



COUR DE CASSATION

**RAPPORT DE Mme DUVALLET,
CONSEILLER REFERENDAIRE**

Arrêt n°970 du 4 novembre 2020 – chambre sociale

Pourvoi n° N.1912369

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

M. A... X...

C/

la société Collectes valorisation énergie déchets

Rapport commun aux pourvois N.1912369 et K.1912367

1 - Rappel des faits et de la procédure

MM. Y... et X... ont été engagés les 24 mars 2014 et 1^{er} janvier 2008 par la société Derichebourg polyurbaine aux droits de laquelle vient la société Collectes valorisation énergie déchets (la Coved) en qualité d'équipier de collecte.

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 décliné leur demande 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 demandant aux salariés de respecter les lieux de pause définis dans le planning hebdomadaire affiché. Cette demande a été rappelée aux salariés le 2 mai 2017.

Le 12 mai suivant, ils ont reçu un avertissement pour non respect des lieux de pause portés par voie d'affichage. 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, la décision devant être rendue le 30 janvier.

Le 29 janvier 2018, à la suite d'un contrôle opéré sur une tournée sur laquelle ils venaient d'être affectés, ils ont été mis à pied à titre conservatoire puis licenciés pour faute grave le 15 février 2018, l'employeur leur reprochant une collecte bilatérale

interdite et dangereuse.

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

Par ordonnances du 5 juin 2018, la formation de départage, considérant que c'était l'action intentée devant le conseil de prud'hommes qui avait motivé la rupture du contrat de travail, a notamment retenu l'existence d'un trouble manifestement illicite, ordonné la réintégration des deux salariés sous astreinte et condamné la société à leur payer leur salaires entre la notification de la mise à pied et le retour effectif à leur poste, sous astreinte.

Par arrêts du 20 décembre 2018, la cour d'appel de Caen a informé les ordonnances, dit n'y avoir lieu à référé, et rejeté les demandes des salariés.

Déclarations de pourvoi de chacun des salariés du 15 février 2019 et mémoire ampliatif du 17 juin 2019.

Mémoire en défense de la société du 9 août 2019.

La procédure apparaît régulière.

Demande art 700: chaque salarié demande 3500 euros et la société demande à chacun la somme de 3500 euros.

2 - Analyse succincte des moyens

Les pourvois des salariés développent un moyen unique identique articulé en deux branches. Ils font grief aux arrêts de rejeter leur demande tendant à ordonner leur réintégration sous astreinte.

1°) Est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié. 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. 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° Est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié. 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. 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, décidé³ 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.

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

Régime probatoire en matière de trouble manifestement illicite résultant d'une atteinte au droit d'agir en justice.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Nous sommes ici en matière de référé. La formation des référés du conseil de prud'hommes tient des articles R.1455-5, R.1455-6 et R.1455-7 du code du travail les mêmes pouvoirs, aux mêmes conditions, que le président du tribunal de grande instance en vertu des articles 808 et 809 du code de procédure civile.

Les articles R. 1455-5, R. 1455-6 et R. 1455-7 du code du travail prévoient ainsi :

- pour le premier, que « dans tous les cas d'urgence, la formation de référé peut, dans la limite de la compétence des conseils de prud'hommes, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend » ;

- pour le deuxième, que « 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, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite » ;

- et pour le troisième, que « dans le cas où au créancier ou ordonner l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, la formation de référé peut accorder une provision en exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

Il en résulte que le versement d'une provision en référé est subordonné à la constatation d'une créance non sérieusement contestable.

Et l'article 484 du code de procédure civile énonce : "l'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires."

Le trouble manifestement illicite peut se définir comme « résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit » (H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, tome III, n°1289).

L'existence d'un trouble manifestement illicite permettant au juge de référés de prendre des mesures pour le faire cesser même en présence d'une contestation sérieuse est établie en cas de violation manifeste de la loi ou d'une atteinte manifeste à un droit protégé.

