HAL
open science

Action en justice et mesures de rétorsion

Laurène Gratton, Olivier Leclerc

To cite this version:

Laurène Gratton, Olivier Leclerc. Action en justice et mesures de rétorsion. Revue de droit du travail, 2014, 5, pp.321-329. halshs-00996565

HAL Id: halshs-00996565

https://shs.hal.science/halshs-00996565

Submitted on 5 Oct 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Action en justice et mesures de rétorsion

par Laurène Gratton, professeur à l'Université Jean Monnet, Saint-Etienne (CERCRID, UMR 5137)
et
Olivier Leclerc, chargé de recherche au CNRS, Université Jean Monnet, Saint-Etienne (CERCRID, UMR 5137)

paru in *Revue de Droit du travail*, n° 5, 2014, pp. 321-329

Introduction

Concilier l'action en justice des salariés et le maintien du rapport d'emploi est chose délicate[1]. Preuve, si l'on peut dire, de cette difficulté : l'essentiel des actions devant les conseils de prud'hommes sont engagées après la rupture du contrat de travail[2]. Même si rien ne l'exclut en principe, rares sont donc les cas dans lesquels un salarié agit en justice contre son employeur, alors que le contrat de travail continue de s'exécuter, ou témoigne, dans le cadre d'une telle action, à l'encontre de son employeur. La crainte de subir des mesures de rétorsion de la part de son employeur peut, à l'évidence, dissuader le salarié de défendre ses droits en justice ou de concourir à la réunion des preuves nécessaires au succès de l'action d'un autre salarié.

On comprend, dans un tel contexte, l'importance que prennent plusieurs arrêts récents de la Cour de cassation qui ont déclaré nulles les mesures prises par l'employeur en réaction à l'action d'un salarié en justice[3], à son témoignage en justice[4], ou encore suite à un désaccord avec le salarié sur les conséquences à tirer d'une précédente décision de justice[5]. Ces décisions contribuent à dessiner un espace de protection des salariés contre les mesures de rétorsion de leur employeur liées à une action en justice ou à ses suites. Ce faisant, elles garantissent l'effectivité du droit d'accès au juge des salariés exposés à subir, dans le rapport d'emploi, des conséquences négatives du fait de l'exercice d'une action ou de la formulation d'un témoignage en justice.

Cette protection contre les mesures de rétorsion prises par un employeur en cas d'action en justice peut être lue comme une conséquence du caractère fondamental reconnu au droit d'agir en justice[6].

---

1 Une première version de ce texte a été présentée lors du séminaire doctoral d'écriture de Goutelas, en mars 2014. Nous remercions les participants à ce séminaire pour leurs remarques et leurs critiques.

2 M. Guillonneau et E. Serverin, *L'activité des conseils de prud'hommes de 2004 à 2012, Continuité et changements*, Ministère de la justice, DACS, Pôle d'évaluation de la justice civile, p. 7 : en ne considérant que les salariés « ordinaires », les auteures de l'étude relèvent que 98 % des salariés qui saisissent un conseil de prud'hommes le font après rupture de leur contrat de travail. V. aussi Brigitte Munoz-Perez et E. Serverin, *Le droit du travail en perspective contentieuse (1993 à 2003)*, Ministère de la justice, DACS, Cellule « Études et Recherches », 2005 , spéc. p. 28.

3 Cass., Soc., 6 févr. 2013, *Dr. Soc.*, 2013, 415, note J. Mouly ; *RDT*, 2013, p. 630, obs. P. Adam ; *Sem. Soc. Lamy*, 2013, *Procédures*, n° 4, 2013, comm. 107, obs. A. Bugada.

4 Cass., Soc., 29 oct. 2013, *Dr. Soc.*, 2014, p. 81, obs. J. Mouly ; *JCP*, ed. S, 2014, 1061, note B. Bossu ; *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, n° 258, 2013, p. 522, obs. J. Icard ; *Lexbase*, ed. Soc., n° 547, 2013, obs. Ch. Radé.

5 Cass., Soc. 9 oct. 2013, *Dr. Soc.*, 2013, p. 1055, note J. Mouly ; *RDT*, 2014, p. 58, obs. V. Orif ; *JCP*, ed. S, 2013, 1456, note A. Bugada ; *Sem. Soc. Lamy*, n° 1603, 2013, p. 12, note Ph. Florès.

6 Cf. D. Bandrac, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en*

Ces décisions ont toutes été rendues au visa de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Et l'on sait que la Cour européenne des droits de l'homme avait proclamé le droit d'accès à un tribunal comme étant « inhérent au droit proclamé par l'article 6 § 1 »[7]. Une décision de l'employeur défavorable au salarié agissant en justice ne pourrait, par conséquent, que nuire à l'effectivité de ce droit. De la même manière, dès lors que la preuve en justice constitue un corollaire du droit d'agir[8], on concevrait mal que l'employeur puisse valablement prendre une mesure de rétorsion contre un salarié qui témoignerait en justice. La consécration, là encore sous le visa de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'un droit à la preuve[9] porte en germe la nécessité de protéger le salarié qui fournit une preuve en justice. De ce point de vue, on soulignera l'importance de l'affirmation par la Cour de cassation d'une « liberté fondamentale de témoigner »[10], formule qu'elle n'avait pas employée auparavant, et qu'elle rattache à « la garantie d'une bonne justice ».

