont même de son

argumentation, ce principe selon lequel la concomitance entre le licenciement et l'action en justice ne fait pas présumer l'illicéité de la rupture. De son côté, l'employeur est innocenté d'avance, lavé de tout soupçon sans qu'il ait même rien dit, ni le salarié non plus. Bel exemple de débat contradictoire : dans ces conditions que reste-t-il à discuter devant le juge pour le salarié ?

En l'absence de tout raisonnement explicitement articulé sur la question de la bonne foi dans sa décision alors que l'ensemble du rapport l'était, la Cour de cassation a rendu une décision des plus inéquitables au regard des exigences de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

## IV. En conclusion

L'arrêt rapporté donne la désagréable impression que l'on revient, « par la bande », à une période que l'on croyait révolue, celle au cours de laquelle la Cour de cassation n'admettait pas de reconnaître la nullité d'un licenciement en cas d'action en justice en-dehors d'une disposition expresse, et ce, en raison de ses conséquences négatives pour l'employeur (53). En effet, même si la « *protection spécifique des droits fondamentaux des travailleurs* » (54) paraissait, avant l'arrêt rapporté, avoir été maintenue par la Cour de cassation, même avec sa nouvelle référence à la Constitution, ladite protection paraît cette fois éliminée par l'arrêt rapporté.

### A. Sur le risque de déni de justice

Adieu donc au droit d'agir en justice du salarié a-t-on envie de dire, du moins si l'on s'en tient à la seule lecture de l'arrêt rapporté : en-dehors des deux exceptions légales, celui-ci est présumé avoir agi de mauvaise foi sauf à démontrer le contraire s'il y arrive, et ce, alors même que, dans le cadre de l'article 32-1 du Code de procédure civile qui sanctionne l'abus du droit d'agir en justice, il appartient à celui qui s'en prévaut de démontrer cet abus conformément aux prévisions de l'article 1353 du Code civil.

Cette quasi-impossibilité pour le salarié – qui paraît découler de la lettre de l'arrêt rapporté – de fournir la preuve de sa bonne foi lui fait irrémédiablement courir un risque de déni de justice (55), peu important que l'article 6-1 de la CEDH protège impérativement les justiciables de ce risque, et que la Cour de cassation ait même rappelé dans son rapport annuel de 2013, sans la moindre ambiguïté : « *Au-delà du droit de toute personne à voir sa cause entendue, cet article garantit également le droit effectif d'intenter une procédure judiciaire. Dans son arrêt du 21 février 1975 (Golder c. Royaume-Uni, n° 4451/70 ; F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriant-Simbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet, Les Grands Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, PUF, 2011, Coll. "Thémis droit", p.275 et s., 6<sup>e</sup> éd.), la Cour européenne des droits de l'homme affirme à cet égard que les garanties du procès équitable énumérées par l'article 6, § 1, impliquent qu'existe en amont un droit au juge : "Le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus ; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni*

(52) Article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : « *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.* » Sur ce principe voir le rapport de J.-P. Dintilhac, conseiller à la Cour de cassation, « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires » (rapport annuel de 2003, 2<sup>e</sup> partie : « Études et documents », « Études sur le thème de l'égalité », [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2003\\_37/deuxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_40/tudes\\_theme\\_egalite\\_42/enceinte\\_judiciaires\\_6255.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_theme_egalite_42/enceinte_judiciaires_6255.html)). Sur le principe européen de l'égalité des armes : A. Chirez et F. Chirez, « Égalité des armes et pouvoir de licencier », *Dr. ouv.*, 2014, p. 158.

(53) Réintégration du salarié, paiement des salaires perdus sans déduction des revenus de remplacement, et dommages-intérêts fixés *a minima* à six mois de salaire à l'abri du plafonnement légal : Soc., 21 novembre 2018, commenté par I. Meyrat, *RDT*, 2019 p. 257, précité ; récemment : Soc., 14 octobre 2020, n° 18-24.209.

(54) Sur cette notion : I. Meyrat (voir la note 15 et son article *in fine*, précité).

(55) Le déni de justice est interdit en droit interne par l'article 4 du Code civil.

de justice. L'article 6 par. 1 (art. 6-1) doit se lire à leur lumière" (point 35) » (56).

Ce caractère absolu de l'interdiction du déni de justice dans les entreprises paraît perdu avec l'arrêt rapporté, comme si la conception « réductionniste » de la liberté fondamentale d'agir en justice avait emporté sur son passage cette interdiction. Celle-ci ne résulte au demeurant aucunement de l'alinéa premier du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ni de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, tels que visés par la Cour de cassation dans ses décisions relatives au droit d'agir en justice (57). Le premier de ces textes énonce que « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* », et le second : « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* » Ces dispositions n'évoquent pas le droit d'agir en justice, du moins de manière expresse. En revanche, le rattachement de ce droit à la CEDH en tant que « liberté fondamentale » s'impose dès lors que cette Convention se nomme « Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et **des libertés fondamentales** », parmi lesquelles figure le droit d'agir en justice en son article 6-1.