Si le juge des référés n'a pas le pouvoir de se prononcer sur l'imputabilité de la rupture d'un contrat de travail (Soc., 13 avril 2010, pourvoi n° 08-45.112), il résulte de l'article R1455-6 du code du travail qu'il peut néanmoins, même en l'absence de dispositions l'y autorisant, ordonner la poursuite des relations contractuelles en cas de violation d'une liberté fondamentale par l'employeur : en ce sens pour une atteinte au droit d'agir en justice; Soc. 6 février 2013 pourvoi n°11-11.740 et s. Publié cf infra.

La Cour de cassation exerce un contrôle lourd sur le trouble manifestement illicite et, par conséquent, l'application de la règle de fond méconnue (Ass. plèn., 28 juin 1996, pourvoi n° 94-15.935, Bulletin 1996 A P N° 6 ;Soc., 19 février 2002, pourvoi n° 01-40.527, Bull 2002, V, n° 71 et Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-17.177 pour la réintégration d'un salarié protégé dont l'autorisation de licenciement est inexistante ou annulée, Soc., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-24.350 pour un salarié licencié pour avoir dénoncé des faits de harcèlement moral sans que la mauvaise foi soit établie et Soc., 8 mars 2017, pourvoi n° 15-26.916 pour le licenciement d'un salarié gréviste, le juge des référés devant rechercher l'existence d'une faute lourde pouvant justifier la rupture.

Les constatations entourant les circonstances des faits justifiant la licenciement :Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-15.839 et Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-17.177 précité

La chambre sociale reconnaît au salarié le droit d'ester en justice contre son employeur. L'exercice de ce droit ne peut être une cause de licenciement : Soc. 7 juillet 2004 pourvoi n°02-42.821.

Comme pour toute liberté, la limite à l'exercice du droit d'agir en justice est son abus ou la mauvaise foi qui peut donner lieu à réparation :Ch mixte 6 septembre 2002 pourvoi n°98-14.397, Bull V n°5 et au rapport annuel et Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-13.829

Le droit d'agir en justice est reconnu comme étant une liberté fondamentale protégée par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif au droit à un procès équitable. Il a été consacré par la Cour européenne des droits de l'homme : notamment CEDH 21 février 1975 Golder c. Royaume-Uni, Req n° 4451/70 et CEDH, Grande Chambre., 29 juin 2011, Sabeh El Leil c. France, Req. n° 34869/05) ;

En droit interne, le droit au juge est un droit constitutionnel garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

La chambre sociale dit qu'un licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié est nul en ce qu'il porte atteinte à une liberté fondamentale:

Soc., 16 mars 2016, pourvoi n°14-23.589, Bull. 2016, V, n° 50 et au rapport annuel : Vu les articles L. 1221-1 du code du travail et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu qu'est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Z... a été engagé, selon contrat à durée déterminée du 1er juillet 2009, par la société Areva T & D production en qualité de technicien sur ligne de production puis d'approvisionneur gestionnaire ; qu'avant le terme de ce contrat il a été engagé le 29 décembre 2010 par la société Panda services en qualité de gestionnaire approvisionneur de production et mis à la disposition de la société Areva T & D production, dont l'activité a été reprise par la société Schneider electric protection et contrôle ; qu'il a conclu le 29 juin 2011 avec cette société un contrat à durée déterminée portant sur le même poste et ayant pour terme le 31 décembre 2012 ; que le salarié a saisi au fond la juridiction prud'homale aux fins notamment d'obtenir la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée ; que par ordonnance de référé du 20 décembre 2012, le conseil de prud'hommes de Montpellier a ordonné à l'employeur de maintenir le contrat de travail jusqu'à la décision à intervenir au fond ; que le 22 mars 2013, l'employeur a remis au salarié une lettre l'informant de ce qu'il accédait à sa demande de requalification de la relation de travail et le convoquant à un entretien préalable à un éventuel licenciement ; qu'il a licencié le salarié pour insuffisance professionnelle le 19 avril 2013 ;