Les arrêts rendus par la Cour de cassation visent des situations dans lesquelles l'employeur a exercé une rétorsion à l'encontre d'un salarié ayant agi en justice ou fourni un témoignage en justice. Les rapports de travail constituent vraisemblablement le foyer principal de ce type de mesure, en raison notamment de l'existence du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Mais la généralité de la formule autorise à penser que la solution pourrait valoir tout autant dans des circonstances autres que celles découlant d'un rapport d'emploi, dans lesquelles des rétorsions pourraient être exercées par un contractant contre un autre suite à la survenance d'un litige les opposant. Si elle se confirmait, cette impression viendrait conforter une évolution en faveur d'un encadrement étroit des mesures de rétorsion en cas d'action en justice (I), conduisant à s'interroger sur la manière de caractériser les mesures de rétorsion (II).

I- La protection des salariés contre les mesures de rétorsion liées à une action en justice

Un ensemble de décisions de justice et d'évolutions législatives ont en commun de faire échec aux éventuelles mesures de rétorsion prises par un employeur à l'encontre d'un salarié qui aurait agi en justice, ou qui aurait livré dans le débat judiciaire des informations défavorables à l'employeur. Mais discerner une vague de fond ne renseigne ni sur son étiage, ni sur son point haut : si un mouvement se dessine indubitablement (A), son amplitude reste incertaine (B).

A- Les acquis

La protection des salariés contre les mesures de rétorsion liées à une action en justice découle aussi bien la jurisprudence de la Cour de cassation (1), que de textes législatifs récents (2).

(1) Au gré des hypothèses contentieuses, la Cour de cassation dessine, touche après touche, les contours d'une protection pour les salariés agissant en justice ou témoignant dans ce cadre. Une première hypothèse concerne les mesures prises par un employeur contre un salarié qui l'a attrait en

l'honneur de Roger Perrot, Paris, Dalloz, 1996, p. 1.

7 CEDH, 21 févr. 1975, série A, n° 18, *Golder c. Royaume-Uni*.

8 G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in Ch. Perelman et P. Foriers, *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 277-301 ; X. Lagarde, « Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change », *JCP*, ed. G., 2005, I, 133 ; A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2010.

9 Cass. civ. 1e, 5 avr. 2012, n° 11-14.177, *D*. 2012, 1596, note G. Lardeux et 2826, obs. J.-D. Bretzner ; *Lexbase Hebdo*, n° 506, 22 nov. 2012, obs. E. Vergès ; *RTD civ*. 2012. 506, obs. J. Hauser.

10 Cass., Soc., 29 oct. 2013, *préc*.

justice. La Cour de cassation a ainsi considéré que constituait une violation de la liberté fondamentale d'agir en justice le fait pour un employeur de rompre avant terme le CDD d'un salarié, alors que ce dernier avait demandé en justice la requalification de cette relation de travail en CDI[11]. Au visa de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation estime que le juge des référé peut, dans ce cas, « même en l'absence de disposition l'y autorisant », ordonner la poursuite des relations contractuelles. Cette décision avait été perçue par Jean Mouly comme le signe d'une « avancée spectaculaire, pour les salariés en litige avec leur employeur, de leur droit d'accéder à un juge »[12]. Elle devait être très vite confortée par d'autres arrêts de la Cour de cassation.

Les solutions acquises sur le fondement de la liberté fondamentale d'agir en justice se prolongent, en effet, logiquement sur le terrain de la preuve. Un deuxième groupe de décisions concerne la contribution du salarié à la réunion d'éléments de preuve défavorables à l'employeur dans un litige qui l'oppose à un autre salarié. Il était déjà acquis que ces preuves sont en principe recevables en justice[13] et que la formulation d'un témoignage n'est pas, sauf abus, fautif de la part du salarié[14]. Un arrêt du 29 octobre 2013 est venu conforter de manière remarquable la position des salariés témoignant en justice à l'encontre de leur employeur. Un salarié avait été licencié pour faute grave pour avoir rédigé une attestation destinée à être produite dans le cadre d'un litige prud'homal concernant un autre salarié – et considérée par l'employeur comme mensongère – et pour avoir informé des collègues de travail de cette démarche. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui avait refusé de faire droit à la demande d'annulation du licenciement formulée par le salarié, et ce au visa des articles 6 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté fondamentale de témoigner, garantie d'une bonne justice, le licenciement prononcé en raison du contenu d'une attestation délivrée par un salarié au bénéfice d'un autre est atteint de nullité, sauf en cas de mauvaise foi »[15]. La seule limite posée par la Cour de cassation concerne le cas dans lequel le salarié aurait fait preuve de mauvaise foi, autrement dit s'il avait conscience de l'inexactitude de ses affirmations[16]. C'est alors la profération d'allégations sciemment mensongères qui expose le salarié au licenciement et non, en lui-même, le fait d'avoir témoigné en justice. Pour cette raison, la Cour de cassation prend soin de préciser que c'est la prise en compte du « *contenu* d'une attestation » pour prononcer un licenciement qui heurte la liberté fondamentale de témoigner[17] : ce n'est que si ce contenu est mensonger – en connaissance de cause, donc – que le salarié pourra être licencié, *de ce fait* et non du fait du témoignage. Cette circonstance exposerait, en outre, sur un tout autre terrain, le salarié au risque de se voir reprocher un faux témoignage (art. 434-13 C. pénal).

11 Cass., Soc., 6 févr. 2013, *préc*.

12 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 (*préc*.).

13 La Cour de cassation juge recevables les attestations établies par un salarié qui avait représenté l'employeur lors de l'entretien préalable au licenciement d'un autre salarié, que ces attestations soient favorables au salarié licencié et qu'elles contredisent donc les positions adoptées par l'auteur du témoignage (qui agissait alors dans le cadre des instructions reçues de l'employeur) lors de l'entretien préalable (Cass., Soc., 4 avr. 2006, *JCP*, ed. S, 2006, 1407, obs. C. Puigelier), ou qu'elles soient, au contraire, favorables à l'employeur, et sans que l'interdiction de se constituer une preuve à soi-même y fasse obstacle (Cass., Soc., 23 oct. 2013, *JCP* ed. S, 2013, 1494, obs. V. Bardin).

