



**RAPPORT DE Mme MAITRAL,
CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 48 du 14 janvier 2026 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 24-19.583

Décision attaquée : 4 juillet 2024 de la cour d'appel de Dijon

**L'association départementale des pupilles de l'enseignement
public de Saône et Loire**

C/

Mme [L] [O]

INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre.

Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général.

Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [O] a été engagée en qualité de directrice du pôle enfance le 13 janvier 2020 par l'association départementale des pupilles de l'enseignement public de Saône et Loire.

Licenciée pour faute grave le 8 octobre 2020, la salariée a saisi la juridiction prud'homale de demandes au titre de l'exécution et de la rupture de son contrat de travail.

Par jugement du 23 mai 2022, le conseil de prud'hommes de Chalon-sur-Saône a jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamné l'employeur à payer à la salariée diverses sommes à titre de rappel de salaire sur mise à pied conservatoire, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'indemnité de licenciement et d'indemnité de préavis.

Par arrêt du 4 juillet 2024, la cour d'appel de Dijon a infirmé le jugement, sauf en ce qu'il a condamné l'employeur à payer à la salariée certaines sommes à titre de rappel de salaire pour la période de mise à pied, outre les congés payés afférents, d'indemnité de licenciement et d'indemnités pour frais irrépétibles, rejeté les demandes indemnitaires de celle-ci pour harcèlement moral, manquement à l'obligation de sécurité et licenciement vexatoire, ordonné la remise d'un bulletin de paie, d'une attestation pôle emploi et d'un certificat de travail rectifiés et condamné l'employeur aux entiers dépens. Statuant à nouveau des chefs infirmés et y ajoutant, elle a rejeté la demande de la salariée aux fins d'écarter une pièce, dit que son licenciement est nul, condamné l'employeur à lui payer certaines sommes à titre de dommages-intérêts pour licenciement nul, d'indemnité conventionnelle de préavis, outre les congés payés afférents, et une indemnité au titre des frais irrépétibles, ainsi qu'aux dépens d'appel.

L'employeur a formé un **pourvoi le 30 août 2024** et déposé un **mémoire ampliatif le 30 décembre 2024** (demande au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile : 3 000 euros).

La salariée a déposé un **mémoire en défense le 27 février 2025** (demande au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile : 4 000 euros).

La procédure paraît régulière et en l'état d'être jugée.

2 - Analyse succincte du moyen

Dans un moyen unique articulant une unique branche, l'employeur fait grief à l'arrêt de dire que le licenciement est nul et de le condamner à verser à la salariée diverses sommes à titre de dommages-intérêts pour licenciement nul, d'indemnité conventionnelle de préavis, outre les congés payés afférents, de rappel de salaire pour la période de mise à pied, outre les congés payés afférents, d'indemnité de licenciement et au titre de l'article 700 du code de procédure civile à hauteur d'appel, alors « que si le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, d'une liberté d'expression, il ne peut en abuser en tenant des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs ; que l'abus de liberté d'expression par le salarié s'apprécie notamment au regard du contexte et de la répétition des propos tenus par le salarié, de sorte que des propos, qui pourraient être admissibles pris isolément, peuvent caractériser un abus de liberté d'expression du fait de leur répétition et du contexte de nature à caractériser une défiance envers l'employeur ; qu'il en résulte que le juge doit se

livrer à une appréciation d'ensemble des propos reprochés au salarié au soutien de son licenciement, et ne peut procéder à une analyse séparée et individuelle de chacun de ces propos, pris isolément ; qu'au cas présent, l'association exposante offrait de démontrer que Mme [O] avait tenu à plusieurs reprises des propos excessifs visant à jeter le discrédit sur son directeur général, M. [Y] ; que pour annuler le licenciement pour atteinte à la liberté d'expression, la cour d'appel a considéré que la demande de Mme [O] tendant à ce que le président de l'association assiste à l'entretien préalable au motif de son souhait qu'il puisse "entendre mes explications sans aucune distorsion" caractérise un manque de confiance d'une salariée à l'égard de son supérieur hiérarchique et ne revêt aucun caractère diffamatoire, injurieux ou excessif ; qu'elle a jugé en conséquence qu'il n'était pas "nécessaire de statuer sur le caractère abusif des autres propos qui auraient été tenus par Mme [O]" ; **qu'en analysant séparément chacun des propos reprochés à Mme [O] alors qu'il lui appartenait de rechercher, comme elle y était invitée, si, pris dans leur ensemble, ces faits caractérisaient un usage abusif par la salariée de sa liberté d'expression, la cour d'appel a méconnu les articles L. 1121-1, L. 1232-1 et L. 1235-1 du code du travail. »**

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

Appréciation de la violation par l'employeur de la liberté d'expression des salariés :

- étendue de la liberté d'expression ?
- le juge peut-il se borner à constater que l'un des propos tenus par un salarié n'était ni excessif, ni injurieux, ni diffamatoire pour prononcer la nullité du licenciement ou doit-il examiner l'ensemble de ceux-ci pour vérifier si au moins l'un d'entre eux présentait un caractère abusif et ne prononcer la nullité que si aucun ne présentait un caractère excessif, injurieux ou diffamatoire ?
- le juge doit-il prendre en compte les éléments de contexte pour apprécier l'atteinte apportée à la liberté d'expression du salarié ?
- quel contrôle la Cour de cassation exerce-t-elle en matière de liberté d'expression ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

► Selon l'article L. 1232-6 du code du travail, lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception.

Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur.

L'article L. 1235-2, alinéa 2, du code du travail dispose que la lettre de licenciement fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs du licenciement.

Les juges n'ont pas à examiner les griefs, allégués par l'employeur en cours d'instance, non énoncés dans la lettre de licenciement (Soc., 19 juin 1991, pourvoi n° 89-40.843, Bull. 1991, V, n° 310 ; Soc., 9 mars 1993, pourvoi n° 91-44.452, Bull. 1993, V, n° 83 ; Soc., 12 février 2014, pourvoi n° 12-11.554, Bull. 2014, V, n° 49 ; Soc., 27 février 2002, pourvoi n° 99-43.539 ; Soc., 27 novembre 2019, pourvoi n° 18-11.781), mais ils doivent examiner l'ensemble des motifs invoqués dans la lettre de licenciement, exposant leur décision à la censure s'ils omettent de prendre en considération certains d'entre eux (Soc., 15 avril 1996, pourvoi n° 94-44.222, Bull. 1996, V, n° 162 ; Soc., 17 mars 2021, pourvoi n° 18-16.225 ;

Soc., 20 septembre 2023, pourvoi n° 19-16.374) et ce, même si les parties ne les développent pas dans leurs conclusions (Soc., 23 octobre 2024, pourvoi n° 22-22.206).

Il existe toutefois des exceptions à cette règle et notamment, lorsque la lettre de licenciement énonce plusieurs motifs dont l'un porte atteinte à une liberté fondamentale.

- Constitue une liberté fondamentale constitutionnellement garantie la liberté d'expression.

En effet, aux termes de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, « nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

L'article 11 de ce même texte dispose que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

L'article 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit que « nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

Enfin, l'article 10 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont le contenu est repris à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union du 7 décembre 2000, énonce :

« Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. »

La liberté d'expression, qui s'applique dans la relation de travail, trouve plusieurs déclinaisons dans le code du travail et notamment, sur le plan individuel, l'article L. 1121-1 du code du travail (ancien article L. 120-2 introduit par la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992) dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Depuis l'arrêt « [X...] » du 28 avril 1988 (pourvoi n° 87-41.804, Bull. 1988, V, n° 257), une jurisprudence constante reconnaît que le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, d'une liberté d'expression à laquelle il ne peut être apporté que des restrictions justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (Soc., 22 juin 2004, pourvoi n° 02-42.446, Bull. 2004, V, n° 175 ; Soc., 27 mars 2013, pourvoi n° 11-19.734, Bull. 2013, V, n° 95).

Cette solution est entérinée par la Cour européenne des droits de l'homme qui estime que, pour pouvoir prospérer, les relations de travail doivent se fonder sur la confiance entre les personnes. Si cette exigence n'implique ni un devoir de loyauté absolue envers l'employeur ni une obligation de réserve entraînant la sujétion du travailleur aux intérêts de l'employeur, certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail. Une atteinte à l'honorabilité des personnes faite par voie d'expressions grossièrement insultantes ou

injurieuses au sein du milieu professionnel revêt, en raison de ses effets perturbateurs, une gravité particulière, susceptible de justifier des sanctions sévères (CEDH, 12 septembre 2011, n° 139-2011) :

« 53. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (voir, parmi d'autres, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July*, précité). De plus, outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression (*De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, § 48, Recueil 1997 I).