Attendu que pour débouter le salarié de ses demandes principales tendant à la nullité du licenciement, à sa réintégration et au paiement de sommes à titre de salaire et de dommages-intérêts pour absence d'exécution de bonne foi du contrat de travail, l'arrêt retient, d'abord que si l'ordonnance de référé du 20 décembre 2012 avait prévu, à titre de mesure conservatoire, que la société devait sous astreinte, maintenir le contrat de travail de M. Z... jusqu'à décision au fond à intervenir du bureau de jugement concernant la demande en requalification des relations contractuelles en contrat à durée indéterminée, les conditions de cette ordonnance ont été respectées durant l'instance de sorte que les dispositions de celle-ci ont épuisé leurs effets et que les droits fondamentaux de ce salarié ont été respectés, ensuite que la réintégration après le licenciement d'un salarié ne bénéficiant pas d'une protection légale ne peut être ordonnée en l'état de la législation et que les droits fondamentaux du salarié n'ont pas été compromis par la volonté unilatérale de l'employeur de mettre fin au contrat à durée indéterminée dans les conditions de forme prévues par la loi avec l'énonciation d'un motif précis par une lettre alors en effet que tout contrat à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'un ou l'autre des cocontractants sauf à répondre d'un abus par la sanction de dommages intérêts ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses énonciations que l'employeur n'avait pas, en licenciant le salarié le 19 avril 2013, respecté les dispositions de l'ordonnance de référé qui prescrivaient la poursuite du contrat de travail jusqu'à intervention de la décision au fond du conseil de prud'hommes, prononcée le 23 juillet 2013, la cour d'appel, qui s'est abstenue de rechercher si l'employeur avait utilisé son pouvoir de licencier en rétorsion à l'action en justice du salarié, a violé les textes susvisés ; “

Et encore : Soc., 21 septembre 2016, pourvoi n°15-10.263 “Et attendu qu'après avoir procédé à la recherche prétendument omise, la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur avait utilisé son pouvoir de licencier en rétorsion à l'action en justice introduite par le salarié, a décidé à bon droit que le licenciement était nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale ;”

En ce qui concerne la charge de la preuve du lien entre l'action en justice introduite par le salarié et le licenciement prononcé, la chambre a édicté un régime probatoire spécifique en énonçant une présomption qu'il appartient à l'employeur de combattre utilement lorsqu'il apparaît que le non renouvellement ou la rupture du contrat de travail est illicite :

Soc. 6 février 2013 pourvoi n°11-11.740, 11-11.742 à 11-11.748 Bull V n°27, et au rapport annuel : dans cet arrêt, des salariés avaient saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification de leur contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Peu après cette action, l'employeur a notifié de manière anticipée la rupture des CDD et les salariés ont alors saisi le juge des référés pour obtenir leur réintégration dans leur emploi. La cour d'appel avait refusé cette possibilité retenant que le lien de causalité entre la rupture de la relation de travail et l'action engagée en vue de la requalification n'était pas établie par les salariés. Notre chambre a considéré que lorsque la rupture illicite du contrat de travail à durée déterminée fait suite à l'action en justice engagé par les salariés contre son employeur, c'est sur ce dernier que pèse la charge de la preuve : il appartient à l'employeur d'établir que sa décision de rupture illicite est justifiée des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice :

“ Vu les articles L. 1121-1, L. 1243-1, R. 1455-6 du code du travail, ensemble les articles 1315 du code civil et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu qu'il résulte de l'article R. 1455-6 du code du travail que le juge des référés peut, même en l'absence de disposition l'y autorisant, ordonner la poursuite des relations contractuelles en cas de violation d'une liberté fondamentale par l'employeur ; 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 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. V... et sept autres salariés de la société France télécom, engagés depuis plusieurs années dans le cadre d'une succession de contrats à durée déterminée, ont saisi, le 18 juin 2009, la juridiction prud'homale pour voir prononcer la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée ; que le 26 juin 2009, sur leur lieu de travail, un huissier a signifié à ces salariés la rupture anticipée de leur contrat pour le motif suivant : "surestimation de l'augmentation des flux d'appels clients due à une baisse plus importante que prévue du taux de réitération clients" ; qu'estimant que cette rupture intervenait en réaction à leur action en justice, les salariés ont saisi en référé la juridiction prud'homale pour faire cesser le trouble manifestement illicite et voir ordonner leur réintégration ; que le syndicat CGT FAPT Vaucluse est intervenu à l'instance ;