14 Cass., Soc., 23 nov. 1994, Bull. Civ. V, n° 308 : « le témoignage en justice d'un salarié ne peut, sauf abus, constituer ni une faute ni une cause de licenciement ».

15 Cass., Soc., 29 oct. 2013, *préc*.

16 Rappr. Cass., Soc., 7 févr. 2012, *Sem. Soc. Lamy*, 2012, n° 1527, obs. P. Adam ; *JCP*, ed. S, 2012, 1195, note D. Corrignan-Carsin.

17 Comp. sur ce point J. Icard, « Protection du droit de témoigner en justice », *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, n° 258, 2013, p. 522.

Enfin, un troisième groupe de décisions concerne l'exécution d'une décision de justice dans un litige ayant opposé l'employeur et un salarié. Ainsi, après qu'un conseil de prud'hommes avait requalifié des CDD successifs en CDI, un désaccord était né entre les parties sur les modalités d'exécution de cette décision de justice, elle-même frappée d'appel, et l'employeur avait finalement licencié le salarié. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui avait débouté le salarié de ses demandes de nullité du licenciement, en énonçant, au visa de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que « le principe de l'égalité des armes s'oppose à ce que l'employeur utilise son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui les oppose »[18]. La solution est réaffirmée avec force le 18 décembre 2013, sous le visa du même texte, et en une formule générale : « l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme faisant partie intégrante du 'procès équitable' au sens [de l'article 6 Conv. EDH] ; qu'il en résulte que lorsqu'une décision, exécutoire par provision, ordonne la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, la rupture du contrat de travail intervenue postérieurement à la notification de cette décision au motif de l'arrivée du terme stipulé dans ledit contrat à durée déterminée est nulle »[19].

(2) Les évolutions jurisprudentielles qui viennent d'être décrites méritent d'être rapprochées des dispositions législatives qui déclarent nul le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice entreprise sur le fondement des dispositions relatives au principe de non-discrimination (art. L. 1134-4 C. trav.) ou à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (art. L. 1144-3 C. trav.). De même, l'arrêt du 29 octobre 2013, en ce qu'il protège le témoignage en justice, fait écho aux dispositions légales selon lesquelles aucun salarié ne peut faire l'objet d'une sanction ou d'une mesure discriminatoire pour avoir relaté ou pour avoir témoigné en justice d'une discrimination (art. L. 1132-3 C. trav.), de harcèlement (art. L. 1152-2 et L. 1153-3 C. trav.), d'un fait de corruption (art. L. 1161-1 C. trav.), de mauvais traitements ou de privations infligées à une personne accueillie dans des établissements et services sociaux et médico-sociaux (art. L. 313-24 du Code de l'action sociale et des familles), d'un risque grave pour la santé publique ou l'environnement (art. L. 1351-1 C. santé publ.), d'un délit ou d'un crime (art. L. 1132-3-3 C. trav.), de l'existence d'un conflit d'intérêts chez un membre du gouvernement ou un élu local (loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique, art. 25). Réserve faite du cas prévu par l'article L. 1351-1 du Code de la santé publique – qui vise la prévention d'un risque grave pour la santé publique ou l'environnement –, les « alertes » ainsi formulées portent sur la dénonciation de comportements illicites, et généralement objets de sanctions pénales. Le salarié ne peut être sanctionné pour les avoir dénoncées – même si la forme prise par la dénonciation[20] et ses destinataires[21] sont loin d'être indifférents –, ou pour en avoir témoigné en justice.

18 Cass., Soc. 9 oct. 2013, *préc*.

19 Cass., Soc. 18 déc. 2013, *Sem. Soc. Lamy*, n° 1616, 2014, p. 8, note Ph. Florès.

20 Encore faut-il pour le salarié veiller à ce que la dénonciation des faits ne présente par un caractère injurieux ou excessif (Cass., Soc., 25 janv. 2000, *RJS* 3/00, n° 259 ; Cass., Soc., 2 mai 2001, *RJS* 7/01, n° 832).

21 N'est pas fautive la dénonciation adressée à des autorités habilitées à la recevoir, par l'exemple l'inspecteur du travail (Soc. 14 mars 2000, *RJS* 4/00, n° 388) ou le procureur de la République (Cass., Soc., 12 juill. 2006, *Sem. soc. Lamy*, 2006, n° 1272, p. 11 ; *D*. 2006, IR. 2124). En revanche, suscite bien plus de difficultés le recours à la diffusion par voie de presse (Cass., Soc., 28 avr. 1988, *D.* 1988, jur., 437, note E. Wagner ; *Dr. Soc.*, 1988. 429, concl. H. Ecoutin, obs. G. Couturier), « dans une lettre adressée aux membres de la direction et du comité d'entreprise » (Cass., Soc., 21 juin 2006, *JCP*, ed. S, 2006, 1729, obs. L. Drai ; comp. la remise en mains propres au président directeur général de l'entreprise d'un pli portant la mention « confidentiel » : Cass., Soc., 8 nov. 2006, *Sem. soc. Lamy*, n° 1284, 2006, p. 12 ; *D*. 2007, pan., p. 686, obs. O. Leclerc), ou par l'affichage dans les locaux de l'entreprise (Cass., Crim., 3 avr. 2002, n° 01-86730).

Les décisions de justice et les dispositions législatives qui viennent d'être rapportées montrent, sans aucun doute, l'émergence d'une protection renforcée au bénéfice du salarié agissant en justice ou témoignant dans un procès où son employeur est partie. La portée de ce mouvement est, elle, plus incertaine.