54. Il n'en demeure pas moins qu'il convient de tenir compte de l'équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les réalités du pays, les cours et tribunaux d'un Etat se trouvent souvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, le juste équilibre à ménager. C'est pourquoi sur le terrain de l'article 10 de la Convention, les Etats contractants disposent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité et de l'ampleur d'une ingérence dans la liberté d'expression protégée par cette disposition (*Tammer c. Estonie*, n° 41205/98, § 60, CEDH 2001 I, et *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], n° 49017/99, § 68, CEDH 2004 XI), en particulier lorsqu'il s'agit de mettre en balance des intérêts privés en conflit.

55. Toutefois, cette marge va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante (voir, *mutatis mutandis*, *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, § 77, CEDH 2003 I, et *Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, n° 53678/00, § 38, 2004-X). Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions nationales, mais il lui incombe de vérifier, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation se concilient avec les dispositions invoquées de la Convention (*Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, § 60, CEDH 1999 III, *Petrenco c. Moldova*, n° 20928/05, § 54, 30 mars 2010, *Polanco Torres et Movilla Polanco c. Espagne*, n° 34147/06, § 41, 21 septembre 2010, et *Aleksey Petrov c. Bulgarie* (déc.), n° 27103/04, 2 novembre 2010). (...)

ii. Sur la question de savoir si la sanction du licenciement était proportionnée par rapport à la gravité des propos litigieux (...)

76. La Cour rappelle que **pour pouvoir prospérer, les relations de travail doivent se fonder sur la confiance entre les personnes**. Comme le juge du travail l'a souligné à juste titre, **même si la bonne foi devant être respectée dans le cadre d'un contrat de travail n'implique pas un devoir de loyauté absolue envers l'employeur ni une obligation de réserve entraînant la sujétion du travailleur aux intérêts de l'employeur, certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail** (voir, *mutatis mutandis*, *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, §§ 51 et 59, série A n° 323). De plus, **une atteinte à l'honorabilité des personnes faite par voie d'expressions grossièrement**

insultantes ou injurieuses au sein du milieu professionnel revêt, en raison de ses effets perturbateurs, une gravité particulière, susceptible de justifier des sanctions sévères. »

Le jurisclasseur consacré à la liberté d'expression précise l'étendue de celle-ci en ces termes¹ :

« § 53Principe

En 1988, l'arrêt [X...] (V. n° 15) répond à la question de la compatibilité entre liberté d'expression et état de subordination du salarié. La liberté d'expression peut enfin être conçue au regard du comportement d'un individu (par ex., Cass. soc., 5 mars 1997, n° 95-43.195 : JurisData n° 1997-005545). Conformément aux bases posées par l'arrêt [X...] (V. n° 15), la liberté d'expression du salarié s'exerce selon les limites tracées par l' article L. 1121-1 du Code du travail .

§ 54Étendue

Malgré la concurrence avec le droit d'expression résultant de l' article L. 2281-1 du Code du travail (C. trav., ancien art. L. 461-1), la liberté d'expression s'en est émancipée et déborde hors de l'entreprise. En réalité, en entreprise, ce droit se cumule avec la liberté d' expression proprement dite (par ex., Cass. soc., 14 déc. 1999, n° 97-41.995 , cité n° 16). Effectivement, autant le droit d'expression demeure confiné dans l'entreprise (Cass. soc., 7 oct. 1997, n° 93-41.747 : JurisData n° 1997-003816), autant la liberté d' expression déploie son étendue hors de l'enceinte de l'entreprise : " le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d' expression " (par ex., Cass. soc., 5 oct. 2004, n° 02-44.487 : JurisData n° 2004-025219 . - Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-48.012 , inédit. - Cass. soc., 31 mars 2009, n° 07-44.918 , inédit : JurisData n° 2009-047804). La position de la chambre sociale est constante : la liberté d'expression est le principe applicable dans et hors de l'entreprise.

§ 55Régime juridique

Dans l'une des formulations les complètes, la chambre sociale fixe le régime juridique de la liberté d' expression du salarié et indique les deux règles auxquelles est astreinte son exercice normal : " si le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d' expression à laquelle il ne peut être apporté que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, il ne peut abuser de cette liberté par des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs " (Cass. soc., 30 oct. 2002, n° 00-40.868 : JurisData n° 2002-016283 . - Cass. soc., 5 mai 2004, n° 01-45.992 , inédit. - Cass. soc., 9 nov. 2004, n° 02-45.830 : JurisData n° 2004-025739 . - Cass. soc., 18 nov. 2003, n° 01-43.682 , inédit. - Cass. soc., 14 juin 2005, n° 02-47.455 , cité n° 140. - Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 04-47.786 : JurisData n° 2006-032017 . - Cass. soc., 25 sept. 2019, n° 17-28.118, D : JurisData n° 2019-016500).

D'une part, la restriction est l'exception et est subordonnée aux principes de justification et de proportionnalité (V. n° 130).

D'autre part, l'exercice de la liberté d' expression peut dépasser les bornes, ce qui prend la figure de l'abus. Régulièrement, la chambre sociale énonce que " l'exercice de la liberté d'expression des salariés tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise ne peut justifier un

¹ J.-P. Tricoit, « Liberté d'expression et droit social », *J-Cl Communication*, Fasc. 18.

licenciement que s'il dégénère en abus " (Cass. soc., 25 janv. 2000, n° 97-45.044 : JurisData n° 2000-000423). À cet égard, " l'abus est la seule limite à la liberté d'expression hors de l'entreprise " (Cass. soc., 4 févr. 1997, n° 96-40.678 : JurisData n° 1997-000583 ; Dr. soc. 1997, p. 413 , obs. Savatier ; RJS 1997, n° 252). »

L'étude se poursuit en détaillant les différentes facettes de la liberté d'expression :

« 2° Manifestations de la liberté d'expression du salarié

§ 58 Communiquer

En quoi consiste la liberté d' expression pour le salarié ? Comme toute liberté, l'exercice de la liberté d'expression implique à la fois l'abstention et l'action.

§ 59 Versant négatif

La liberté d' expression, c'est aussi la liberté de ne pas s'exprimer et, partant, de se taire. (...)

§ 60 Versant positif

La manière dont le salarié communique ses idées et ses convictions est indifférente. La parole, l'écrit (dématérialisé sous version numérique ou matérialisé sur support papier) ou l'attitude appartiennent toutes au registre de la liberté d' expression (pour un exemple où le salarié participe à une course à pied avec un dossard mentionnant "non aux licenciements [...]", Cass. soc., 5 mars 1997, n° 95-43.195 : JurisData n° 1997-005545).

a) Critiquer

§ 61 Critiquer

D'éminents auteurs ont suggéré l'apparition d'un droit de critique au bénéfice du salarié (G. Auzéro et E. Dockès, Droit du travail : Dalloz, Paris, 29e éd., 2015, p. 691).

La critique doit avoir une vocation constructive pour alerter sur les dysfonctionnements internes de l'entreprise. Par certains aspects, la critique peut se confondre avec le lancement d'alerte spontané (V. Cass. soc., 9 nov. 2009, n° 08-42.806 , inédit : JurisData n° 2009-050320 , où le salarié a alerté les autorités de tutelle et les délégués du personnel sur les difficultés rencontrées dans l'exercice de sa profession. - V. égal., Cass. soc., 17 déc. 2014, n° 13-19.659 : JurisData n° 2014-031813). De manière générale, les critiques qui se rapportent aux conditions générales de travail, tenues en des termes qui ne sont pas injurieux, diffamatoires ou excessifs, ne caractérisent pas un abus dans la liberté d'expression du salarié (Cass. soc., 14 oct. 2015, n° 14-18.359 , inédit, où un salarié a été sanctionné par un avertissement pour avoir déclaré que les propos du directeur général n'étaient pas crédibles). Il en est ainsi des critiques contre les conditions de rémunération (CA Colmar, 18 févr. 2020, n° 19/00639 : JurisData n° 2020-001992 ; JCP S 2020, act. 150). Dès lors, il n'est pas concevable que le fait de critiquer, sur une question technique, les propos du directeur général, qui mettait en cause un de ses collaborateurs, puisse être reproché au salarié (Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45.781 : JurisData n° 2006-033968). De même, les propos critiques, même vifs, reprochés au salarié ("tu ne vas pas faire comme [B...], me mettre la pression"), qui présentait une ancienneté dans l'entreprise de plus de 11 années, ne caractérisent pas un fait constitutif d'un abus dans sa liberté d'expression

rendant impossible son maintien dans l'entreprise et constituant une faute grave (Cass. soc., 17 janv. 2018, n° 16-21.522, D : JurisData n° 2018-000366 . - Pour des exemples, Cass. soc., 16 janv. 2019, n° 17-16.655 , D. - V. égal. sur l'office du juge, Cass. soc., 16 janv. 2019, n° 17-17.735, D).

