



AVIS DE Mme BERRIAT, AVOCAT GENERAL

**Arrêt n° 970 du 4 novembre 2020
Pourvoi n° K 19-12.367 ; 19-12.369**

Décision attaquée : 20 décembre 2018 de la cour d'appel de Caen

MM. A... X... et B... Y...

C/

la société Collectes valorisation énergie déchets

Equipiers dans la collecte des ordures ménagères à la société COVED, les salariés ont reçu un avertissement pour n'avoir pas respecté les lieux de pause portés à leur connaissance par une directive du 12 avril 2017.

Le 4 octobre 2017, ils ont saisi le conseil de prud'hommes de Caen aux fins d'obtenir l'annulation de cet avertissement et des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité dans la prise des pauses.

Puis, le 4 janvier 2018, ils ont saisi la formation de référé de cette juridiction en demandant la suspension de la directive du 12 avril 2017 et la fixation du lieu de pause, à titre provisoire, dans le local déterminé avant l'application de ce texte.

Le 29 janvier 2018, ils ont pour la première fois été affectés à la même tournée qu'un autre salarié ayant engagé la même action en justice. Un contrôle effectué aussitôt a donné lieu à leur mise à pied pour "collecte bilatérale interdite et dangereuse", puis à leur licenciement pour faute grave.

Ils ont saisi le conseil de prud'homme en référé pour demander leur réintégration, en soutenant que le licenciement constituait une mesure de rétorsion consécutive à leurs actions en justice. Le conseil de prud'homme leur a donné raison mais la cour d'appel a infirmé le jugement et les a déboutés de leurs demandes.

Les salariés présentent un pourvoi articulé en un moyen unique. Seule sa première branche, objet du renvoi en formation de section, sera ici traitée.

Discussion

Ce moyen reproche à l'arrêt d'avoir jugé 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 en justice et soutient qu'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 du droit d'agir en justice.

Votre chambre reconnaît au juge le pouvoir de prononcer la nullité d'un licenciement, même en l'absence de dispositions le prévoyant, en cas de violation d'une liberté fondamentale (Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-45.735 ; Soc., 31 mars 2004, pourvoi n° 01-46.960).

S'agissant du droit d'agir en justice, le code du travail protège le salarié contre le licenciement prononcé à la suite d'une action en justice intentée sur le fondement de la discrimination (article L. 1134-4 du code du travail) et de l'égalité professionnelle entre les sexes (article L. 1143-3). Ce licenciement est nul lorsqu'il est établi qu'il n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de l'action en justice.

En 2008 vous jugiez que *“Hors le cas visé par 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”*. (Soc 20 février 2008 P 06-40.085).

Mais par une série d'arrêts du 6 février 2013, n° 11-11.740 à 11-11.748 P rendus à propos d'un licenciement sanctionnant l'action engagée par des salariés en contrat à durée déterminée pour faire requalifier leur contrat, vous êtes revenus sur cette jurisprudence en affirmant que *“lorsque la rupture illicite d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme comme intervenue en dehors des cas prévus par l'article L. 1243-1 du code du travail, 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 en justice”*. Ces arrêts censurant une décision en référé ont donc à la fois reconnu le droit pour le juge des référés d'ordonner la poursuite des relations contractuelles en cas de violation d'une liberté fondamentale par l'employeur, étendu les cas de nullité à tous les licenciements sans cause réelle et sérieuse sanctionnant une action en justice, quel que soit le fondement de celle-ci, et défini les règles de preuve applicables.

Comme en matière de discrimination ou d'atteinte à l'égalité professionnelle entre les sexes, ces règles de preuve imposent d'abord au salarié d'établir l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. Cette étape franchie, l'employeur est présumé avoir licencié son salarié pour répondre à son action en justice. Il lui appartient alors de prouver que sa décision repose sur une autre cause.