B- Les prolongements

Au-delà des cas particuliers qui ont suscité les arrêts rapportés, mettre ces décisions en perspective invite, à partir des formules employées par les juges, à s'interroger sur les lignes de fuite qu'elles dessinent. Tout conduit à penser que les solutions consacrées jusqu'à présent pourraient avoir une portée plus vaste qu'il n'est donné de l'apercevoir aujourd'hui, tant concernant les mesures prises par l'employeur (1), que les mesures de rétorsion prises en dehors du rapport d'emploi (2).

(1) Toutes les mesures défavorables au salarié prises par l'employeur pourraient-elles être considérées comme des mesures de rétorsion et, partant, être annulées ? Peut-on, par exemple, envisager la nullité de la rupture d'une période d'essai lorsque celle-ci est consécutive à l'exercice d'une action ou d'un témoignage en justice par le salarié ? En dehors des hypothèses de rupture du contrat de travail, une sanction disciplinaire prise suite à cette action pourrait-elle être frappée de nullité ?

La Cour de cassation, à l'évidence, n'entend pas adopter une position restrictive. Alors que les articles L. 1134-4 et L. 1144-3 du Code du travail ne visent que l'hypothèse du licenciement dans les domaines de la non-discrimination et de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, la Cour de cassation n'a pas hésité pas à affirmer la nullité d'une autre mesure (la rupture anticipée d'un CDD) décidée par un employeur dans d'autres circonstances que celles prévues par la loi (à la suite d'une demande de requalification de la relation contractuelle en CDI)[22]. De la même manière, la consécration par l'arrêt du 29 octobre 2013 d'une « liberté fondamentale de témoigner » va bien au-delà des cas de figure pour lesquels la loi prévoit expressément une protection des salariés qui auraient relaté ou témoigné de certains faits[23]. Un salarié qui témoigne en justice peut ainsi bénéficier d'une protection contre les mesures de rétorsion prises par son employeur, sous la seule réserve de la mauvaise foi, peu important que les faits dont il témoigne soient ceux envisagés expressément par un texte législatif ou non.

Cette position favorable à une protection effective du droit au juge est confortée par les dispositions du droit de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dernière a retenu une conception large des types de mesures qui peuvent constituer une rétorsion. Dans une affaire où l'employeur refusait de délivrer à une salariée une attestation de travail, en réaction à la décision de cette salariée d'agir en justice en vue d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement[24], la Cour a estimé qu'il n'y avait pas lieu de retenir l'argument mis en avant par le Gouvernement du Royaume-Uni, selon lequel l'article 7 de la directive du Conseil 76/207/CEE n'oblige expressément les États membres à prendre les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs que contre le licenciement. En effet, pour la Cour, « eu égard à l'objectif poursuivi par la directive, qui est de parvenir à une égalité des chances effective entre hommes et femmes, *et au caractère fondamental du droit à une protection juridictionnelle effective*, on ne saurait, en l'absence d'une indication claire en sens contraire, déduire de l'article 7 de la directive

22 Cass., Soc., 6 févr. 2013, *préc*.
23 Sur ces différentes hypothèses légales, v. *supra*, A. 2.
24 CJCE, 22 sept. 1998, *Belinda Jane Coote c. Granada Hospitality Ltd*., aff. C-185/97.

l'intention du législateur de limiter la protection du travailleur contre les mesures décidées par l'employeur à titre de représailles au seul licenciement, qui, tout en constituant une mesure d'une gravité particulière, n'en constitue pas pour autant la seule mesure pouvant efficacement dissuader un travailleur d'user de son droit à une protection juridictionnelle. Parmi de telles mesures dissuasives figurent, notamment, celles qui, comme en l'espèce au principal, interviennent en réaction à une action introduite contre l'employeur et sont destinées à entraver les démarches du travailleur licencié dans sa recherche d'un nouvel emploi » (§ 27). Les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE confortent cette position, en imposant toutes deux, au titre de la protection contre les mesures de rétorsion, que les États membres prennent les mesures nécessaires pour protéger les personnes, non seulement contre le licenciement, mais aussi « contre tout traitement ou toute conséquence défavorable »[25] ou « tout autre traitement défavorable »[26], décidé par l'employeur « en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement ».

Dans la perspective ainsi tracée par le droit de l'Union européenne, il nous semble que « le caractère fondamental du droit à une protection juridictionnelle effective » justifie pleinement que la protection offerte aux salariés victimes de mesures de rétorsion consécutives à l'exercice d'une action en justice ou à la contribution à la réunion des preuves dans une action en justice s'étende à toute « mesure défavorable », et non au seul licenciement ou à la rupture anticipée d'un CDD en dehors des cas prévus par la loi.

(2) Le raisonnement suivi jusqu'à présent peut être encore prolongé : dès lors que le droit d'agir en justice est un droit fondamental, et dès lors qu'il existe, selon les termes de la Cour de cassation, « une liberté fondamentale de témoigner », il nous semble permis de penser que les solutions retenues à propos de salariés auraient vocation à s'appliquer à tout contractant victime de mesures de rétorsion par son co-contractant suite à l'exercice par le premier d'une action en justice contre le second. La solution est, en effet, fondée sur la nécessaire effectivité du droit d'agir en justice, et non sur la situation particulière de subordination juridique qui caractérise le rapport d'emploi. On notera, du reste, que les textes législatifs récents qui protègent contre les mesures de rétorsion les personnes qui témoignent de certains faits ne visent pas les seuls salariés, mais toute « personne »[27], ou concernent également les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions.