## B. Sur la possibilité pour les salariés de demeurer optimiste quant à l'issue de ces actions en nullités

Il semble en effet que, malgré cette impression négative de déni de justice que laisse l'arrêt rapporté, il soit possible pour le salarié d'invoquer la nullité de son licenciement en s'abstenant tout simplement d'utiliser cet outil juridique qu'est la présomption, et en revenant aux « fondamentaux » du droit processuel. Lorsque le juge est saisi d'une action fondée sur la

violation d'une liberté fondamentale – ici le droit d'agir en justice –, le droit processuel, renforcé par le principe d'effectivité qui découle de l'article 6-1 de la CEDH, doit le conduire à faire usage, avec dynamisme, de ses pouvoirs d'investigation pour vérifier si, par-delà l'apparence des motifs de licenciement énoncés, ne se révèle pas une volonté de l'employeur de sanctionner l'action en justice du salarié.

Ce renforcement serait aisé à mettre en œuvre puisqu'il existe déjà dans le Code du travail en matière de licenciement, le juge ayant l'obligation procédurale de vérifier lui-même le motif exact de rupture au-delà des énonciations de la lettre de licenciement (58). En effet, cette obligation de vérification se situe dans le cadre de l'office du juge de la cause réelle et sérieuse de licenciement, tel que prévu par l'article L. 1235-1 CT. Selon cette disposition, celui-ci forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, au besoin après avoir ordonné une mesure d'instruction. Il suffirait donc d'étendre ce principe aux demandes de nullité (59) du licenciement consécutives à une action en justice. Il conviendrait ainsi d'affirmer qu'il appartient au juge de vérifier lui-même si, au-delà des énonciations de la lettre de licenciement, la véritable cause de la rupture ne réside pas dans une volonté de représailles de l'employeur. Le juge formerait sa conviction au vu des éléments fournis par l'une ou l'autre des parties sans que la charge de la preuve incombe spécialement à aucune d'elles, au besoin après avoir ordonné une mesure d'instruction. La nullité du licenciement se déduirait aisément d'une telle démarche qui est usuelle en la matière. Et de cette façon, d'ailleurs, le juge des référés aurait les coudées franches pour effectuer un contrôle lourd sur le trouble manifestement illicite.

Dans ce cadre juridique, il serait en outre possible d'utiliser le dernier alinéa de l'article L. 1235-1 selon lequel « *si un doute subsiste, il profite au salarié (60)* ». En effet de cette manière, s'il hésite – à la fin de ses investigations et de son raisonnement – sur l'identification du motif qui a déterminé la rupture, le juge devra donner raison au salarié en considérant qu'il a fait l'objet d'un licenciement de représailles.

(56) Voir le Rapport annuel de la Cour de cassation (Rapport 2013, livre 3 : « L'ordre public », partie 2 : « Notion d'ordre public », titre 1 : « Ordre public procédural », chapitre 2 : « Utilisation de l'ordre public procédural international et européen », [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2013\\_6615/etude\\_ordre\\_6618/notion\\_ordre\\_6659/ordre\\_public\\_6660/utilisation\\_ordre\\_29155.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2013_6615/etude_ordre_6618/notion_ordre_6659/ordre_public_6660/utilisation_ordre_29155.html)

(57) Soc., 21 novembre 2018, n° 17-11.122, *Bull.*, précité.

(58) Jurisprudence précitée sur la recherche par le juge de l'exactitude du motif de renvoi par le juge des référés et au fond : Soc., 26 mai 1998, n° 96-41.062, *Bull.*, n° 276 ; Soc., 23 octobre 1991, *Bull.*, n° 427 ; Soc., 4 octobre 1996, *Bull.*, n° 149. En référé : Soc., 8 juil. 2009, n° 08-40.139, *Bull.*, n° 172, *Dr. ouv.*, 2010, p. 53, n. E. D. et Soc., 26 octobre 2016, 14-26.300, précitées.

(59) En tout cas, sans texte.

(60) Soc., 9 juillet 2015, n° 13-21.528, commenté dans le *Dr. ouv.* (2015 p. 717) : « *qu'ayant retenu que, si la matérialité des faits reprochés au salarié était établie, il existait à tout le moins un doute sur les circonstances dans lesquelles ils s'étaient produits, notamment en raison de l'attitude de l'employeur confinant à de la provocation, la cour d'appel a pu en déduire qu'au regard de l'ancienneté du salarié et de leur caractère isolé, ces faits n'empêchaient pas le maintien du licenciement dans l'entreprise et ne constituaient pas une faute grave ; qu'exerçant les pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du Code du travail, elle a estimé que le licenciement ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse* ».

**De la sorte**, malgré cette impression négative que peut laisser, pour les salariés, l'arrêt rapporté pris à la lettre, ceux-ci peuvent en réalité neutraliser la règle probatoire qui paraît s'en dégager en présentant tout simplement les faits de la cause ayant entouré la rupture comme révélant que le motif de licenciement est suffisamment suspect pour laisser penser qu'il s'agit d'un prétexte visant à masquer la volonté de rétorsion de l'employeur (61). À partir de ce doute sérieux sur la légitimité de la rupture, le juge peut alors être conduit à demander de plus amples explications à l'employeur. Et si celui-ci échoue à convaincre le juge de la pertinence de son argumentation, alors le licenciement pourra être considéré – au besoin à la faveur d'un doute profitant au salarié – comme découlant d'une volonté de représailles et conduire au prononcé de la nullité du licenciement. Dans le cadre de cette démarche, il importe peu – comme l'on voit – que la concomitance entre licenciement et action en justice fasse – ou non – « présumer » une rupture de représailles, celle-ci étant établie par d'autres voies que par celle spécifique d'une présomption dont la certitude repose toujours sur l'aléa de l'appréciation souveraine du juge des référés comme du juge du fond (62), compte tenu de l'absence de disposition légale garantissant cette présomption : la « concomitance » entre licenciement et action en justice fait alors tout simplement partie des « faits » – l'un des faits – que le juge doit prendre en compte pour « former sa conviction ».