Par contre, l'attitude de critique systématique de l'intéressé envers la direction générale relève d'un abus de la liberté d' expression (Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-42.479 , inédit. - V. égal. pour un dénigrement systématique, Cass. soc., 26 nov. 2014, n° 13-15.468). De même, critiquer gratuitement et sans fondement l'employeur est indéfendable et punissable (Cass. soc., 18 févr. 1998, n° 95-45.281 : JurisData n° 1998-000886).

b) Se défendre

§ 62 Répondre

À des propos qui lui sont adressés, il paraît logique de laisser le salarié le soin d'apporter une réponse. Le ton et le contexte dans lesquels s'inscrit la réponse sont pris en compte par les magistrats. Répondre "c'est n'importe quoi" dans le cadre d'un incident bref et isolé ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 24 janv. 2006, n° 03-47.583, inédit). Dans un sens similaire, la polémique médiatique offre l'opportunité au salarié de répondre à l'employeur plus vertement en ne dépassant pas les limites de la correction (Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 10-30.107 : JurisData n° 2011-007087 ; D. 2011, p. 1288, obs. A. Astaix ; D. 2012, p. 704 ; RJS 2011, n° 578. - V. aussi Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-43.065 , inédit : RLDI déc. 2009, n° 55, p. 48-49, note L. Costes) et la réponse peut se transformer en critique (V. Cass. soc., 22 juin 2004, n° 02-42.446 : JurisData n° 2004-024299 ; Bull. civ. V, n° 175 ; RJS 2004, n° 1120. - Cass. soc., 9 nov. 2009, n° 08-41.927 : JurisData n° 2009-050321 . - Pour un autre ex. Cass. soc., 2 déc. 2009, n° 08-43.331 , inédit. - Et Cass. soc., 18 déc. 2013, n° 12-22.140 , inédit : JurisData n° 2013-029800 . - Pour une réponse à une notification de licenciement, Cass. soc., 24 sept. 2013, n° 12-14.131 , inédit). Enfin, répondre à l'employeur par des accusations d'incompétence et de malhonnêteté dans des termes virulents et excessifs n'est pas de bon augure pour le salarié (Cass. soc., 3 déc. 2014, n° 13-20.501, inédit). Il en est de même lorsque les accusations s'avèrent infondées (Cass. soc., 28 oct. 2014, n° 13-21.320 , inédit).

Par ailleurs, les menaces de droit, au contraire des menaces de fait, sont admises et protégées. Ayant constaté que la lettre de licenciement reprochait notamment au salarié d'avoir menacé l'employeur d'entamer des procédures à l'encontre de la société, la cour d'appel en a exactement déduit que la seule référence dans la lettre de rupture à une procédure contentieuse envisagée par le salarié était constitutive d'une atteinte à la liberté fondamentale d'ester en justice entraînant à elle seule la nullité de la rupture (Cass. soc., 21 nov. 2018, n° 17-11.122, FS-P+B : JurisData n° 2018-020720 ; Procédures 2019, comm. 51 , note A. Bugada. - V. aussi CA Toulouse, 21 févr. 2020, n° 16/03555 : JurisData n° 2020-002481). En d'autres termes, les menaces de droit proférées à l'encontre de l'employeur relèvent de la liberté d' expression .

§ 63 Protester et contester

La liberté d'expression participe de la défense du salarié contre une décision le visant qu'il estime infondée. Par exemple, "la protestation de la salariée contre une décision qu'elle considérait de nature à la dessaisir de ses fonctions, ne constituait pas un abus de la liberté d'expression de la salariée" (Cass. soc., 11 mars 1998, n° 95-45.522 , inédit). Il en est de même lorsque "le salarié s'est borné à contester, en termes vifs, une sanction qui a été ultérieurement annulée" (Cass. soc., 8 juin 1999, n° 96-43.588 , inédit) ou lorsque la

salariée se borne à rejeter le principe de son licenciement dont elle contestait la raison économique (Cass. soc., 15 janv. 2003, n° 00-44.180 , inédit). En outre, en présence de griefs de remise en cause polémique des décisions de la société et de manque de respect à l'égard de la hiérarchie, le juge est tenu, pour estimer que le licenciement est justifié, de dire en quoi les propos tenus par le salarié comportaient des termes injurieux, diffamatoires ou excessifs (Cass. soc., 11 oct. 2023, n° 22-15.138, F-D : JurisData n° 2023-017661).

En revanche, lorsque "le salarié avait manifesté publiquement au sein de l'entreprise et de manière systématique son désaccord avec les décisions prises par le gérant et délibérément adopté une attitude négative et d'opposition", le licenciement peut être prononcé (Cass. soc., 11 févr. 2009, n° 07-44.127 : JurisData n° 2009-047063). Il en est de même lorsque la contestation du pouvoir de direction et disciplinaire de l'employeur par le salarié est brutale autant qu'injustifiée (Cass. soc., 12 juin 2019, n° 17-24.589, D : JurisData n° 2019-010068). Si contestation il y a, il ne peut pas s'agir de la contestation de l'autorité de l'employeur. Par exemple, commet une faute grave le salarié qui a adressé à l'archevêque une lettre, diffusée à des tiers, par laquelle il contestait l'autorité de son supérieur hiérarchique et faisait pression sur ce dernier afin d'obtenir le licenciement de ses collaborateurs ayant manifesté leur désaccord avec ses agissements (Cass. soc., 27 nov. 2019, n° 18-16.671, F-D : JurisData n° 2019-021196 . - V. aussi Cass. soc., 12 juin 2019, n° 17-19.299, D : JurisData n° 2019-010067).

§ 64 Entretien préalable au licenciement

Durant l'entretien préalable au licenciement, la liberté d' expression du salarié est soumise aux mêmes conditions de libre expression (Cass. soc., 21 juin 1994, n° 92-45.133 , inédit). Dès lors, ce que dit le salarié au cours de l'entretien préalable ne peut constituer une cause de licenciement (Cass. soc., 19 juin 1991, n° 89-40.843 : Bull. civ. V, n° 310, p. 189 . - Cass. soc., 8 janv. 1997, n° 94-42.639 : JurisData n° 1997-000033 ; Bull. civ. V, n° 5), sauf abus (Cass. soc., 31 mars 1999, n° 96-45.610 et 96-45.623, inédit, où le salarié avait accusé son chef de service de couvrir des vols. - Pour un exemple d'absence d'abus, Cass. soc., 21 juin 1994, n° 92-45.133, inédit, où les propos tenus par le salarié à l'égard de l'employeur au cours de l'entretien préalable apparaissent comme "une réaction émotionnelle d'indignation". - Pour un exemple d'entretien préalable à sanction disciplinaire "houleux", V. Cass. soc., 4 nov. 2015, n° 14-19.000, inédit et surtout les moyens de cassation. - V. égal., CA Versailles, 21e ch., 18 juin 2020, n° 18/03264 , inédit : JurisData n° 2020-009357). (...)

c) Dénoncer (...)

d) Témoigner »

Dans un arrêt non publié « Fun and pro » du 9 novembre 2022 (pourvoi n° 21-15.208), la chambre sociale a apporté des précisions sur l'étendue de la liberté d'expression :

« Vu l'article L. 1121-1 du code du travail et l'article 10, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

6. Il résulte de ces textes que sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression.

7. Le caractère illicite du motif du licenciement prononcé, même en partie, en raison de l'exercice, par le salarié, de sa liberté d'expression, liberté fondamentale, entraîne à lui seul la nullité du licenciement.

8. Pour débouter le salarié de sa demande en nullité de son licenciement, l'arrêt, après avoir constaté qu'il lui était notamment reproché son refus d'accepter la politique de l'entreprise ainsi que son désaccord sur les méthodes de management des associés et les critiques de leur décision, relève qu'il ne peut lui être reproché son absence d'intégration de la valeur « fun and pro », alors qu'il ressort de différentes pièces versées, notamment des attestations concordantes de salariés, que le « fun and pro » en vigueur dans l'entreprise se traduisait aussi par la nécessaire participation aux séminaires et aux pots de fin de semaine générant fréquemment une alcoolisation excessive de tous les participants, encouragée par les associés qui mettaient à disposition de très grandes quantités d'alcool, la culture de l'apéro étant notamment citée dans la restitution de l'atelier culture Cubik 2011, et par des pratiques prônées par les associés liant promiscuité, brimades et incitation à divers excès et dérapages.

9. Il retient que les reproches qui sont faits au salarié dans la lettre de licenciement ne peuvent être considérés comme une violation de sa liberté d'expression de nature à rendre nul le licenciement, qu'en effet, il lui est reproché son refus d'accepter la politique de l'entreprise et de se conformer aux modalités de fonctionnement basées sur des équipes de petite taille au sein desquelles la coopération par des échanges fréquents est valorisée et sur le partage des valeurs « fun » et « pro » par tous les salariés de l'entreprise, décrites notamment sur le site internet de la société sur la participation à la célébration des succès, la présence au séminaire annuel [Localité 2] et le partage de ses passions personnelles (cube Cubik), qu'aussi les reproches faits au salarié de sa rigidité, son manque d'écoute, son ton parfois cassant et démotivant vis-à-vis de ses subordonnés et son impossibilité d'accepter le point de vue des autres constituent des critiques sur son comportement et ne sont pas des remises en cause de ses opinions personnelles.