L'enjeu pourra apparaître particulièrement fort dans les rapports contractuels qui se marquent par des relations suivies, parfois qualifiés de « contrats relationnels »[28], et plus encore lorsque l'un des contractants se trouve dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de son partenaire. Ne faut-il pas admettre, par exemple, que pourrait être frappée de nullité la décision de non-renouvellement d'un contrat de concession décidée par le concédant en raison de l'action en justice du concessionnaire à son encontre ? De la même manière, dans les innombrables configurations contractuelles que prend l'entreprise « en réseau »[29], n'y a-t-il pas lieu de protéger les entités filiales contre des mesures de rétorsion prises par la société-mère en cas d'action en justice des premières ? En définitive, le droit d'agir en justice et la liberté fondamentale de témoigner ne seront effectifs que

25 Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, art. 9.

26 Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 11.

27 Les lois du 16 avril 2013 (*préc.*), du 11 octobre 2013 (*préc.*) et du 6 décembre 2013 (*préc.*) protègent toute « personne », et non les seuls salariés.

28 Cf. C. Boismain, *Les contrats relationnels*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

29 Cf. E. Peskine, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2008.

si la décision d'un contractant de rompre le contrat dans le seul but de faire échec à l'action en justice ou au témoignage de son co-contractant est susceptible d'être annulée. Il est alors déterminant de savoir si l'on a bel et bien affaire à une mesure prise en rétorsion de l'action ou du témoignage en justice.

II. Essai de caractérisation des mesures de rétorsion liées à une action en justice

La caractérisation des mesures de rétorsion repose sur la réunion de deux critères objectifs se rapportant au moment auquel la décision a été prise et à la justification qui la fonde (A). Néanmoins, certaines difficultés doivent être soulignées qui tiennent au fait que le contrôle de la justification des mesures de rétorsions pourrait aussi bien emprunter aux critères de contrôle des atteintes aux droits fondamentaux et au régime probatoire des discriminations (B).

A- La réunion de deux critères

Pour que la décision prise par l'employeur suite à l'action en justice ou au témoignage du salarié puisse être qualifiée de mesure de rétorsion, il faut pouvoir dire que la mesure a été prise dans l'unique dessein d'entraver l'exercice légitime[30] par le salarié de ces droits fondamentaux. En cela, le contrôle exercé est un contrôle des raisons d'agir de l'employeur ou, si l'on préfère, des motifs l'ayant conduit à décider cette mesure.

Or, les raisons d'agir ont un caractère psychologique, qui empêche de les établir en tant que telles et impose de déplacer l'objet de la preuve vers des circonstances matériellement vérifiables[31]. Le raisonnement est alors de type inductif et consiste à inférer de la réunion d'éléments objectifs l'existence d'une raison d'agir condamnable[32].

Les solutions étudiées, ainsi que les dispositions légales protégeant le salarié agissant ou témoignant en justice, révèlent que la caractérisation de la mesure de rétorsion repose sur la réunion de deux critères. Le premier est d'ordre chronologique (1) et le second tient à l'absence de justification de la mesure litigieuse (2).

(1) L'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice ou de témoigner ouvre une séquence temporelle au cours de laquelle il est des raisons de penser qu'une décision de rupture du contrat de travail a pu être prise dans le seul but d'entraver l'exercice de ces droits[33]. Au cours de cette période, que l'on peut qualifier de « suspecte », la caractérisation d'une mesure de rétorsion suppose donc de constater la proximité temporelle entre la mesure litigieuse et l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice ou de témoigner. Cette chronologie constitue, en quelque sorte,

30 Rappelons-le, le salarié ne bénéficie pas de cette protection lorsque son témoignage est donné de mauvaise foi. Il en va sans doute de même si l'action en justice présente un caractère abusif. Seul l'exercice légitime d'un droit fondamental mérite d'être protégé.

31 Sur la preuve des « faits psychologiques », v. M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002 [1992], pp. 159 et s.

32 Rappr., dans un autre contexte, P. Lokiec, « La sanction disciplinaire déguisée », *RDT* 2012, p. 145. Dans un mouvement d'objectivation de la caractérisation de la sanction disciplinaire, l'auteur propose de substituer au critère subjectif fondé sur le mobile de l'employeur, deux critères objectifs tenant à l'existence d'une faute et d'une mesure prise « à la suite » de cette faute.

33 En ce sens, J. Mouly, *Dr. soc.* 2013, p. 415, note préc. Selon l'auteur, « il existe donc, par hypothèse, entre l'action en justice et le licenciement, une coïncidence temporelle qui rend incontestablement suspecte la décision patronale ».

un fait troublant qui autorise à soupçonner la mesure patronale d'être une riposte à l'exercice par le salarié de son droit fondamental. Cette dimension temporelle de la caractérisation des mesures de rétorsion est attestée par les formules employées par le législateur (art. L. 1134-4 C. trav. ; art. L. 1144-3 C. trav.) et par la Cour de cassation dans l'arrêt du 6 février 2013, lesquelles évoquent la rupture du contrat « *faisant suite à* » une action en justice engagée par le salarié.

(2) Cependant, toute mesure prise par l'employeur suite à l'action en justice ou au témoignage du salarié n'est pas nécessairement une mesure de rétorsion. Rien n'exclut, en effet, que l'employeur ait eu de bonnes raisons de rompre le contrat. L'existence d'une raison d'agir illicite ne saurait être inférée de la seule proximité temporelle entre cette décision et l'exercice par le salarié de l'un de ses droits fondamentaux. C'est la raison pour laquelle la caractérisation de la mesure de rétorsion doit conduire à vérifier, lorsque le critère chronologique est rempli, si la mesure litigieuse n'est pas par ailleurs justifiée.