Attendu que pour rejeter leur demande, l'arrêt énonce que si une atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice peut être alléguée, c'est à la condition pour les salariés de rapporter concrètement la preuve que la rupture du contrat de travail était en réalité une mesure de rétorsion de la part de l'employeur découlant de la seule saisine de la juridiction ; que la preuve du lien de causalité entre la rupture et l'action en requalification ne peut résulter des seules modalités des démarches mises en oeuvre par l'employeur ou d'une décision de rupture anticipée du contrat à durée déterminée et qu'au

stade du référé, la prétention du caractère manifestement illicite de la mesure prise par l'employeur doit être indubitable, ce qui n'était pas le cas en l'espèce ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la rupture anticipée des contrats à durée déterminée qui ne reposait sur aucun des motifs prévus par l'article L. 1243-1 du code du travail, faisait suite à l'action en justice de chacun des salariés pour obtenir la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée, ce dont il résultait qu'il appartenait à l'employeur d'établir que sa décision était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par les salariés, de leur droit d'agir en justice, la cour d'appel qui a inversé la charge de la preuve a violé les textes susvisés ;“

et pour un licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse : Soc., 5 décembre 2018, pourvoi n° 17-17.687

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'engagé à compter du 21 mars 1995 par la Société d'édition de Canal plus en qualité de technicien conseil pour occuper en dernier lieu les fonctions de technicien supérieur responsable diffusion, M. W... a été désigné délégué syndical le 27 janvier 2004 et a exercé son mandat jusqu'en mai 2010 ; qu'à compter de 2009, il s'est plaint d'une différence de traitement ; que le 7 février 2013, il a saisi la juridiction prud'homale de demandes au titre d'une inégalité de traitement et d'une discrimination ; qu'il a été licencié pour insuffisance professionnelle par lettre du 28 mars 2013 ;

...

Sur le deuxième moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire le licenciement nul, d'ordonner la réintégration du salarié au poste de technicien supérieur responsable de diffusion, septième échelon, groupe VI, de le condamner à payer au salarié un salaire mensuel brut de 6 997,53 euros par mois du 1er mars 2017 jusqu'à sa réintégration effective, de dire que le salarié doit bénéficier du septième échelon, groupe VI depuis le mois d'octobre 2015, de le condamner à payer au salarié les salaires qu'il aurait dû percevoir depuis la fin du préavis jusqu'au 1er mars 2017 d'un montant de 275 555,18 euros, sauf à déduire les revenus de remplacement perçus durant cette période dont le salarié devra justifier auprès de la société, de le condamner à payer au salarié les sommes suivantes : 500 euros à titre de dommages-intérêts au titre de la perte de chance de valoriser les capitaux investis sur le compte PEE, 11 099,45 euros à titre de rappel de participation et d'intéressement pour les années 2014 et 2015, 7 113,99 euros à titre de rappel de participation et d'intéressement pour l'année 2016, et de confirmer le jugement l'ayant condamné à rembourser les indemnités chômage versées au salarié, alors, selon le moyen :

...

4°/ que l'application 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, suppose que le licenciement constitue une mesure prise par l'employeur du fait de cette action en justice ; qu'il incombe dès lors aux juges du fond de rechercher si le licenciement a été décidé par l'employeur en raison de l'action du salarié en appréciant les éléments de fait et de preuve versés aux débats par les parties sans que la charge de la preuve pèse spécialement sur l'employeur ; qu'en jugeant nul le licenciement de M. W... au prétexte qu'il incombait à l'employeur d'établir que sa décision était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice, sans qu'il ressorte de ses motifs que le licenciement constituait en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de l'action en justice du salarié, la cour d'appel a violé le principe susvisé, ensemble l'article 1121-1 du code du travail et l'article 1315 du code civil dans sa décision applicable au litige ;

Mais attendu d'abord qu'est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié, peu important que la demande du salarié soit non fondée ;