10. En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le licenciement était, en partie, fondé sur le comportement critique du salarié et son refus d'accepter la politique de l'entreprise basée sur le partage de la valeur « fun and pro » mais aussi l'incitation à divers excès, qui participent de sa liberté d'expression et d'opinion, sans qu'un abus dans l'exercice de cette liberté ne soit caractérisé, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés. »

Le commentaire de cet arrêt à la revue de jurisprudence sociale indique² :

« Sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées (jurisprudence constante, notamment Cass. soc. 22-6-2004 n° 02-42.446 F-P : RJS 11/04 n° 1120). Le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice non abusif par le salarié de sa liberté d'expression est nul (Cass. soc. 16-2-2022 n° 19-17.871 FS-B : RJS 5/22 n° 241). Ce principe est conforme à l'article L 1235-3-1 du Code du travail, issu de l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui prévoit expressément la nullité de tout licenciement prononcé en violation d'une liberté ou d'un droit fondamental, la liberté d'expression étant considérée comme telle.

Lorsqu'un cadre de l'entreprise critique la politique de cette dernière et les méthodes de management de la direction, manque-t-il à ses obligations professionnelles ou exerce-t-il sa liberté d'expression ? C'était la question posée à la Cour de cassation dans l'arrêt ci-dessus reproduit. Un salarié avait, en effet, refusé de participer aux valeurs « fun

² RJS janvier 2023, n° 5.

and pro » (séminaire annuel, célébration des succès, partage des passions personnelles) de son entreprise et avait été licencié pour insuffisance professionnelle. Il estimait qu'il avait usé de sa liberté d'expression et demandait la nullité de son licenciement.

Pour les juges du fond, il ne pouvait pas être reproché au salarié d'avoir refusé d'intégrer les valeurs « fun and pro » de la société au regard des excès constatés. Toutefois, les reproches qui lui étaient faits en lien avec son refus d'accepter la politique de l'entreprise et de se conformer à ses modalités de fonctionnement (équipes de petite taille et partage des valeurs « fun » et « pro » par tous les salariés) constituaient, selon eux, des critiques sur son comportement professionnel (« rigidité », « manque d'écoute », « ton parfois cassant et démotivant », « absence de développement de l'esprit d'équipe ») mais non la remise en cause de ses opinions personnelles. Dès lors, ces reproches ne constituaient pas, selon la cour d'appel, une violation de la liberté d'expression. Les juges du fond avaient par conséquent jugé que le motif invoqué constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement.

La Cour de cassation n'a pas suivi le raisonnement des juges du fond et s'est placée d'emblée sur le terrain de l'appréciation de la liberté d'expression, en rappelant les principes déjà dégagés par la jurisprudence selon lesquels, sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression. Elle a confirmé également que le caractère illicite du motif du licenciement prononcé, même en partie, en raison de l'exercice, par le salarié, de sa liberté d'expression, liberté fondamentale, entraîne à lui seul la nullité du licenciement. La Haute Cour a ensuite considéré que la cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences légales de ses constatations. Pour elle, le comportement critique du salarié et son refus d'accepter la politique de l'entreprise basée sur le partage de la valeur « fun and pro », mais aussi l'incitation à divers excès, participaient bien de sa liberté d'expression et d'opinion. En conséquence, en l'absence d'abus dans l'exercice de cette liberté, le licenciement fondé, en partie, sur ce motif violait les principes de protection de la liberté d'expression (voir déjà, en ce sens, Cass. soc. 29-6-2022 n° 20-16.060 FS-B : RJS 10/22 n° 501).

Au-delà de cette décision, la mise en œuvre de telles valeurs « fun and pro » par une entreprise ne va pas de soi (...) ».

► Notre chambre assure ainsi une protection effective de la liberté d'expression du salarié dans l'entreprise. Mais elle en dessine aussi les limites : il ne peut être apporté à cette liberté que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Nous jugeons habituellement que l'exercice de la liberté d'expression ne peut justifier un licenciement qu'en cas d'abus, caractérisé par des propos ou écrits injurieux, diffamatoires ou excessifs.

Soc., 23 septembre 2015, pourvoi n° 14-14.021, Bull. 2015, V, n° 177, sommaire :

« Tout salarié jouit de la liberté d'expression.

Doit être censurée une cour d'appel qui retient qu'un salarié a, par ses écrits, manqué à son obligation de loyauté, sans caractériser l'existence d'un abus dans l'exercice de la liberté d'expression par l'emploi de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs. »

Soc., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-20.516 :

« Attendu que pour dire le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que **les accusations de falsification des comptes par le dirigeant de la société, proférées par la salariée auprès du conseiller du président de la société mère, propos qui, s'ils sont objectivement susceptibles de nuire à son employeur, ne sont pas pour**

autant de nature calomnieuse puisqu'ils n'étaient l'expression que d'un ressenti à un ancien proche collaborateur, constituent un comportement fautif par légèreté et imprudence de la responsable comptable ;

Qu'en statuant ainsi sans caractériser l'existence, par l'emploi de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs, d'un abus dans l'exercice de la liberté d'expression dont jouit tout salarié, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Soc., 11 octobre 2023, pourvoi n° 22-15.138 :

« Vu l'article L. 1121-1 du code du travail :

6. Il résulte de ce texte que sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression. Il ne peut être apporté à celle-ci que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

7. Le caractère illicite du motif du licenciement prononcé, même en partie, en raison de l'exercice, par le salarié, de sa liberté d'expression, liberté fondamentale, entraîne à lui seul la nullité du licenciement.

8. Pour dire le licenciement de la salariée justifié, l'arrêt retient que celle-ci a manifesté un désaccord persistant malgré l'accord d'entreprise concernant les congés et les nombreuses réponses claires de l'employeur pour l'expliquer, ce qui a eu un impact sur le fonctionnement de la société, qu'elle a volontairement refusé d'appliquer l'organisation en revendiquant des droits pour prendre ses congés non prévus dans l'accord d'entreprise, et ce de manière récurrente et insistante.

9. L'arrêt ajoute qu'elle s'est montrée particulièrement insistante envers son président sur la question des reports de congés alors qu'elle connaissait l'accord d'entreprise à ce sujet, ce qui ne l'a pas empêchée de poser des ultimatums à son supérieur hiérarchique, et qu'il est démontré un positionnement discutable vis-à-vis de son président comme en témoigne le courriel qu'elle lui a envoyé le 20 décembre 2013 indiquant : « dans la mesure où j'ai pu, malgré de grandes réticences et incompréhensions, prendre mes congés je considère que l'incident est clos », après que ce dernier avait finalement accepté de déroger à l'accord d'entreprise concernant le report des congés sur l'année 2014.

10. Il conclut que les griefs de remise en cause polémique des décisions de la société et de manque de respect à l'égard de la hiérarchie sont caractérisés.

11. En se déterminant ainsi, **sans caractériser en quoi les propos tenus par la salariée comportaient des termes injurieux, diffamatoires ou excessifs**, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. »

La constatation des déclarations du salarié relève du pouvoir souverain des juges du fond et la Cour de cassation exerce un contrôle léger sur la qualification d'abus de la liberté d'expression (Soc., 15 janvier 2020, pourvoi n° 18-14.177 ; Soc., 7 décembre 2022, pourvoi n° 21-19.280) :

« 10. La cour d'appel qui, **dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis**, a constaté d'abord, que le salarié avait dit à son supérieur hiérarchique le 17 octobre 2016, devant témoins "Tout ce que vous dites ou faites est bidon de chez bidon", que le 18 octobre il a affirmé à un responsable "Moi

quand je suis dans mon train je pense... Vous, dans votre bureau vous ne pensez pas", **a pu en déduire**, sans être tenue de répondre à un moyen inopérant, que ces propos ironiques tenus de manière réitérée et révélateurs de son insubordination face à sa hiérarchie, dans un contexte global de menaces à l'endroit de ses collègues, faisant ainsi ressortir leur caractère excessif, caractérisaient un abus de la liberté d'expression de l'intéressé.

11. Ayant ensuite constaté que les faits des 24, 25, 26 octobre et 17 novembre 2016 étaient matériellement établis et qu'ils démontraient une volonté réitérée du salarié d'insubordination et de désorganisation permanente du service, elle a pu en déduire qu'ils rendaient impossible son maintien dans l'entreprise.

12. Le moyen n'est donc pas fondé. »

Mais, la chambre sociale exerce un contrôle lourd sur les déductions que les juges du fond tirent de l'atteinte à la liberté d'expression (Soc., 16 février 2022, pourvoi n° 19-17.871, publié).