Ainsi, le législateur déclare nul le licenciement faisant suite à l'action engagée par le salarié en vue d'obtenir le respect des principes de non-discrimination et d'égalité professionnelle mais seulement « lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse » (art. L. 1134-4 C. trav ; art. L. 1144-3 C. trav.). De même, la Cour de cassation prend soin de souligner, dans l'arrêt du 6 février 2013, que « la rupture anticipée des contrats à durée déterminée (…) ne reposait sur aucun des motifs prévus par l'article L. 1243-1 du code du travail ». Ces réserves tenant à la justification de la rupture sont impératives. Elles garantissent en effet la conciliation entre le droit fondamental du salarié d'agir en justice et le droit de résiliation unilatérale du CDI de l'employeur – qui a valeur constitutionnelle[34] –, ou son droit de rompre le CDD dans le cadre fixé par la loi. La seule coïncidence temporelle entre la rupture litigieuse et l'action en justice du salarié ne saurait priver l'employeur de son droit de rompre le contrat de travail.

Il n'est pas exclu, en effet, que la rupture du contrat à durée indéterminée soit motivée par une cause réelle et sérieuse ou que le CDD doive être rompu pour l'une des causes que la loi autorise. Sans entrer dans le détail de tous les motifs envisageables, l'on soulignera seulement que l'analyse de la justification de la rupture peut être ordonnée autour de deux hypothèses. En premier lieu, la cause de la rupture peut ne présenter aucun lien avec l'action en justice ou le témoignage du salarié. Il s'agit par exemple d'un licenciement pour insuffisance professionnelle ou d'une rupture du CDD pour inaptitude constatée par le médecin du travail. En second lieu, l'employeur pourrait avancer au soutien de la justification de la rupture du contrat, décidée suite à l'action en justice ou au témoignage du salarié, la protection d'intérêts pouvant être mis en balance avec l'exercice par le salarié de ses droits. L'on songe par exemple à la nécessité de protéger le secret des affaires ou des données stratégiques protégées par le secret-défense, intérêts que le témoignage du salarié pourrait, le cas échéant, mettre gravement en cause.

Prenant ainsi appui sur les deux critères que sont la succession des événements et l'absence de justification de la mesure litigieuse, le raisonnement suivi pour caractériser une mesure de rétorsion peut être rapproché du contrôle exercé par le juge lorsqu'il est allégué que la rupture d'un contrat de travail a été décidée dans le seul but de faire échec au transfert du contrat en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Cette intention frauduleuse sera caractérisée, et le licenciement privé

34 Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, JO 16 nov. 1999, cons. n° 61 : « *Considérant que, si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants* ».

d'effet, si la rupture est prononcée à l'occasion du transfert[35] et qu'elle ne repose pas sur un motif économique ou personnel réel et sérieux. Le cédant, comme le cessionnaire, conservent en effet le droit de rompre le contrat de travail dès lors que la rupture n'est pas destinée à éluder l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Dans un tout autre contexte, le raisonnement est également comparable à celui qui est à l'œuvre lorsque le juge a recours aux présomptions de l'article 1353 du Code civil pour établir un lien de causalité entre la vaccination contre le virus de l'hépatite B et les préjudices liés à l'apparition d'une sclérose en plaques. Les « *présomptions graves, précises et concordantes* » sur lesquelles le juge se fonde tiennent, d'une part, au constat de l'apparition des premiers symptômes de la maladie peu de temps après l'injection du vaccin et, d'autre part, à l'absence de toute autre cause pouvant expliquer cette maladie, au regard notamment des antécédents familiaux de la victime[36].

L'examen de la justification de la mesure litigieuse tient donc, aux côtés du critère chronologique, une place essentielle dans la caractérisation des mesures de rétorsion. Cette attention prêtée à la justification de la mesure est néanmoins source de difficultés.

B- Les difficultés liées au contrôle de justification de la mesure

Le rôle central que joue le contrôle de l'absence de justification dans la caractérisation de la mesure de rétorsion soulève deux séries de difficultés qui tiennent, d'une part, à la place laissée au contrôle fondé sur l'article L. 1121-1 du Code du travail (1) et, d'autre part, aux objections que suscite l'emprunt au régime probatoire des discriminations (2).

(1) Lorsqu'elle est caractérisée, la mesure de rétorsion destinée à entraver l'exercice par le salarié de son droit d'agir ou de témoigner peut être qualifiée d'atteinte aux droits fondamentaux consacrés à l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or, en raison précisément de cette atteinte, est acquise la « compétence normative »[37] de l'article L. 1121-1 du Code du travail ou, pour le dire autrement, la vocation de cette règle de droit à recevoir application dans le litige portant sur la validité de l'atteinte à un droit fondamental. Puisque l'article L. 1121-1 du Code du travail a bien vocation à s'appliquer, l'on pourrait s'étonner de ne pas trouver de trace, dans les arrêts étudiés, du contrôle de justification et de proportionnalité de la mesure de rétorsion prescrit par ce texte[38].

Soulignons, d'abord, que la mesure de rétorsion, si elle constitue bien une atteinte à un droit fondamental, est une atteinte d'un genre particulier car l'intention première de son auteur consiste dans la volonté même d'entraver l'exercice légitime de la liberté d'agir ou de témoigner en justice. Elle peut, à cet égard, être distinguée des autres figures de restrictions qui ont pour *effet* de porter atteinte aux libertés fondamentales du salarié sans que l'on puisse affirmer que c'est là la finalité qu'elles poursuivent. Ainsi, par exemple, l'employeur qui met en œuvre une clause contractuelle de mobilité géographique, alors que le salarié concerné supporte de lourdes charges familiales, n'est pas animé de la volonté d'entraver la vie personnelle et familiale. Il se trouve seulement que cette décision a pour effet, mais non pour objet, de porter atteinte au droit au respect de la vie familiale de l'intéressé. Tel n'est pas le cas ici de la mesure de rétorsion dont l'objet même est de sanctionner l'exercice de l'action en justice ou le témoignage.