En bref ce type de contentieux peut être traité – tant par le juge que par les parties – comme n'importe quel litige relatif à un licenciement dont le motif de rupture revêt un caractère fallacieux comme masquant une cause illicite de rupture, avec par conséquent l'attribution au juge des pouvoirs légalement renforcés en matière de licenciement (63), et pour corollaire le respect de la présomption de bonne foi de droit commun pour les deux parties, sans qu'il y ait besoin de recourir à un quelconque décalque avec des dispositions légales qui ne peuvent – en l'absence de loi – fournir les mêmes garanties en matière de nullités sans texte qu'en matière de nullités textuelles.

Comme l'on voit, s'il peut exister une « *présomption d'atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice* », elle ne peut qu'être le fruit de la règle du doute en

faveur du salarié, et non pas le fruit d'un *a priori*, résultant du seul visa d'une rapide chronologie des faits : elle constitue l'aboutissement de toute une démarche processuelle – très approfondie – du juge du licenciement.

### **C. Pour illustrer cet optimisme, sur le jugement du conseil de prud'hommes de Paris du 10 novembre 2020 (64)**

Un jugement rendu par le conseil de prud'hommes de Paris le 10 novembre 2020 illustre d'ailleurs bien ce propos, tout en restant dans le cadre jurisprudentiel de l'alinéa premier du préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Cette décision est rédigée avec, en préalable de la motivation, le chapeau suivant : « *La postériorité de la rupture d'un contrat de travail par rapport à l'action en justice d'un salarié et l'absence de preuve par l'employeur de ce que sa décision est motivée par des éléments étrangers à toute volonté de rétorsion permettent d'établir que la rupture a été prononcée en raison de l'action en justice initiée par le salarié.* » Le conseil de prud'hommes fait ensuite une application rigoureuse de ce principe, lequel – on va le voir – ne fait aucune référence à la notion de « présomption », et conduit le juge à une analyse approfondie des faits.

Dans cette affaire, une journaliste, qui travaillait au « forfait pige » depuis de longues années pour le compte de la société *Télérama*, avait été licenciée le 20 décembre 2017 pour des raisons disciplinaires qui pouvaient paraître justifiées (65). De plus, le 3 novembre 2017, soit antérieurement à l'action en justice introduite par la salariée le 8 novembre suivant (66), l'employeur avait exprimé, par un échange de courriels, son intention de mettre fin à la relation de travail, ce qui pouvait éventuellement laisser penser que le licenciement n'avait pas de lien avec l'action en justice. Cependant, le Conseil de prud'hommes – sans s'en tenir à des apparences chronologiques – a poussé plus loin ses investigations quant aux circonstances ayant entouré la rupture, formant sa conviction au vu des éléments fournis par les deux parties. En ce qui concerne la chronologie des faits, il ressortait d'un SMS de la secrétaire de

(61) Jurisprudence précitée sur la recherche par le juge de l'exactitude du motif de renvoi par le juge des référés et au fond.

(62) Article 1382 du Code civil, précité.

(63) Il s'agirait en clair d'étendre au juge de la nullité du licenciement les pouvoirs qui sont conférés au juge de la cause réelle et sérieuse de licenciement.

(64) CPH Paris, 10 novembre 2020, X c/ Société *Télérama*, annexe n° 2 (rendu en départage, et frappé d'appel) ; F. Chhum, avocat à la Cour, Village de la justice du 11/12/2020 : <https://www.village-justice.com/articles/licenciement-suite-intention-exercer-une-action-justice-une-journaliste,37472.html>.

(65) Les motifs de licenciement reposaient sur l'envoi tardif par la salariée d'un article pour publication, et de son absence à une table ronde de *Canal Plus*, à laquelle elle aurait dû participer pour représenter *Télérama*.

(66) La journaliste avait demandé, par cette action, la reconnaissance de sa qualité de journaliste professionnelle ainsi que la requalification de la relation de travail précaire en contrat de travail à durée indéterminée, requalifications qui lui seront accordées par le jugement rapporté, en même temps que la nullité du licenciement.

rédaction du 19 octobre 2017 que l'employeur était à cette date déjà informé de l'intention de la salariée de recourir à un avocat pour agir en justice, de sorte que la rupture faisait suite à cette prise de connaissance. En ce qui concerne les griefs énoncés par la lettre de licenciement, le conseil de prud'hommes a relevé, d'une part, que les supérieurs hiérarchiques de la journaliste avaient eu connaissance des faits imputés à faute bien avant l'engagement de la procédure de rupture, et d'autre part, qu'aucun reproche n'avait été adressé à la salariée avant le 16 novembre 2017, date de la convocation à l'entretien préalable. La société *Télérama* n'avait par ailleurs justifié d'aucune difficulté de blocage dans la diffusion de la revue, un autre article ayant été publié à la place de l'article omis. Et les supérieurs hiérarchiques de la salariée lui avaient même envoyé des messages d'encouragement et de félicitations pour le travail accompli. En outre, la société *Télérama* n'avait apporté au conseil de prud'hommes aucune explication crédible quant à son changement soudain d'attitude, et n'avait établi aucune volonté de la salariée de nuire à son employeur dans le fait d'avoir placé le projet d'article demandé sur le système informatique de l'entreprise sans en avertir expressément la société. Enfin, toujours en ce qui concerne les griefs de l'employeur, celui-ci n'avait justifié d'aucune conséquence pour l'entreprise de l'absence de la journaliste à la table ronde de *Canal Plus*.