L'abus de la liberté d'expression est apprécié *in concreto* (CEDH, 8 décembre 2009, n° 28389/06, Aguilera Jiménez c/ Espagne ; Soc., 17 janvier 2018, pourvoi n° 16-21.522).

Les juges du fond doivent caractériser cet abus qui s'apprécie au regard :

- du contenu et du contexte dans lequel les propos ont été tenus :

Soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-30.107, Bull. 2011, V, n° 96 :

« Mais attendu que, sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché peuvent être apportées ;

Et attendu, d'abord, que **la cour d'appel a constaté, d'une part, que le joueur avait déclaré dans la presse que l'entraîneur manquait de cohérence et de diplomatie et salissait les joueurs pour laver sa responsabilité, alors que, de son côté, l'entraîneur avait affirmé que le joueur n'avait plus le niveau de ligue 1 et était très orgueilleux et égocentrique, et, d'autre part, que le président n'avait pu ou avait été incapable d'arrêter un lynchage médiatique ; que les propos reprochés s'inscrivant dans une polémique médiatique avec l'entraîneur, la cour d'appel a pu décider que le salarié n'avait pas abusé de sa liberté d'expression ;**

Attendu, ensuite, que, sauf mauvaise foi, le dépôt d'une plainte, qui constitue l'exercice d'un droit, ne peut être constitutif d'une faute justifiant la rupture du contrat de travail ;

D'où il suit que le moyen ne peut pas être accueilli. »

Soc., 2 juin 2017, pourvoi n° 16-10.302 :

« Attendu que **la cour d'appel a, par une appréciation souveraine des éléments de faits et de preuve qui lui étaient soumis, constaté, par motifs propres et adoptés, que le salarié avait, dans deux écrits et un message téléphonique, porté des accusations graves, multiples et répétées contre son employeur et différents salariés, dans des termes injurieux et excessifs, reprochant à son employeur des manipulations, des mensonges et la rédaction de faux, et qu'il avait proféré des menaces et cherché à**

monnayer les éléments qu'il disait détenir ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui a fait ressortir **l'absence de lien entre les fautes reprochées au salarié et le harcèlement par ailleurs constaté**, a pu décider que le salarié avait abusé de sa liberté d'expression et que ces manquements rendaient impossible son maintien dans l'entreprise ; que le moyen n'est pas fondé. »

- de leur caractère public ou non (Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-14.736 ; Soc., 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-18.717 ; Soc., 14 avril 2016, pourvoi n° 14-29.769 ; Soc., 15 mai 2019, pourvoi n° 17-20.615) :

« Vu les articles L. 1121-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail ;

Attendu que pour dire le licenciement fondé sur une faute grave, l'arrêt retient qu'à compter du mois de mars 2011, il apparaît que le salarié a, lors des comités de direction et des comités exécutifs auxquels il participait, affiché une divergence fréquente avec les enjeux stratégiques, que cette position affichée de divergence est ainsi exprimée dans un document de travail que le salarié a remis au consultant désigné par la direction pour mener un séminaire de réflexion stratégique et qui a, dans ce cadre, interviewé les cadres de la société, que **l'attestation du consultant confirme que ce document, remis par le salarié spontanément, expose de manière très nette la position négative de ce dernier sur la stratégie menée, qu'il devait pourtant soutenir de par ses fonctions, ainsi que les termes excessifs tenus à l'encontre du PDG en ces termes "Un PDG en mode panique", "une équipe de direction qui ne comprend plus son PDG"**, qu'il importe peu que le consultant ait été ou non tenu à la confidentialité, qu'il n'en reste pas moins qu'en lui remettant ce document de travail, le salarié **a exprimé publiquement et de manière excessive ses divergences avec son PDG alors qu'il était pourtant tenu à son endroit à une obligation de loyauté**, que si les autres documents retrouvés dans son ordinateur et allégués par l'employeur à l'appui de la mesure de licenciement n'ont pas fait l'objet de diffusion publique, tel le projet de mail à un actionnaire de la société Eurocave (société Qualis) ou la lettre anonyme dans laquelle le salarié, se présentant comme un employé de la société, critique les décisions prises par la direction, indiquant en outre qu'elles sont contraires à l'opinion de "plusieurs personnes de la direction" ou encore le courriel adressé à Mme Tromp, dans laquelle il indique que le PDG "est visiblement reparti sur une paranoïa aiguë", il n'en reste pas moins que ces écrits, dont le salarié ne nie pas être l'auteur, confirment clairement sa divergence profonde envers sa direction, que sur ce point, les attestations produites par le salarié et émanant de plusieurs collègues, membres ou non du comité exécutif ne permettent pas de retenir que les divergences exprimées n'avaient pas de caractère excessif, que s'agissant des propos dénigrants envers le PDG, l'employeur produit la seule attestation du consultant qui rapporte que le salarié a tenu des propos virulents à l'encontre du PDG fin novembre 2011, que toutefois ces propos dont la teneur exacte n'est pas rapportée ont été tenus alors que la procédure de licenciement avait été lancée et ne peuvent donc être invoqués comme cause de celui-ci, qu'il résulte des éléments produits aux débats que le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'il a dit que le licenciement était bien fondé sur une faute grave ;

Qu'en statuant ainsi, alors que **le document remis par le salarié au consultant, qui était chargé de mener une réflexion sur la stratégie du groupe et d'interroger les cadres, ne comportait pas de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs, et que les autres documents retrouvés dans l'ordinateur n'avaient pas fait l'objet d'une diffusion publique, la cour d'appel a violé les textes susvisés.** »

- de la qualité et des fonctions du salarié (Soc., 14 décembre 1999, pourvoi n° 97-41.995, Bull. 1999, V, n° 488, s'agissant d'un salarié, chargé d'une mission administrative, comptable et financière de très haut niveau dans des circonstances difficiles).

Pour des exemples de l'absence d'abus dans l'exercice de la liberté d'expression :

Soc., 2 mai 2001, pourvoi n° 98-45.532, Bull. 2001, V, n° 142 :

« Vu l'article L. 120-2 du Code du travail ;

Attendu que, selon l'arrêt attaqué, Mme [X...], engagée le 15 octobre 1992 en qualité de gestionnaire de marchés par la société Cofinindex, a été licenciée le 2 juillet 1996 pour faute grave ;

Attendu que pour dire que le licenciement de Mme [X...] était fondé sur une cause réelle et sérieuse, la cour d'appel relève qu'en réplique à un avertissement, la salariée avait adressé dans la journée du 14 juin 1996 trois courriers pour rendre compte de son activité ou justifier différentes demandes, que le 16 juin, elle avait sollicité par courrier les instructions de son employeur et le 18 juin, adressé de nouveau un courrier dactylographié de quatre pages pour analyser ses méthodes de travail et justifier qu'elles étaient exemptes de reproches, que les multiples écrits adressés par la salariée à son employeur ne peuvent s'analyser dans le cadre de l'expression normale d'un cadre dans l'entreprise, mais comme mettant en cause l'organisation de l'entreprise et du travail et ce, eu égard au temps passé par la salariée pour réaliser ces écrits et à l'obligation corrélative de l'employeur de rappeler systématiquement à la salariée le cadre de son activité et les méthodes devant être utilisées ;

Attendu, cependant, que si, à bon droit, la cour d'appel a jugé que l'acte reproché à la salariée ne pouvait se rattacher au droit d'expression des salariés sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail prévu à l'article L. 461-1 du Code du travail, qui s'exerce seulement dans le cadre de réunions collectives organisées sur les lieux et pendant le temps de travail, elle a méconnu que sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que l'envoi limité dans le temps de plusieurs courriers, dont seul l'employeur était destinataire, qui répondaient à un avertissement que la salariée estimait injustifié et qui ne contenaient aucun propos injurieux, diffamatoires ou excessifs, ne caractérise pas un abus de la liberté d'expression du salarié, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Soc., 22 juin 2004, pourvoi n° 02-42.446, Bull. 2004, V, n° 175 :

« Mais attendu que sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées ;

Et attendu que, sans encourir le grief de dénaturation, l'arrêt attaqué retient que **la diffusion par le salarié d'une lettre ouverte répondait à celle que la direction avait précédemment adressée à l'ensemble du personnel pour dénoncer les dysfonctionnements ou insuffisances de l'entreprise et mettant personnellement en**

cause l'intéressé ; qu'il relève que les critiques du salarié ne présentent pas de caractère excessif et sont à la mesure de l'émotion suscitée par la mise en cause publique de ses compétences et de sa conscience professionnelle alors que son travail n'avait jusqu'alors donné lieu à aucun reproche ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu décider que le comportement du salarié ne rendait pas impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et ne constituait pas une faute grave ;

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

Soc., 7 Juin 2006, pourvoi n° 04-45.781 :