Attendu ensuite qu'ayant retenu que le licenciement pour insuffisance professionnelle était dépourvu de cause réelle et sérieuse et constaté qu'il faisait suite au dépôt par le salarié d'une requête devant la juridiction prud'homale tendant à voir reconnaître une situation d'inégalité de traitement ou de discrimination, la cour d'appel en a exactement déduit, sans méconnaître les règles de preuve, qu'il appartenait à l'employeur d'établir que sa décision était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice ;

Et attendu enfin, qu'ayant constaté que l'employeur se limitait à soutenir que les griefs invoqués au soutien du licenciement étaient antérieurs à la requête et qu'il serait trop facile pour un salarié de se prémunir d'un licenciement en saisissant les juridictions prud'homales, la cour d'appel a estimé qu'il ne rapportait pas la preuve qui lui incombe, en sorte qu'elle en a exactement déduit que le licenciement prononcé en réaction à l'action en justice introduite par le salarié était nul ;”

Cette décision est ainsi commentée par les éditions Francis Lefebvre, Actualités du 28 janvier 2019: “ *La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'en avoir déduit qu'il appartenait dès lors à l'employeur d'établir que sa décision était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice. En l'espèce, cette preuve n'était pas rapportée par l'employeur qui soutenait seulement que les griefs invoqués au soutien du licenciement étaient antérieurs à l'action en justice du salarié.*

Les juges semblent appliquer ici une sorte d'aménagement de la charge de la preuve au profit du salarié, comparable à celle existant en matière de discrimination : l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement suivant de peu l'action en justice du salarié laisserait supposer que cette action en justice est la véritable cause du licenciement, de sorte qu'il reviendrait à l'employeur d'en apporter la preuve contraire.”

Pour autant, la chambre sociale n'a jusqu'à présent pas consacré une présomption de lien entre un licenciement et une action prud'homale précédemment introduite par le salarié au seul motif d'une proximité de dates entre l'un et l'autre. Ainsi, dans un arrêt publié, elle a rejeté un pourvoi formé par un salarié qui développait un tel moyen, la chambre rappelant 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 :

Soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 17-24.773 en cours de publication :

“Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de dire son licenciement justifié et de rejeter l'ensemble de ses demandes à ce titre, alors, selon le moyen :

1°/ que lorsque le licenciement intervient concomitamment à la saisine du conseil de prud'hommes par le salarié, 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'à défaut, le licenciement est nul ; qu'en déboutant le salarié de sa demande en

nullité du licenciement qui a suivi sa saisine du conseil de prud'hommes, au motif qu'il n'apportait pas la preuve de ce que les événements du 29 septembre 2011 qui ont motivé son licenciement avaient eu pour origine son action prud'homale, quand il bénéficiait d'une présomption à cet égard qu'il appartenait à l'employeur de renverser en apportant la preuve contraire, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil, l'article L. 1221-1 du code du travail et l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ qu'en jugeant qu'aucun élément ne permettait de rattacher les événements du 29 septembre 2011 à la procédure prud'homale qu'il venait d'initier à l'encontre de son employeur, sans avoir recherché si, comme le salarié le soutenait dans ses conclusions d'appel, la société ASSU 2000 n'avait pas soudainement évoqué de prétendues difficultés commerciales de l'agence depuis 2008, sans aucune remarque ni rappel à l'ordre préalable, le mois précisément où le salarié avait réalisé le meilleur chiffre commercial des agences de son secteur, ce qui était de nature à établir que l'incident et la décision de le licencier était en lien avec la procédure prud'homale récemment initiée par le salarié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1221-1 du code du travail et 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu 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 ;

Et attendu que la cour d'appel a constaté, d'une part, que les faits invoqués dans la lettre de licenciement étaient caractérisés, et, d'autre part, procédant implicitement mais nécessairement à la recherche prétendument omise, que le déplacement à l'agence de deux supérieurs hiérarchiques avait pour but de trouver une solution concernant les mauvais résultats commerciaux de l'agence, lesquels étaient établis par la production d'extraits informatiques, ce dont il résultait que le salarié ne démontrait pas l'existence d'éléments permettant de rattacher les événements du 29 septembre 2011 à la procédure prud'homale précédemment engagée ; “