C'est à la suite de cette analyse équilibrée pour les deux parties et fortement motivée – y compris sur la bonne foi de la salariée – que le conseil de prud'hommes a considéré que la société employeur « n'apportait pas d'éléments suffisamment sérieux pour démontrer que le licenciement était motivé par des éléments étrangers à toute volonté de rétorsion consécutive à son action en justice », et a déclaré le licenciement nul comme attentatoire à une liberté fondamentale, avec toutes les conséquences de droit qui en découlaient, en termes de réintégration et d'indemnités.

Ce jugement, qui visiblement a été prononcé sans que les juges aient eu connaissance de l'arrêt rapporté, n'aurait pas été rédigé différemment à l'aune de cet arrêt, puisque de toute façon la décision n'utilisait aucunement la notion de « présomption » : sur le plan de la preuve du licenciement attentatoire à la liberté d'agir en justice, le conseil de prud'hommes a en effet, de façon significative, mis côte à côte les deux exigences de la postériorité du licenciement par rapport à l'action en justice et de l'absence de justification par l'employeur d'une cause de licen-

ciement étrangère à cette action. Cette décision, qui est ainsi parfaitement fidèle aux arrêts du 6 février 2013 et 16 mars 2016, est, comme l'on voit, conforme à l'article 9 du Code de procédure civile selon lequel il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention, les faits retenus par le jugement ayant été établis respectivement par l'employeur et par le salarié. Il est en particulier à noter que ce jugement ne s'est pas appuyé seulement sur la chronologie pour fragiliser la validité du licenciement mais aussi sur la légèreté des griefs et le manque de sérieux au regard de son possible lien avec l'action en justice. Cette démarche est exactement celle préconisée précédemment. Une telle motivation, de pur fait, relève entièrement du pouvoir souverain des juges du fond, ce qui la met à l'abri de tout contrôle de la Cour de cassation. Il est enfin à noter que la motivation du jugement aurait pu être la même s'il s'était agi d'une procédure en référé. Cette décision n'a en rien excédé les pouvoirs du juge des référés, le conseil de prud'hommes ne s'étant d'ailleurs pas prononcé sur la cause réelle et sérieuse de licenciement, question dont il n'était pas saisi.

En ce sens d'ailleurs, il serait opportun de remettre en cause la jurisprudence qui fait dépendre la répartition de la charge de la preuve strictement de la présence ou de l'absence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement (67). En réalité dans les deux cas, l'employeur doit justifier sa décision par des éléments étrangers à toute volonté de représailles, y compris lorsque le licenciement paraît reposer sur une cause réelle et sérieuse, puisque même en ce cas, il peut s'agir d'un prétexte. C'est qu'en effet, la question de la cause réelle et sérieuse de rupture laisse subsister le point de savoir si le motif de licenciement énoncé était le motif déterminant pris en compte par l'employeur.

\*

Ainsi peut-on se demander, à la fin de cette étude, si la Cour de cassation avait vraiment besoin de dire qu'un licenciement faisant suite à une action en justice ne fait pas présumer le lien de la rupture avec cette action. La règle de répartition du fardeau de la preuve établie par l'arrêt du 6 février 2013 n'avait pas pour sens d'établir une « présomption » mais simplement d'exiger de l'employeur qu'il justifie la validité de son licenciement en présence notamment d'une chronologie suspecte.

Il est parfois des arrêts regrettables parce que trompeurs sur leur véritable portée.

**Marie-France Bied-Charreton**

(67) Soc., 9 octobre 2019, n° 17-24.773, publié au *Bull.* et Soc., 5 décembre 2018, n° 17-17.687, non publié, précités.

**LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX** Action en justice du salarié contemporaine d'une mesure de licenciement – Répartition de la charge de la preuve – Absence de présomption d'atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice – Pouvoirs du juge des référés – Recherche de l'exactitude du motif invoqué dans la lettre de licenciement.

**CONSEIL DE PRUDHOMMES** Référé – Trouble manifestement illicite – Action en justice du salarié – Licenciement de repréailles – Cause réelle et sérieuse – Absence de contrôle du juge.

Annexe n° 1

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 4 novembre 2020

MM. X... et Y... contre société Collectes valorisation énergie déchets

(n° 19-12367 et 19-12369, P + B + I)

2. Selon les arrêts attaqués (Caen, 20 décembre 2018), statuant en référé, MM. X... et Y... ont été engagés les 1er janvier 2008 et 24 mars 2014 par la société Derichebourg polyurbaine, aux droits de laquelle vient la société Collectes valorisation énergie déchets, en qualité d'équipier de collecte.

3. Le 5 février 2017, ils ont écrit à la direction des ressources humaines pour exprimer des revendications en ce qui concerne les temps de pause. Le 23 mars 2017, la direction a refusé d'y faire droit et les a invités à respecter les consignes concernant la pause à proximité du lieu de collecte. Une note de service du 12 avril 2017 a demandé à l'ensemble du personnel de respecter les lieux de pause définis dans le planning hebdomadaire. Le 12 mai 2017, les salariés ont reçu un avertissement pour non-respect des lieux de pause.