« Attendu cependant que, sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, qu'il ne peut être apporté à celle-ci que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses constatations que le salarié s'était borné, au cours d'une réunion, à contester sur une question technique les propos du directeur général qui mettait en cause un de ses collaborateurs, en des termes qui n'étaient pas diffamatoires, injurieux ou excessifs, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

Soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-14.104, Bull. 2011, V, n° 104 :

« Vu l'article L. 1121-1 du code du travail ;

Attendu que sauf abus, le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle seules les restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées ;

Attendu que pour débouter Mme [X...] de sa demande d'annulation de l'avertissement du 22 novembre 2006, l'arrêt retient qu'elle n'avait pas observé son obligation de réserve et de loyauté à l'égard de l'employeur ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la signature d'une pétition portant sur une demande de personnel supplémentaire, qui ne contient aucun propos injurieux, diffamatoire ou excessif, ne caractérise pas un abus de la liberté d'expression du salarié, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 11-10.793, Bull. 2012, V, n° 202 :

« Vu l'article L. 1121-1 du code du travail ;

Attendu que, sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées ;

Attendu que, pour statuer comme elle a fait, la cour d'appel a encore retenu que le tract du 1er juin 2006 rédigé sur papier à en-tête de l'UNSA-Scutum mentionne : "l'angoisse, le stress, la méfiance et les incertitudes des uns et des autres et ce, face aux rumeurs et autres restructurations tant sournoises qu'hasardeuses, nous ont conduit à la création d'un syndicat autonome d'entreprise", que les adjectifs utilisés pour qualifier la restructuration

"hasardeux" et surtout "sournois" sont clairement péjoratifs et injurieux envers la direction qui l'a décidée, la circonstance que ces critiques émanent d'un cadre qui était jusque là impliqué dans la conception et la mise en œuvre de ce projet et qui en connaissait donc les tenants et les aboutissants, ce qui renforçait le poids de ses critiques, étant de nature à créer ou à nourrir la défiance des salariés envers la direction de l'entreprise, et que M. [X...] a donné à son action le maximum de publicité en affichant ou faisant afficher ce tract dans les deux établissements de Toulouse et de Cergy et en s'en entretenant avec certains salariés pendant les heures de travail et sur les lieux de travail ;

Qu'en statuant ainsi, alors que **l'affichage de ce tract syndical, qui ne contenait aucun propos injurieux, diffamatoire ou excessif, ne caractérisait pas un abus de la liberté d'expression du salarié**, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Soc., 15 janvier 2020, pourvoi n° 18-14.177 :

« Vu les articles L. 1121-1 et L. 1232-1 du code du travail ;

Attendu que **pour débouter le salarié de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour licenciement abusif, l'arrêt retient qu'à l'appui du comportement agressif et critique à l'égard d'autres salariés et des responsables hiérarchiques, provoquant un climat conflictuel et une ambiance délétère, reproché au salarié dans la lettre de licenciement, l'employeur produit des échanges de courriels, que si deux salariés reprochent l'arrogance et/ou l'attitude agressive de l'intéressé, il ressort des courriels produits qu'aucun propos agressif n'a expressément été tenu par ce dernier, qu'en revanche les propos irrespectueux de l'intéressé à l'égard de ces deux salariés, de qui il n'est pas le supérieur hiérarchique, sont inappropriés eu égard au contexte professionnel des échanges**, ce dernier ne pouvant s'adresser à eux de la manière suivante : "peut-on répondre à son besoin oui ou non ?" , "concernant ma demande je ne vous parle pas d'urgence, je vous demande une réponse dans les meilleurs délais", "le premier bon à tirer qui n'est ni fait ni à faire", "crois-tu que je puisse traiter ce genre de mail ?", que si les courriels ne peuvent pas traduire le ton arrogant ou agressif employé par l'appelant, et si le salarié s'est défendu de toute agressivité, il n'en demeure pas moins que ces salariés se sont plaints de son attitude, un tel comportement répété étant nécessairement nuisible au bon fonctionnement de l'entreprise, que l'employeur justifie également du caractère déplacé des propos du salarié à l'égard de son supérieur hiérarchique tel que repris par la lettre de licenciement, notamment par l'emploi des termes suivants "je ne sais pas comment vous pouvez écrire de telles calembredaines", "vous êtes très mal informé", "soyez plus visionnaire M. [G...]" et du courriel aux termes duquel il indique "on est dans la vente de produits techniques pas à la Redoute", que pour autant, il résulte des échanges entre MM. [G...] et [D...] que le salarié n'est pas à l'origine du fait que ces courriels aient été adressés en copie à d'autres salariés, qu'enfin l'employeur ne justifie pas de l'attitude du salarié "particulièrement agressive, allant jusqu'à traiter, à plusieurs reprises, M. [G...] de « menteur »", lors de l'entretien de licenciement, que par conséquent l'attitude du salarié, si elle n'est pas constitutive d'une faute rendant impossible son maintien dans l'entreprise et la poursuite du contrat, en l'absence de tout propos expressément agressif ou arrogant, est néanmoins constitutive d'une cause réelle et sérieuse de licenciement ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors que, **sauf abus, le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci de sa liberté d'expression, sans caractériser en quoi les courriels rédigés par le salarié comportaient des termes injurieux, diffamatoires ou excessifs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.** »

Soc., 8 novembre 2023, pourvoi n° 21-25.990 :

« Vu l'article L. 1121-1 du code du travail :

6. Il résulte de ce texte que, sauf abus résultant de propos injurieux, diffamatoires ou excessifs, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées.

7. Pour rejeter la demande d'annulation de l'avertissement délivré le 12 septembre 2016, l'arrêt constate d'abord qu'il est ainsi libellé : « par courriel adressé à votre ancien responsable hiérarchique, M. F., en date du 12 juillet 2016, vous lui indiquez qu'il fait preuve d'une agitation inappropriée, vous faites notamment état d'une « gestion douteuse » des entretiens annuels, d'une « organisation délétère » et de « conduites abusives » tenues au sein de votre service (...) je ne peux admettre la teneur et le ton que vous employez dans ce courriel. Vous indiquez enfin que si vous l'estimez nécessaire, cette affaire se poursuivra dans un cadre juridique. Les propos tenus et le ton que vous employez dans ce courriel sont exagérés, dénigrants, déplacés et menaçants vis-à-vis de votre encadrement. Ces critiques ne sont aucunement constructives. »

8. L'arrêt retient ensuite, après avoir relevé que le salarié ne conteste pas avoir tenu les propos qui lui sont reprochés, qu'ils apparaissent à tout le moins excessifs d'autant que pressé de se justifier et de s'expliquer, le salarié a refusé de répondre aux convocations de son supérieur et aux questions de la direction des ressources humaines de sorte que, contrairement à ce qu'il prétend, il a été invité à s'expliquer sur les propos qu'il avait tenus et ne peut donc pas reprocher à son employeur d'avoir tenté d'attenter à sa liberté d'expression. Il en déduit que, c'est à juste titre, en l'absence de réponse claire, que l'employeur a invité le salarié à ne pas renouveler ce type de comportement et lui a délivré à cette fin un avertissement qui n'apparaît en aucun cas disproportionné.

9. En statuant ainsi, alors que **le courriel litigieux, adressé uniquement à un supérieur hiérarchique pour dénoncer ses conditions de travail et rédigé en des termes qui n'étaient ni injurieux, ni diffamatoires ou excessifs, ne caractérisait pas un abus dans la liberté d'expression du salarié**, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Pour des exemples d'abus dans l'exercice de la liberté d'expression :

Soc., 29 avril 2009, pourvoi n° 07-44.813 :

« Mais attendu que la cour d'appel a relevé que loin de se borner à critiquer la politique menée par la direction et la rudesse de ton du président, **les messages adressés par voie électronique par le salarié à de nombreux collègues et aux dirigeants de la société mère allemande à l'occasion d'un litige qui ne les concernait pas, caricaturaient les méthodes de gestion du dirigeant de la société française dans des termes excessifs et mettaient en cause son honnêteté et sa loyauté envers l'entreprise en procédant par insinuations et questions insolentes ;** qu'ayant retenu que ces faits, qui faisaient suite à de précédentes accusations injustifiées transmises à la société allemande et que l'ancienneté du salarié et l'absence de sanctions antérieures ne pouvaient excuser, étaient susceptibles d'influer sur la carrière du dirigeant de la filiale française, elle a caractérisé l'abus par l'intéressé de sa liberté d'expression et son intention de nuire à l'employeur ;

Et attendu qu'ayant constaté que l'offre de reprise postérieure au licenciement émanait non de l'employeur mais d'une autre société du groupe, la cour d'appel a justement retenu qu'elle était sans incidence sur l'appréciation de la faute commise ; que le moyen n'est pas fondé. »

Soc., 14 juin 2023, pourvoi n° 21-21.678 :

« 6. La cour d'appel a, d'abord, relevé que, dans un courriel du 3 avril 2013, le salarié avait exprimé une **critique à l'égard de son supérieur hiérarchique auquel il reprochait d'avoir réagi tardivement à une demande de sa part, en des termes insultants et irrespectueux, non justifiés par le contexte** "J'aimerais que tes réponses soient en correspondance avec ton poste de manager et je ne veux plus de ce type de réponse bidon", **propos irrespectueux qu'il avait réitérés dans un second courriel envoyé le lendemain.**

7. Elle a, ensuite, constaté que l'intéressé avait écrit à un autre salarié : "heureusement que d'autres commerciaux sont plus aguerris et réactifs" et avait émis, dans un courriel du 13 février 2013 adressé à son supérieur hiérarchique, un **commentaire désobligeant** à l'égard d'une collaboratrice consultante, libellé en ces termes : "Encore une fois elle ne prévient personne ni le client ni le consultant ; si elle ne fait pas d'effort je t'invite à trouver un nouveau consultant pour ce compte. J'ai déjà eu des accrochages avec elle sur le fait qu'elle ne dise rien au consultant sur site. N'hésites pas à en parler à son responsable le cas échéant car elle n'a pas retenu la leçon".