35 Soc. 15 févr. 2006, n° 04-43.923, *Dr. soc.* 2006, p. 572, obs. A. Mazeaud ; Soc. 21 oct. 2009, n° 08-40. 584.
36 Civ. 1ère, 9 juill. 2009, n° 08-11.073 ; *JCP G* 2009, 13, note P. Sargos ; *RCA oct*. 2009, étude 13, Ch. Radé.
37 A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D*. 1990, p. 199, spéc. p. 203, n° 10.
38 L'article L. 1121-1 du Code du travail figure d'ailleurs au visa de l'arrêt du 6 février 2013.

Plus fondamentalement, ce sont les critères de qualification de la mesure de rétorsion elle-même qui rendent très malaisé un contrôle sur le fondement de l'article L. 1121-1 du Code du travail. On l'a vu, pour qu'une rupture du contrat décidée par l'employeur à la suite de l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice puisse être qualifiée de mesure de rétorsion, la rupture ne doit pas être justifiée par une cause que la loi autorise. Un contrôle de la justification de la mesure est donc déjà mené à ce stade. Cette condition, tenant à l'absence de justification de la mesure, exerce un pouvoir d'attraction tel qu'elle semble ne laisser aucune place au contrôle de justification qui aurait pu être mené sur le fondement de l'article L. 1121-1 du Code du travail[39].

(2) La mesure de rétorsion est caractérisée par la volonté de son auteur d'entraver l'exercice d'un droit fondamental, le droit d'agir en justice ou le droit de témoigner. Il s'agit donc d'une mesure reposant sur un motif illicite, ce qui la rapproche des mesures discriminatoires. L'on pourrait, dans cette perspective, estimer que la volonté d'entraver l'exercice légitime du droit d'agir et de témoigner en justice pourrait venir grossir les rangs des motifs illicites dont la liste est fixée à l'article L. 1131-1 du Code du travail. Du reste, il existe bien une certaine liaison entre l'interdiction des discriminations et la protection des libertés fondamentales, comme l'illustrent les décisions rendues récemment dans l'affaire Baby Loup[40].

La difficulté est évidemment, s'agissant d'une mesure de rétorsion comme dans l'hypothèse d'une mesure discriminatoire, de prouver que la rupture du contrat par l'employeur est bien une réaction à l'action en justice entreprise par le salarié ou à son témoignage. Les dispositions légales relatives à la preuve des discriminations – qui constitue un domaine où les raisons d'agir sont déterminantes[41] – répondent, on le sait, à cette difficulté de la manière suivante : d'une part, l'objet de la preuve ne porte pas sur les motifs discriminatoires en tant que tels mais sur des « *éléments de fait* laissant supposer l'existence d'une discrimination (...) » (art. L. 1134-1, al. 1 C. trav.) et, d'autre part, il incombe à la partie qui se voit reprocher la discrimination de « prouver que sa décision est justifiée par des *éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » (art. L. 1134-1, al. 2 C. trav.)[42]. L'on comprend donc pourquoi la Cour de cassation a voulu prendre appui sur ce modèle. Elle juge dans son arrêt du 6 février 2013, 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* ».

Toutefois, l'emprunt ainsi réalisé au régime probatoire des discriminations, appliqué en aval de la caractérisation d'une mesure de rétorsion, semble conduire à une impasse. En effet, l'on peine à

39 Sur l'exclusion de l'article L. 1121-1 du contrôle de la violation de certaines libertés fondamentales, v. B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2009, préf. A. Jeammaud, n° 177 et s.

40 Rappelons que dans l'arrêt rendu le 19 mars 2013, la Cour de cassation juge « qu'il résulte des articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché ». Ainsi que Jean Mouly l'a souligné, ces exigences empruntent tout autant aux dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail réglementant les atteintes aux libertés qu'à celles de l'article L. 1132-1 relatif aux mesures discriminatoires : v. J. Mouly, note sur Soc. 19 mars 2013, *D.* 2013, p. 963.

41 A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. Soc*., 2004, spéc. p. 695.

42 O. Leclerc, « Égalité des personnes et modes de preuve. À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations », in G. Borenfreund et I. Vacarie (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, spéc. pp. 91 et s.

concevoir que soit ouverte à l'employeur la possibilité de justifier la rupture par des « éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice » alors que ladite rupture est, par hypothèse, injustifiée. La rupture a été prononcée, pour ce qui concerne le CDD, en dehors des cas prévus par la loi ou constitue, s'agissant du CDI, un licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'application du régime probatoire des discriminations conduit donc à un raisonnement contradictoire : l'employeur est admis à justifier sa décision de rompre le contrat alors qu'il a déjà été établi, en amont de cette éventuelle démonstration, que cette même rupture est injustifiée.

L'on pourrait néanmoins comprendre cette possibilité laissée ouverte à l'employeur d'invoquer un motif objectif en prêtant attention à la conséquence qu'elle emporte sur le plan des sanctions de la mesure litigieuse. En effet, si l'employeur parvient à prouver que la mesure repose en réalité sur des motifs objectifs étrangers à la volonté d'entraver l'action en justice du salarié, celle-ci échappera à la nullité. S'agissant de la rupture anticipée d'un CDD, la mesure a été, par hypothèse, décidée en dehors des cas prévus par la loi. Toutefois, si l'employeur parvient à prouver qu'elle repose sur une autre cause, telle que l'insuffisance professionnelle du salarié par exemple, la sanction encourue ne sera pas la nullité de la rupture – l'employeur échappera ainsi à la réintégration du salarié qui en fait la demande –, mais le versement des indemnités applicables aux ruptures anticipées illégales (art. L. 1243-4 C. trav.).