4. Le 4 octobre 2017, ils ont saisi la juridiction prud'homale en référé pour obtenir l'annulation de cette sanction, un rappel de salaire et des dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité. Cette affaire a été appelée à l'audience du 23 janvier 2018, la décision devant être rendue le 30 janvier 2018.

5. Le 4 janvier 2018, les salariés ont saisi le conseil de prud'hommes en référé pour voir ordonner la suspension de la note de service du 12 avril 2017 et que le dépôt de Giberville soit retenu comme lieu de pause.

6. Le 29 janvier 2018, à la suite d'un contrôle opéré sur une tournée, ils ont été mis à pied à titre conservatoire puis licenciés pour faute grave le 15 février 2018, au motif de la réalisation d'une collecte bilatérale interdite et dangereuse.

7. Soutenant que leur licenciement intervenait en violation de la liberté fondamentale d'agir en justice et encourait la nullité, ils ont saisi la formation de référé du conseil de prud'hommes aux fins que leur réintégration soit ordonnée et que l'employeur soit condamné à leur payer des rappels de salaire depuis la mise à pied.

Examen du moyen

Énoncé du moyen

8. Les salariés font grief aux arrêts de dire n'y avoir lieu à référé et de rejeter leurs demandes tendant,

notamment, à voir ordonner leur réintégration sous astreinte, alors :

« 1° / qu'est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié ; qu'il appartient à l'employeur d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice ; qu'en retenant que la seule circonstance qu'une procédure de licenciement ait été engagée immédiatement après l'introduction d'une action en justice exercée par le salarié ne fait pas présumer une atteinte à la liberté fondamentale d'agir quand il appartenait à l'employeur d'établir que sa décision de licencier le salarié était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice par celui-ci de son droit d'agir en justice, la cour d'appel a violé les articles 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L. 1121-1 du code du travail et 1315, devenu 1353, du code civil ;

2° / qu'est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié ; que constitue un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser le licenciement motivé par une volonté répressive du salarié ayant introduit une action en justice à l'encontre de son employeur ; qu'en écartant l'existence d'un trouble manifestement illicite, sans rechercher si le licenciement du salarié n'était pas uniquement motivé par une volonté répressive de l'employeur, qui découlait de ce que, dans le mois ayant suivi l'introduction d'une action en justice, l'employeur avait, d'une part, décidé de modifier la tournée du salarié en l'affectant pour la première fois avec deux autres salariés qui avaient participé à la même action et, d'autre part, diligenté un contrôle inopiné dont le résultat l'avait conduit, le jour même, à mettre les salariés à pied avant de les licencier pour faute grave, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, L. 1121-1 et R. 1455-6 du code du travail ».

Réponse de la Cour

9. Le seul fait qu'une action en justice exercée par le salarié soit contemporaine d'une mesure

de licenciement ne fait pas présumer que celle-ci procède d'une atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice.

10. La cour d'appel a constaté, dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, que les actions en justice engagées portaient sur la question du lieu de pause, soit sur une question sans rapport avec le motif de licenciement, que la lettre de licenciement ne contenait pas de référence à ces actions en justice, que la procédure de licenciement avait été régulièrement suivie et que la lettre de notification du licenciement était motivée en ce qu'elle contenait l'exposé de faits circonstanciés dont il appartient à la seule juridiction du fond de déterminer s'ils présentent un caractère réel et sérieux notamment au regard de la pratique

antérieure, des consignes et de la formation reçues et qu'enfin, pour avoir été inopiné, le contrôle terrain n'en était pas moins une pratique dans l'entreprise dont la déloyauté n'était pas en l'état manifeste s'agissant de celui du 29 janvier 2018, ce dont il résultait que le licenciement ne présentait pas de caractère manifestement illicite. Elle en a, sans inverser la charge de la preuve et procédant à la recherche prétendument omise, exactement déduit l'absence d'un trouble manifestement illicite.

11. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE les pourvois ;

(M. Cathala, prés. – M. Haas – SCP Rocheteau et Uzan-Sarano.)

Annexe n° 2 :

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE PARIS (départage) 10 novembre 2020

Mme R... contre société Télérama (RG n° 17/09168)

#### EXPOSÉ DU LITIGE

La société TÉLÉRAMA édite un magazine culturel hebdomadaire proposant des commentaires et critiques de productions télévisées ou cinématographiques ou d'événements culturels.

Mme R..., journaliste, a rédigé des piges pour le compte de la société TÉLÉRAMA entre novembre 2009 et octobre 2017 et a assuré dans le cadre de contrats temporaires notamment des remplacements de journalistes absents.

Par courrier en date du 16 novembre 2017, Mme R... a été convoquée à un entretien préalable à un licenciement, tenu le 29 novembre 2017.

Par lettre en date du 20 décembre 2017, Mme R... a été informée de la fin de sa collaboration avec la société TÉLÉRAMA.

La société TÉLÉRAMA applique la convention collective des journalistes et emploie plus de dix salariés.

Mme R... a saisi le conseil de prud'hommes de Paris le 8 novembre 2017. Les parties ont été convoquées en bureau de jugement à l'audience du 15 janvier 2018.