8. Elle a, également, souligné que le salarié avait fait l'objet d'un **précédent avertissement motivé par son comportement et un mode de communication totalement inappropriés** avec ses collègues de travail, son employeur l'ayant incité à avoir une attitude plus constructive dans ses relations de travail.

9. De ces constatations et énonciations, dont il résultait **l'existence de propos excessifs, la cour d'appel a exactement déduit un abus du salarié dans l'exercice de la liberté d'expression** et, exerçant les pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du code du travail, elle a décidé que le comportement du salarié constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement.

10. Le moyen n'est donc pas fondé. »

Des propos critiques, même vifs, sont insuffisants pour caractériser un abus de la liberté d'expression (Soc., 30 novembre 2017, pourvoi n° 16-21.249) :

« Vu les articles L. 1121-1 et L. 1232-1 du code du travail ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande de nullité du licenciement, l'arrêt retient que la lettre de licenciement ne formule pas le reproche au salarié d'avoir usé, sans abus de sa part, de sa liberté d'expression ni ne vise de propos en particulier, que la lettre de licenciement, rappelant que le salarié a saisi le conseil de prud'hommes, mentionne que cette saisine constituait également son droit absolu, qu'au regard de ces éléments et de l'ensemble des pièces versées aux débats, la violation alléguée par le salarié de ses libertés fondamentales tenant à l'exercice de la liberté d'expression et à l'exercice du droit d'agir en justice pour faire valoir ses droits n'est pas avérée, et, pour dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, que la perte de confiance ne peut motiver en tant que telle un

licenciement, que la lettre de licenciement, sans faire référence à ce qui lui était reproché dans une lettre du 20 mai 2011, énonce à l'encontre du salarié des critiques tenant à son comportement, traduisant selon l'employeur une défiance caractérisée à l'égard de l'entreprise et une volonté de s'inscrire dans un contexte conflictuel alimenté au quotidien, induisant une perte de confiance qui ne pouvait cependant justifier le licenciement du salarié, qu'en outre le comportement critique de ce dernier fustigé par l'employeur dans la lettre de licenciement, qui dénonce une mise en cause régulière de la politique commerciale de l'entreprise et un refus de toute remise en cause personnelle ou des critiques gratuites ne caractérise pas davantage d'abus du salarié dans l'exercice de sa liberté d'expression, faute d'énoncer, et au surplus de caractériser, de propos injurieux, diffamatoires ou excessifs ni de manquement à l'obligation de loyauté du salarié, exerçant des fonctions de direction, envers son employeur ayant eu des répercussions sur la bonne marche de l'entreprise ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que **le salarié avait été licencié pour son comportement critique sans qu'un abus dans l'exercice de sa liberté d'expression ne soit caractérisé, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés.** »

Sur ce droit à la critique, le professeur Loiseau écrit³ :

« De là vient la **conception d'un droit à la libre expression dont la première manifestation est le pouvoir dont jouit chaque salarié de critiquer les conditions de travail dans l'entreprise, l'organisation de l'activité au sein de celle-ci, voire des mesures prises par l'employeur.** Les arrêts sur le sujet sont nombreux à s'en remettre à la liberté d'expression du salarié pour l'exonérer de toute faute et garantir ainsi, en annulant le licenciement dont il a été l'objet, l'effectivité de son droit- liberté. Il est alors significatif que, dans ces décisions, le litige soit systématiquement traité sous l'angle de l'abus - spécialement du caractère prétendument excessif des propos tenus - et qu'une majorité de ces décisions soit des arrêts de censure de décisions de juges du fond ayant retenu l'abus. La Chambre sociale apparaît dans ces conditions attachée à garantir le droit à la libre expression du salarié en en faisant un droit de plein exercice quand les juridictions du fond détectent plus volontiers un dépassement de la liberté d'expression. Dans la masse de la jurisprudence, a ainsi été reconnu au salarié le droit de critiquer la politique commerciale de l'entreprise ou un projet d'établissement ; les juges de cassation ont également admis le fait pour un cadre supérieur d'adresser aux membres du conseil d'administration et aux dirigeants de la société mère une lettre faisant état de décisions incohérentes et contradictoires qui compromettent la pérennité de l'entreprise ; la diffusion d'un tract à la sortie de l'entreprise mettant en cause les pratiques managériales ; ou encore les propos d'un joueur de football professionnel mettant en cause la compétence de l'entraîneur dès lors que ces propos s'inscrivent dans une polémique médiatique entre eux. Bref, **le droit à la libre expression du salarié a une large portée sous les traits d'un droit de critique dès l'instant où la critique est en lien avec l'activité professionnelle et les conditions de son exercice.** »

► Toutefois, la caractérisation de l'abus dans l'exercice de la liberté d'expression au travers du triptyque des « termes injurieux, diffamatoires ou excessifs » est parfois critiqué par la doctrine⁴ :

³ G. Loiseau, « La liberté d'expression du salarié », *RDT* 2014, p. 396.

Selon le professeur Loiseau :

« Il ne sert (...) à rien de qualifier d'abus ce qui est en soi punissable indépendamment de toute considération d'une liberté dévoyée dans son exercice. Rappelons que la **diffamation** est définie par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 comme **toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne auquel le fait est imputé**. Et le même texte définit l'**injure** comme **toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait**. Ne resterait alors que l'**excès** pour caractériser l'abus, mais l'on perçoit immédiatement que cette conception renferme une tautologie : est abusif ce qui est excessif, les termes bégaient pour exprimer l'idée d'un **dépassement du degré de légitimité dans l'exercice de la liberté**. Dans ces conditions, il est plus opportun de dégager l'abus des applications qui en sont faites. Une constante apparaît aussitôt : **ce qui fait l'abus, c'est l'atteinte à la réputation, à l'honneur ou à la considération d'autrui**. L'article 10, § 2, de la Convention EDH retient d'ailleurs la protection de la réputation pour admettre que l'atteinte à celle-ci puisse justifier une sanction de l'exercice de la liberté d'expression. Quant à l'atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne, elle est présente dans la définition de la diffamation. La Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 janvier 2014, rapporte ainsi les choses : « des restrictions peuvent être apportées à la liberté d'expression pour assurer la protection de la réputation et des droits d'autrui dès lors que ces restrictions sont proportionnées au but recherché ». Et les juges de cassation de considérer que, au cas d'espèce mettant en présence un ancien présentateur de télévision et la chaîne qui l'employait, la transaction conclue par le salarié avec son employeur après son licenciement comportant l'engagement réciproque de cesser tout propos critique et dénigrant, précisant les personnes et les programmes que le salarié s'engageait à ne pas critiquer ni dénigrer, était justifiée et proportionnée au but recherché eu égard au principe de la liberté d'expression du salarié. Autrement dit, la liberté d'expression est de celle qui peut donner matière à transaction à condition que les concessions la concernant ne portent pas sur son exercice la liberté étant en soi incompressible - mais sur la prévention de l'abus, s'agissant de l'engagement de ne pas porter atteinte à la réputation d'autrui. Il est net, en tout cas, que **les arrêts font masse pour détecter l'abus dans une telle atteinte : mise en cause de la moralité ou de la probité de l'employeur ou de l'un de ses responsables, dénigrement du supérieur hiérarchique, discrédit jeté sur l'entreprise portant atteinte à sa réputation ou à son image... L'excès est manifestement identifié dans le dévoiement de la liberté d'expression qui ne sert plus la liberté d'émettre des opinions ou de communiquer des informations présentant objectivement un lien avec l'activité professionnelle**. À cet égard, la liberté s'abîme au contact du respect dû à la considération et à la réputation des personnes qui sont - faut-il le rappeler - protégées au titre de l'article 8 de la Convention EDH s'agissant aussi bien des personnes physiques que des personnes morales. Il n'est cependant pas question, en l'occurrence, de concilier des droits et libertés fondamentaux qui entrent en collision ; relief de l'obligation de loyauté à laquelle les juges se réfèrent souvent en la matière, la liberté d'expression s'efface, ou plus exactement dégénère en abus lorsque son exercice, dans et en dehors de l'entreprise, porte atteinte au droit à la réputation et à la considération de l'employeur. »

⁴ E. Dreyer, « La loi sur la liberté de la presse n'est pas applicable quand le salarié abuse de sa liberté d'expression dans l'exécution de son contrat de travail », *JCP* n° 39, 27 septembre 2006, II 10157 ; G. Loiseau, « La liberté d'expression du salarié », préc.