Si l'explication est, à première vue, séduisante, elle se heurte, là encore, à la logique gouvernant la caractérisation de la mesure de rétorsion. En raison des deux éléments constitutifs de ce type de mesures tenant, d'une part, au critère chronologique et, d'autre part, à l'absence de justification de la mesure, il est bien difficile d'affirmer que la mesure de rétorsion est caractérisée et, dans le même temps, d'admettre qu'elle puisse être justifiée. Si la rupture est injustifiée, le seul constat de sa coïncidence temporelle avec l'exercice par le salarié de son droit d'agir ou de témoigner en justice, devrait permettre de conclure à l'existence d'une mesure de rétorsion. A l'inverse, si la rupture est justifiée, alors il faut en conclure qu'elle ne constitue pas une mesure de rétorsion. Ainsi, sur le plan des sanctions, les mesures de rétorsion donnent lieu à une alternative : la rupture intervenant après l'action en justice ou le témoignage du salarié est soit nulle, car il est établi qu'elle est injustifiée, soit insusceptible de sanction car parfaitement valable. Ajouter, comme le fait la Cour de cassation dans l'arrêt du 6 février 2013, une troisième branche à cette alternative, tenant à l'hypothèse dans laquelle il s'agirait de sanctionner une rupture que l'on a dit injustifiée mais qui n'est pour autant pas illicite, semble difficilement compatible avec les éléments caractéristiques de la mesure de rétorsion qu'elle met elle-même en exergue.

Ces observations ne signifient pas pour autant que tout emprunt au régime probatoire des discriminations doive être exclu. Elles conduisent seulement à souligner les apories liées à l'aménagement de la preuve lorsqu'il est envisagé, comme l'a fait la Cour de cassation, en aval de la caractérisation de la mesure de rétorsion, c'est-à-dire une fois qu'il est établi que la mesure a été prise au cours d'une séquence temporelle suspecte et qu'elle n'est pas par ailleurs justifiée. Il reste cependant envisageable d'aménager les règles de preuve au stade la caractérisation de la mesure en imposant au salarié, sur le modèle du régime probatoire des discriminations, qu'il présente *des éléments de fait laissant supposer* l'existence d'une mesure de rétorsion, c'est-à-dire la proximité temporelle entre la mesure litigieuse et l'exercice du droit d'agir ou de témoigner, à charge ensuite pour la partie défenderesse de prouver que cette mesure repose sur des éléments étrangers à la volonté d'entraver l'exercice de ces libertés. Soulignons cependant qu'un tel allègement de la preuve en faveur du salarié pourrait se heurter à la protection constitutionnelle du respect des droits

de la défense. L'on se souvient de la réserve d'interprétation formulée par le Conseil Constitutionnel à l'occasion de l'examen des dispositions de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 qui avait élargi le régime probatoire des discriminations aux faits de harcèlement. Le Conseil constitutionnel avait en effet précisé 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 ses allégations* » de sorte que **«** *la partie défenderesse sera mise en mesure de s'expliquer sur les agissements qui lui sont reprochés* »[43]. En d'autres termes, le Conseil estime que le respect des droits de la défense suppose, même en matière civile, de faire peser sur le demandeur une charge probatoire minimale. Or, il n'est pas tout à fait certain que ces exigences puissent être considérées comme satisfaites si l'objet de la preuve incombant au salarié est limité à la seule démonstration d'une proximité temporelle entre la rupture litigieuse et l'exercice de son droit d'agir en justice.

Conclusion

La protection du salarié contre les mesures de rétorsion prises à la suite de son action en justice, ou de son témoignage, garantit l'effectivité du droit d'accès au juge. Ce faisant, ce sont également les règles de droit substantiel dont le salarié réclame l'application qui se trouvent renforcées. En effet, la protection du droit d'accès au juge du salarié participe très largement à l'effectivité des règles de droit substantiel qu'il invoque. C'est d'ailleurs lorsque la règle abrite une valeur méritant une protection particulière, telle que l'interdiction des discriminations par exemple, que le législateur instaure une protection renforcée de l'action en justice exercée sur leur fondement. Le mouvement d'extension de la protection du salarié agissant ou témoignant en justice initié par la Cour de cassation pourrait donc signifier que ce lien entre l'effectivité du droit d'agir et l'effectivité des règles de droit substantiel ne doit plus être conçu comme parcellaire et limité à certains motifs d'action en justice (discriminations, etc.). Toute règle de droit a vocation à voir son effectivité renforcée par la protection de l'action en justice.

Jusqu'où, alors, s'étendra la protection offerte aux salariés agissant ou témoignant en justice contre les mesures de rétorsion prises par leur employeur ? Rien n'autorise à répondre de manière catégorique. Les voies d'une extension de la solution sont multiples : d'une part, vers d'autres mesures que la rupture du contrat de travail, d'autre part, vers les mesures de rétorsion prises en réaction à l'exercice d'autres libertés fondamentales que celles liées à l'action en justice, enfin, vers les mesures de rétorsion à l'action en justice prises en dehors du rapport d'emploi. Les évolutions juridiques contemporaines invitent à penser que le mouvement décelé dans la jurisprudence de la Cour de cassation et dans la législation adoptée au cours des dernières années pourrait prendre de l'ampleur. La protection contre les mesures de rétorsion se trouve à la conjonction d'une promotion déjà ancienne du droit d'accès au juge, de la liberté d'expression et, enfin, de la volonté plus récente de protéger les lanceurs d'alerte. Cette position charnière, à la confluence de trois évolutions profondes de notre droit, lui confère une vocation expansive.

43 Décision n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, cons. n° 89.