Contestant le licenciement intervenu après la saisine, Mme R... a saisi le conseil de prud'hommes de Paris d'une nouvelle requête le 14 février 2018.

En l'absence de conciliation à l'audience du 3 mai 2018, les parties ont été convoquées en bureau de jugement à l'audience du 12 septembre 2018, date à laquelle l'affaire a été plaidée et mise en délibéré au 22 octobre 2018.

Le bureau de jugement n'ayant pu se départager, l'affaire a été renvoyée devant la formation de départage du conseil de prud'hommes à l'audience du 13 octobre 2020.

Lors de l'audience, Mme R..., assistée par son conseil, a demandé au conseil, sous le bénéfice de l'exécution provisoire, de :

– requalifier les piges et les contrats à durée déterminée de Mme R... en contrat de travail à durée indéterminée à temps complet avec reprise d'ancienneté au 1<sup>er</sup> novembre 2009 et un salaire mensuel brut de base de 3 371,53 euros, subsidiairement d'un montant de 2 686,42 euros ;

– ordonner son intégration au sein de la société TÉLÉRAMA, et ce sous astreinte de 50,00 euros par jour de retard ;

– condamner la société TÉLÉRAMA à payer à Mme R... :

– la somme de 10 000,00 euros brut à titre d'indemnité de requalification,

– la somme de 37 056,25 euros brut à titre de rappel de salaire du fait de la disposition permanente de Mme R... durant les périodes intercalaires, subsidiairement la somme de 16 225,00 euros brut,

– la somme de 3 705,62 euros brut au titre des congés payés afférents, subsidiairement la somme de 1 622,50 euros brut,

– la somme de 332,00 euros brut à titre de rappels de salaire pour les piges annulées par la société TÉLÉRAMA,

– la somme de 10 000,00 euros à titre de d'indemnité pour harcèlement moral, subsidiairement,

– la somme de 5 000,00 euros à titre d'indemnité pour exécution déloyale du contrat de travail.

À titre principal :

– juger que le licenciement du 20 décembre 2017 de Mme R... est nul et de nul effet car consécutif à son action prud'homale et lié à la dénonciation du harcèlement moral subi ;

– ordonner la réintégration de Mme R... au sein de la société TÉLÉRAMA avec un salaire brut mensuel de

base de 3337,53 euros, sous astreinte de 200,00 euros par jour de retard ;

– condamner la société TÉLÉRAMA à payer à Mme R... la somme de 116795,00 euros brut d'indemnité pour la période du 11 octobre 2017 au jour de son intégration.

À titre subsidiaire :

– juger que le licenciement de Mme R... du 20 décembre 2017 est sans cause réelle et sérieuse ;

– en conséquence, condamner la société TÉLÉRAMA à payer à Mme R... :

– la somme de 5322,00 euros brut à titre d'indemnité compensatrice de préavis,

– la somme de 532,00 euros à titre de congés payés afférents,

– la somme de 21 554,00 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement,

– la somme de 40000,00 euros nets à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En tout état de cause :

– juger que doit être écarté le montant maximal d'indemnisation prévu par l'article L. 123 5-3 du code du travail en raison de son inconvictionnalité, ce plafonnement violant les dispositions de l'article 24 de la charte sociale européenne, les articles 4 et 10 de la convention 158 de l'organisation internationale du travail et le droit au procès équitable (...).

La société TÉLÉRAMA, représentée par son conseil, a demandé au conseil de :

À titre principal :

– constater la régularité du statut de pigiste non salarié dont bénéficiait Mme R... ;

– en conséquence, débouter Mme R... de sa demande de requalification de ses prestations en contrat de travail à durée indéterminée ;

– se déclarer incompétent pour statuer sur ses autres demandes.

(...)

Sur la qualification de la relation de travail

(...)

Compte tenu des conditions d'exécution de ces « forfait piges », en l'absence de tout contrat écrit, la relation professionnelle liant les parties s'analyse en un contrat de travail à durée indéterminée et à temps complet.

Sur la demande d'indemnité de requalification

L'article L. 1245-2, alinéa 2, du code du travail dispose que lorsque le conseil de prud'hommes, saisi d'une demande de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, fait droit à la demande du salarié, il lui accorde une indemnité, à la charge de l'employeur, ne pouvant être inférieure à un mois de salaire.

Il résulte de ce texte que le montant minimum de l'indemnité de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée est calculé selon la dernière moyenne de salaire mensuel.

(...)

Sur la demande de rappel de salaire au titre des périodes intercalaires

Le salarié engagé par plusieurs contrats à durée déterminée non successifs et dont le contrat de travail est requalifié en un contrat à durée indéterminée, ne peut prétendre à un rappel de salaire au titre des périodes non travaillées séparant chaque contrat que s'il justifie s'être tenu à la disposition de l'employeur pendant ces périodes pour effectuer un travail.

En l'espèce, il ressort des pièces versées aux débats que Mme R... a effectué au cours des quatre dernières années une moyenne de deux à quatre piges par semaine au profit de la société TÉLÉRAMA, qu'elle ne travaillait plus pour aucune autre entreprise de presse depuis 2015 et que les piges et « forfait piges » lui étaient généralement annoncés avec un délai de préavis assez bref, ce qui l'a conduite notamment à décaler des dates de congés et l'empêchait ainsi de s'organiser pour exercer une autre activité professionnelle ou de proposer ses services à une entreprise tierce. Il en résulte que Mme R... s'est tenue à la disposition permanente de la société TÉLÉRAMA et doit être indemnisée au titre des périodes interstitielles.