La chambre a ainsi étendu au cas du licenciement une solution précédemment dégagée dans un cas un peu différent du non renouvellement d'un contrat à durée déterminée ultérieurement requalifié en contrat à durée indéterminée, la rupture du contrat de travail n'étant pas illicite puisque l'employeur s'était borné à ne pas engager la salariée à l'entrée d'une nouvelle saison :

Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-20.460, Bull. 2017, V, n° 146

Vu les articles L. 1245-1 et L. 1245-5 du code du travail et l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que l'employeur, qui, à l'expiration d'un contrat de travail à durée déterminée ultérieurement requalifié en contrat à durée indéterminée, ne fournit plus de travail et ne paie plus les salaires, est responsable de la rupture qui s'analyse en un licenciement et qui ouvre droit, le cas échéant, à des indemnités de rupture sans que le salarié puisse exiger, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, sa réintégration dans l'entreprise ;

Attendu que pour dire que l'interruption de la relation de travail du fait de l'employeur s'analyse en un licenciement nul et ordonner la réintégration de la salariée et le paiement de sommes à titre de rappels de salaire et de congés payés, l'arrêt retient qu'il est indéniable que la salariée, qui bénéficiait depuis plus de neuf ans, régulièrement et chaque année, de contrats à durée déterminée pour des tâches d'agent

de service thermal, n'a pas été renouvelée dans cette mission en 2015, qu'il convient de constater le refus par l'employeur d'embaucher à nouveau la salariée autrement que conformément à ses propres critères et non pas comme précédemment, utilisant ainsi son pouvoir de licencier afin d'imposer sa propre solution dans le litige qui les opposait et qui n'avait pas été définitivement tranché, alors même qu'il n'est argué d'aucun motif par l'employeur pour ne pas garder cette salariée à son service en 2015, que ces circonstances constituent des éléments permettant de présumer un lien de causalité entre l'action en justice et la rupture intervenue en 2015 par l'absence de conclusion d'un contrat à durée déterminée entre les parties comme elles l'avaient précédemment fait, sans que l'employeur ne donne une explication plausible à l'absence de relations de travail en 2015, autre que celle relative à l'absence de signature d'un contrat de travail à la condition pour la salariée de se désister de sa demande en requalification, cette attitude étant manifestement destinée à dissuader la salariée et, le cas échéant, ses collègues, d'ester en justice pour réclamer la requalification de son contrat de travail en contrat à durée indéterminée, le contrat proposé lui étant moins favorable, et à échapper, en ce qui concerne l'employeur, aux conséquences de cette requalification, qu'un tel comportement illustre une violation manifeste d'une liberté fondamentale de la salariée, résultant notamment de l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme, que l'employeur ne démontre pas que sa décision a été prise pour des motifs étrangers à toute violation de la liberté fondamentale considérée ;

Qu'en statuant ainsi, en posant une présomption, alors qu'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 cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés ; " la chambre cassant ainsi un arrêt ayant ordonné la réintégration du salarié.

L'arrêt du 5 décembre 2018 est également commenté de la manière suivante en doctrine : Dans la revue *Semaine Sociale Lamy*, N° 1845, 21 janvier 2019 "*Licenciement en repréailles à une action en justice, la Cour de cassation maintient le cap*", Sébastien Tournaux, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux, estime que la Cour de cassation maintient le cap par cet arrêt qui confirme l'arrêt du 6 février 2013 précité, "*C'est ce raisonnement que l'arrêt sous examen transpose au licenciement consécutif à une action judiciaire.*" ... "*Concrètement, lorsqu'un salarié est licencié après avoir introduit une action en justice, il lui appartient en principe de démontrer le lien entre le licenciement et cette action. L'existence d'une cause réelle et sérieuse laisse présumer que l'action en justice n'est pas la cause du licenciement. La charge de la preuve s'inverse toutefois et pèse sur l'employeur lorsque le licenciement « fait suite au dépôt » par le salarié d'une requête devant le conseil de prud'hommes et qu'il est jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse. L'absence de cause réelle et sérieuse laisse l'acte sans justification apparente et la concomitance, condition que l'on peut déduire du mot « suite », fait suspecter que l'action en justice en est la véritable cause. L'appréciation de cette chronologie devrait être particulièrement délicate pour les juges du fond.*