Ces règles de preuve mettent en oeuvre les réserves exprimées par le Conseil constitutionnel en matière de présomption. En effet, saisi de la loi de modernisation sociale, le Conseil a, par une décision du 12 janvier 2002 n° 2001-455 DC, jugé que la nullité ne se présomait pas (considérant n° 21). Dans la même décision il a émis, aux considérants 88 et 89, une réserve d'interprétation sur la charge de la preuve en matière de discrimination au logement et de harcèlement au travail en énonçant que *“les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse (...) ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard constituerait une discrimination en matière de logement ou procéderait d'un harcèlement moral ou sexuel au travail ; qu'ainsi, la partie défenderesse sera mise en mesure de s'expliquer sur les agissements qui lui sont reprochés et de prouver que sa décision est motivée, selon le cas, par la gestion normale de son patrimoine immobilier ou par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en cas de doute, il appartiendra au juge, pour forger sa conviction, d'ordonner toutes mesures d'instruction utiles à la résolution du litige ; que, sous ces strictes réserves d'interprétation, les articles 158 et 169 ne méconnaissent pas le principe constitutionnel du respect des droits de la défense”* .

Le commentaire de cette décision relève que *“L'aménagement de la charge de la preuve organisé par les articles 158 et 169 s'inspire des termes de plusieurs directives communautaires relatives à la lutte contre les discriminations à raison du sexe, de la race, de l'origine ethnique, de la religion, des convictions, de l'orientation sexuelle, de l'âge ou du handicap (article 4 de la directive 97/80 du 15 décembre 1997, article 8 de la directive 2000/43 du 29 juin 2000, article 10 de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000)”*¹.

Une réserve sur la charge de la preuve a cependant été émise : nécessité pour la victime de présenter des éléments de présomption précis et concordants « laissant supposer » la discrimination, étant rappelé que la disposition critiquée elle-même invite le juge (en particulier, peut-on penser, lorsque les circonstances rendent l'administration de la preuve contraire matériellement impossible) à forger sa conviction au vu de l'ensemble des données de l'espèce. Cette réserve ne contrarie pas les directives communautaires relatives à la lutte contre les discriminations. Elle permet au contraire de rapprocher le texte critiqué des termes employés par ces directives. Elle conforte en outre la jurisprudence judiciaire (Cass. Crim. 23 novembre 1999, Z... c/ CEA ; 28 mars 2000, W... c/ SNCF).

La réserve permet surtout de faire prévaloir le caractère juste, équitable et contradictoire de la procédure, lequel garantit, devant toute juridiction, même civile, le respect du principe des droits de la défense et d'un « équilibre des armes » acceptable entre parties (...).”

Par cette décision, le Conseil constitutionnel précise qu'une présomption peut être admise tant qu'il s'agit d'une présomption simple et surtout à la condition que la partie demanderesse établisse la matérialité des éléments de fait précis et concordants au soutien de ses allégations. Ce raisonnement d'application générale fondé sur le respect des droits de la défense et de l'équilibre des armes est illustré notamment par ses décisions rendues en matière de droit des procédures collectives (n°84-183 DC), d'application des peines (n°86-214 DC) de droit pénal (n° 98-408 DC) et de nationalité (n° 2012-227 QPC).

¹ Ces textes stipulent que *“Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.”*

Vous avez récemment réaffirmé qu' "*Est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié*". Ainsi avez-vous, dans un arrêt publié du 16 mars 2016, n° 14-23.589, reproché aux juges du fond qui avaient constaté l'absence de cause réelle et sérieuse de ne pas avoir recherché si l'employeur avait utilisé son pouvoir à cette fin. Le pourvoi vous demande d'aller plus loin et de juger que lorsque le licenciement est prononcé aussitôt après l'engagement d'une action en justice par le salarié, il doit être présumé fondé sur une volonté de sanction.

Or par un arrêt publié du 9 octobre 2019, n°17-24.773 vous avez écarté la présomption dans un cas où le juge du fond avait estimé que les faits invoqués dans la lettre de licenciement étaient caractérisés, en décidant que "*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*".

Cette jurisprudence récente répondant aux décisions du Conseil constitutionnel, il n'y a pas lieu de modifier les règles de preuve imposant au salarié de commencer par établir l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.

En l'espèce la simple concomitance du contrôle avec la saisine du conseil de prud'hommes en référé, alors que le motif du licenciement est licite, ne peut s'analyser comme un ensemble d'éléments précis et concordants au soutien de l'allégation d'atteinte à la liberté du salarié d'agir en justice. Par conséquent elle ne suffit pas à créer une présomption mettant à la charge de l'employeur l'obligation de prouver que le licenciement était justifié par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner cette action en justice. Ce constat, qui ne préjuge en rien de l'analyse des faits par le juge du fond, vous conduira à rejeter le moyen.

Avis de rejet.