Compte tenu d'un salaire mensuel brut moyen de 2686,42 euros et des sommes déjà reçues, il convient de condamner la société TÉLÉRAMA à payer à Mme R... la somme de 16225,00 euros brut à titre de rappel de salaire, terme d'octobre 2017 inclus, et la somme de 1622,50 euros brut au titre des congés payés afférents.

En application des dispositions de l'article 1231-6 du code civil, ces sommes porteront intérêts au taux légal à compter du 13 novembre 2017, date de réception par la société défenderesse de sa convocation de devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes.

(...)

Sur la demande tendant à prononcer la nullité du licenciement et les demandes financières s'y rapportant

Il résulte de l'alinéa premier du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qu'est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite ou susceptible d'être introduite par le salarié à l'encontre de son employeur.

La postériorité de la rupture d'un contrat de travail par rapport à l'action en justice d'un salarié et l'absence de preuve par l'employeur de ce que sa décision est motivée par des éléments étrangers à toute volonté de rétorsion permettent d'établir que la rupture a été prononcée en raison de l'action en justice initiée par le salarié.

En l'espèce, si la requête initiale n'a été déposée auprès du conseil de prud'hommes que le 8 novembre 2017,

soit postérieurement à l'échange de courriel interne en date du 3 novembre 2017 mentionnant l'intention de l'employeur de mettre fin à la collaboration avec Mme R..., il ressort d'un SMS de Mme Sylvaine WILLAUME, secrétaire de rédaction, en date du 19 octobre 2017 que l'employeur était informé dès cette date de l'intention de la demanderesse de se faire assister par un avocat pour exercer une action en justice à l'encontre de la société TÉLÉRAMA.

Il appartient donc à la société TÉLÉRAMA de démontrer que sa décision est motivée par des éléments étrangers à toute volonté de rétorsion consécutive à l'action en justice initiée par la salariée.

Dans la lettre notifiant son licenciement, la société TÉLÉRAMA reproche à Mme R..., d'une part, de ne pas avoir envoyé à la date convenue un article sur un documentaire intitulé « *La Saison italienne – Raphaël* », attendu le 11 octobre 2017 en omettant délibérément de prévenir la société de sa transmission dans le système informatique de l'entreprise, contraignant celle-ci à supprimer ce sujet de sa publication, et d'autre part, de ne pas s'être présentée à une table ronde pour laquelle sa participation au nom de la société TÉLÉRAMA avait été actée, sans prendre la peine d'en avertir la société, ni la chaîne de télévision organisatrice de l'événement.

Toutefois, alors que ses supérieurs hiérarchiques connaissaient ces faits antérieurement, aucun reproche n'a été adressé à l'intéressée avant l'envoi de sa lettre de convocation à un entretien préalable le 16 novembre 2017. De plus, la société TÉLÉRAMA ne justifie d'aucune difficulté de bouclage, un autre article ayant été substitué à l'article manquant dès le 12 octobre 2017. Au contraire, les supérieurs de Mme R... lui adressaient des messages de soutien, dépourvus de tout reproche. M. Olivier MILOT, rédacteur en chef adjoint, lui écrivait-il ainsi le 13 octobre 2017 par SMS : « *À ton retour tu trouveras porte et bureau ouvert pour parler de tout et surtout d'avenir* » et Mme H..., rédacteur en chef, le 15 octobre 2017 : « *Nous n'avons pas su te faire savoir à quel point nous apprécions ton travail.* » La société TÉLÉRAMA n'apporte aucune explication crédible à son changement soudain d'attitude envers Mme R... postérieurement à sa connaissance de l'imminence d'une procédure prud'homale, alors, d'une part, qu'elle n'établit aucune volonté de la demanderesse de nuire à son employeur dans le fait d'avoir placé le projet d'article demandé sur le système informatique de l'entreprise sans en avertir expressément M. M..., et d'autre part, qu'elle ne justifie d'aucune conséquence pour l'entreprise de l'absence de Mme R... lors de la table ronde organisée par la société CANAL PLUS au sujet de la série « *Paris, etc.* ».

Les éléments produits par la société TÉLÉRAMA n'apparaissent pas suffisamment sérieux pour démontrer que le licenciement de Mme R... était motivé par des éléments étrangers à toute volonté de rétorsion consécutive à son action en justice.

Il en résulte que le licenciement de Mme R... par la société TÉLÉRAMA en date du 20 décembre 2017 est nul.

Il convient en conséquence d'ordonner la réintégration de Mme R... au poste de journaliste au sein de la société TÉLÉRAMA moyennant un salaire brut mensuel de base de 2 686,42 euros.

Si l'article L. 131-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du code des procédures civiles d'exécution dispose que tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision, aucune circonstance de l'espèce ne justifie d'assortir d'une astreinte la réintégration ordonnée.

Par ailleurs, le salarié dont le licenciement est nul car attentatoire à une liberté fondamentale et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, sans déduction des éventuels revenus de remplacement dont il a pu bénéficier pendant cette période.

Compte tenu d'un salaire mensuel brut de 2 686,42 euros, il convient de condamner la société TÉLÉRAMA à payer à Mme R... la somme totale de 94 024,70 euros brut à titre de rappel de salaire pour la période du 1<sup>er</sup> novembre 2017 à septembre 2020 inclus.