D'un côté, on peut estimer qu'une proximité temporelle est nécessaire - moins de deux mois en l'espèce - pour que l'on puisse présumer que l'action est la cause immédiate du licenciement. D'un autre côté, les délais de jugements prud'homaux sont parfois très longs et la relation contractuelle peut lentement s'envenimer. Un licenciement intervenant un an après l'introduction de la requête et ne reposant pas sur une cause réelle et sérieuse peut lui aussi trouver sa cause profonde dans l'action en justice.

Reste à envisager comment l'employeur pourrait renverser cette présomption.

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, ...

On peut penser que seule la démonstration de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement permet à l'employeur de s'exonérer : s'il a une justification admissible, c'est que le licenciement n'est pas la conséquence de l'action en justice. Mais à ce stade du raisonnement, la difficulté d'établir la preuve d'un fait négatif se mue en véritable impossibilité. Faut-il rappeler, en effet, que les termes de la lettre de licenciement fixent les limites du litige (C. trav., art. L. 1235-2, al. 2) ? Le renversement de la charge de la preuve intervient si la cause de licenciement invoquée dans la lettre n'est pas réelle et sérieuse et l'employeur ne pourra pas en principe invoquer une autre justification devant le juge."

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. Deux issues sont alors envisageables. La première aboutirait à interdire à l'employeur de justifier d'une autre cause réelle et sérieuse de licenciement, sanctionnant ainsi de manière très sévère toute erreur de motivation de la lettre, même s'il est vrai que de nombreux moyens de parvenir à une motivation adéquate lui sont aujourd'hui offerts (par exemple la procédure de précision ou les lettres modèles). S'il n'y a pas lieu de s'émouvoir que le droit d'accès au juge soit fortement garanti et que l'employeur qui y porte atteinte soit sévèrement sanctionné, l'instauration d'une véritable présomption irréfragable de causalité entre licenciement et action, d'une présomption absolue de mauvaise foi, serait très contestable. La seconde, plus respectueuse des intérêts de chacun, mais au prix d'une torsion très importante des règles habituelles du droit du licenciement, consisterait à accepter que l'employeur puisse faire la preuve de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, sans lui faire produire tous ses effets. En raison de la circonscription des limites du litige par la lettre de licenciement, celui-ci serait jugé sans cause réelle et sérieuse, mais l'employeur pourrait échapper à son annulation puisqu'il démontrerait que la véritable justification de la rupture n'est pas l'action en justice introduite par le salarié."

Au cas particulier, la cour d'appel a écarté l'existence d'un trouble manifestement illicite par les motifs suivants :

"En l'espèce, M. X... soutient qu'en planifiant un contrôle inopiné à l'insu des travailleurs le 29 janvier à 5h30 du matin, alors qu'elle n'avait formulé depuis deux ans aucune observation à cet égard ni de consigne visant à interdire cette pratique et alors que deux actions en justice étaient en cours, la société Coved avait manifestement eu pour intention de mettre fin au contrat de travail à raison des actions de justice intentées.

Cependant, il sera relevé, d'une part, que les actions en justice engagées et en cours portaient sur la question du lieu de pause, soit sur une question sans rapport avec le motif de licenciement, d'autre part, que la lettre de licenciement ne contenait pas de référence à l'action en justice, que la procédure de licenciement a 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, enfin, que pour avoir été inopiné, le contrôle terrain n'en était pas moins une pratique dans l'entreprise, pratique dont la déloyauté n'est pas en l'état manifeste s'agissant de celui du 29 janvier.

En cet état, la seule contemporanéité d'une action en justice exercée par le salarié et d'une mesure de licenciement qui ne présente pas de caractère manifestement illicite ne fait pas présumer que celle-ci procède d'une atteinte à la liberté fondamentale d'agir. "

La chambre devra apprécier si l'arrêt encourt les griefs du moyen.