En application des dispositions de l'article 1231-6 du code civil, cette somme portera intérêts au taux légal à compter du 20 février 2018, date de réception par la société défenderesse de sa convocation devant le bureau de conciliation, sur la somme de 29 550,62 euros et à compter du 13 octobre 2020, date de l'audience de départage, pour le surplus.

(...)

Sur les demandes accessoires

Aux termes de l'article 515 du code de procédure civile, dans sa version applicable aux instances introduites devant les juridictions du premier degré avant le 1<sup>er</sup> janvier 2020, hors les cas où elle est de droit, l'exécution provisoire peut être ordonnée, à la demande des parties ou d'office, chaque fois que le juge l'estime nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire, à condition qu'elle ne soit par interdite par la loi.

En l'espèce, l'exécution provisoire, compatible avec la nature de l'affaire, est ordonnée, eu égard à l'ancienneté du litige.

La société TÉLÉRAMA, partie essentiellement perdante, est condamnée aux entiers dépens, conformément aux dispositions des articles 695 et 696 du code de procédure civile.

Compte tenu des démarches judiciaires qu'a dû accomplir Mme R..., la société TÉLÉRAMA est condamnée à lui verser la somme de 3 000,00 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Sur l'application des dispositions de l'article L. 1235-4 du code de travail :

Aux termes de l'article L. 1235-4 du code du travail, dans sa version applicable à l'espèce, issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, dans les cas prévus aux articles L. 1132-4, L. 1134-4, L. 1144-3, L. 1152-3, L. 1153-4, L. 1235-3 et L. 1235-11, le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé. Ce remboursement est ordonné d'office lorsque les organismes intéressés ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées.

En l'espèce, il ressort des avis de situation établis par Pôle emploi Île-de-France versés aux débats que Mme R..., inscrite en qualité de demandeur d'emploi, a perçu à la suite de son licenciement des allocations d'aide au retour à l'emploi pendant plus de six mois.

En conséquence, il y a lieu d'ordonner, en application des dispositions précitées, le remboursement par la société TÉLÉRAMA au PÔLE EMPLOI ÎLE DE FRANCE, partie au litige par l'effet de la loi, des indemnités de chômage versées à Mme R... dans la limite de six mois à compter du jour de la rupture, soit la somme de 8 116,33 euros.

#### PAR CES MOTIFS

Le juge départiteur, statuant seul après avis des conseillers présents, publiquement, par jugement contradictoire et en premier ressort, rendu par mise à disposition au greffe,

DIT que la relation professionnelle liant la société et Mme R... depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2009 s'analyse en un contrat de travail à durée indéterminée ;

CONDAMNE la société TÉLÉRAMA, immatriculée sous le numéro 582060141 R. C.S. Paris, à payer à Mme R... :

- la somme de 2 686,42 euros à titre d'indemnité de requalification ;
- la somme de 16 225,00 euros brut à titre de rappel de salaire ;
- la somme de 1 622,50 euros brut au titre des congés payés y afférents ;

avec intérêts au taux légal à compter du 13 novembre 2017 ;

PRONONCE la nullité du licenciement de Mme R... par la société TÉLÉRAMA ;

ORDONNE la réintégration de Mme R... dans son emploi de journaliste au sein de la société TÉLÉRAMA, moyennant une rémunération mensuelle fixe d'un montant minimum de 2 686,42 euros brut ;

CONDAMNE la société TÉLÉRAMA à payer à Mme R... la somme totale de 94 024,70 euros brut à titre de rappel de salaire pour la période du 1<sup>er</sup> novembre

2017 à septembre 2020 inclus, avec intérêts au taux légal à compter du 20 février 2018 sur la somme de 29 550,62 euros et à compter du 13 octobre 2020 pour le surplus ;

CONDAMNE la société TÉLÉRAMA à payer à Mme R... la somme totale de 5 000,00 euros à titre de dommages et intérêts pour application illicite de la déduction forfaitaire spécifique, avec intérêts au taux légal à compter du 20 février 2018 ;

ORDONNE le versement par la société TÉLÉRAMA aux organismes de sécurité sociale des cotisations de retraite régularisées concernant l'année 2017 ;

ORDONNE la remise par la société TÉLÉRAMA à Mme R... d'un bulletin de salaire conforme au présent jugement, et ce, dans le délai d'un mois à compter de la notification du présent jugement ;

REJETTE le surplus des demandes, en ce compris notamment la demande de rappel de salaire pour des piges annulées, la demande de dommages et intérêts pour harcèlement moral, la demande de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail, la demande de dommage et intérêts du fait de la transmission délibérément tardive de l'attestation Pôle emploi et la demande tendant à ordonner la publication du jugement ;

ORDONNE l'exécution provisoire du présent jugement ;

CONDAMNE la société TÉLÉRAMA aux dépens ;

CONDAMNE la société TÉLÉRAMA à payer à Mme R... la somme de 3 000,00 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

ORDONNE, en application de l'article L. 1235-4 du code du travail, le remboursement par la société TÉLÉRAMA au PÔLE EMPLOI Île-de-France de la somme de 8 116,33 euros.

(M. Madre, Prés. – M<sup>e</sup> M. Mermet, S. El Behhar, av.)