Dans un arrêt publié du 20 avril 2022, la chambre sociale a retenu qu'il était possible, de procéder à un contrôle de proportionnalité s'agissant d'un licenciement portant atteinte à la liberté d'expression (Soc., 20 avril 2022, pourvoi n° 20-10.852, publié, sommaire) :

« La rupture du contrat de travail, motivée par des propos tenus par le salarié, constituant une ingérence de l'employeur dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression, tel que garanti par l'article 10, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il appartient au juge de vérifier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, une telle ingérence est nécessaire dans une société démocratique, et, pour ce faire, d'apprécier la nécessité de la mesure au regard du but poursuivi, son adéquation et son caractère proportionné à cet objectif.

Doit être approuvé l'arrêt qui, ayant fait ressortir que le licenciement, fondé sur la violation par le salarié d'une clause de son contrat de travail d'animateur, poursuivait le but légitime de lutte contre les discriminations à raison du sexe et les violences domestiques et celui de la protection de la réputation et des droits de l'employeur, en a déduit, compte tenu de l'impact potentiel des propos réitérés du salarié, reflétant une banalisation des violences à l'égard des femmes, sur les intérêts commerciaux de l'employeur, que cette rupture n'était pas disproportionnée et ne portait donc pas une atteinte excessive à la liberté d'expression du salarié. »

D'ailleurs, ainsi que le relève M. le conseiller Paul Barincou dans son rapport établi dans le traitement du pourvoi n° X24-13.778, la Cour européenne des droits de l'homme invite à garantir la protection de la liberté d'expression en procédant par trois étapes successives, dès lors qu'il a été constaté que la mesure contestée, en l'espèce le licenciement, constitue une ingérence de l'employeur dans la liberté d'expression du salarié.

Ces étapes peuvent être, comme le propose le guide de la CEDH sur l'application de l'article 10, énumérées de la manière suivante :

1. L'ingérence est-elle prévue par la loi (au sens de la jurisprudence de la CEDH) ?
2. Cette ingérence poursuit-elle l'un des buts légitimes, limitativement énumérés au second paragraphe de l'article 10 de la Convention ?
3. La nécessité de l'ingérence dans une société démocratique est-elle, en l'espèce, caractérisée conformément aux critères dégagés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme laquelle exige notamment que cette ingérence réponde à un « besoin social impérieux » et que la mesure retenue soit proportionnée au but légitime poursuivi.

Cette dernière étape suppose de procéder à une mise en balance dès lors que se trouvent en conflit deux droits protégés par la Convention.

A la suite de l'arrêt du 20 avril 2022 précité, le professeur Fabre s'est interrogé sur un éventuel changement de régime de la liberté d'expression en envisageant un passage d'un contrôle de l'abus par le salarié de l'exercice de sa liberté d'expression à un contrôle de l'atteinte portée à cette même liberté par l'employeur. Selon lui, « ce qui importe, au fond, ce n'est pas de savoir si le salarié a abusé de sa liberté d'expression, mais bien de se demander si l'atteinte portée à cette liberté par l'employeur était admissible »⁵.

⁵ A. Fabre et P. Adam, « Liberté d'expression du salarié : de l'abus à l'atteinte », *RDT* 2022, p. 492.

► Lorsque la lettre de licenciement énonce plusieurs motifs dont l'un porte atteinte à une liberté fondamentale, le juge peut retenir que le salarié a abusé du droit ainsi protégé (Soc., 7 décembre 2022, pourvoi n° 21-19.280) mais il doit, en tout état de cause, examiner le grief énoncé dans la lettre de licenciement qui serait susceptible d'entraîner, à lui seul, la nullité du licenciement. En effet, en présence d'un tel motif contaminant, le juge ne peut pas retenir que l'un des autres griefs énoncés par la lettre de licenciement permet de justifier ce dernier (Soc., 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-20.011 ; Soc., 13 février 2019, pourvoi n° 17-23.720 ; Soc., 22 septembre 2021, pourvoi n° 19-24.705 ; Soc., 28 septembre 2022, pourvoi n° 21-11.101).

Pour une illustration de licenciement fondé en partie sur des griefs tirés de l'exercice par le salarié de sa liberté d'expression, Soc., 29 juin 2022, [pourvoi n° 20-16.060](#).

« 5. Sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression.

6. Le caractère illicite du motif du licenciement prononcé, même en partie, en raison de l'exercice, par le salarié, de sa liberté d'expression, liberté fondamentale, entraîne à lui seul la nullité du licenciement.

7. La cour d'appel a d'abord constaté que la lettre de licenciement articulait trois griefs envers le salarié en lui reprochant, dans un premier temps, les propos qu'il avait tenus dans un courrier adressé au président du directoire du groupe dans lequel il mettait en cause le directeur d'une filiale ainsi que les choix stratégiques du groupe.

8. Elle a ensuite relevé que cette lettre du 23 décembre 2016 adressée par le salarié au président du directoire du groupe, pour dénoncer la gestion désastreuse de la filiale roumaine tant sur le terrain économique et financier qu'en termes d'infractions graves et renouvelées à la législation sur le droit du travail, faisait suite à l'absence de réaction de sa hiérarchie qu'il avait alertée le 2 décembre 2016 sur ces problèmes majeurs de sécurité et de corruption imputables à la gestion antérieure.

9. Elle a enfin retenu que les termes employés n'étaient ni injurieux, ni excessifs, ni diffamatoires à l'endroit de l'employeur et du supérieur hiérarchique.

10. Elle en a exactement déduit, sans avoir à examiner les autres griefs invoqués dans la lettre de licenciement, dès lors qu'il était notamment reproché au salarié cet exercice non abusif de sa liberté d'expression, que le licenciement était nul.

11. Le moyen n'est donc pas fondé ».

La chambre sociale fait ainsi application de la théorie du « motif contaminant » : le motif illicite, alors qualifié de « contaminant », fait obstacle à l'invocation de tout autre grief à l'encontre du salarié. L'illicéité de l'un des motifs du licenciement déteint ainsi sur l'opération tout entière et la contamine.

Commentant cet arrêt, un auteur écrit⁶ :

⁶ M. Peyronnet, « Fun & Pro : quand la sociabilité forcée se heurte au droit du travail », *RDT* 2023, p. 419.

« Le motif contaminant justifiant la nullité du licenciement

L'article L. 1232-6 du code du travail prévoit que la lettre de licenciement doit comporter « l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur ». De cet alinéa, les juges ont logiquement déduit qu'il suffit d'un motif suffisamment réel et sérieux pour justifier un licenciement. Le caractère sérieux peut ainsi découler d'un seul de ces motifs ou de leur combinaison. Il n'en est pas de même en matière de nullité. **La nullité étant prononcée lorsque l'employeur use d'un motif illicite, ou porte atteinte à un intérêt particulièrement protégé, celui-ci ne peut être contre-balançé par un autre motif, qu'importe qu'il soit suffisant pour justifier le licenciement. Le licenciement a été contaminé par ce motif « impure ». L'idée sous-jacente est qu'un tel motif est bien souvent le seul motif réel du licenciement, les autres faisant figure de prétextes. »**

La solution a été reprise dans un arrêt postérieur qui, bien que non publié, a été assez largement commenté en doctrine (Soc., 9 novembre 2022, « Fun and pro », pourvoi n° 21-15.208, préc.). Commentant ce dernier arrêt, un auteur écrit⁷ :

« La violation de la liberté d'expression « corrompt tout ». La Cour reprend l'attendu d'un arrêt rendu le 29 juin dernier en ces termes : « le caractère illicite du motif du licenciement prononcé, même en partie, en raison de l'exercice, par le salarié, de sa liberté d'expression, liberté fondamentale, entraîne à lui seul la nullité du licenciement » (Cass. soc., 29 juin 2022, n° 20-16.060 : JurisData n° 2022-011053). La sanction ne peut pas davantage être minimisée par le juge en retenant un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 16 févr. 2022, n° 19-17.871, préc.). En d'autres termes, le licenciement est nécessairement nul même s'il repose également sur d'autres motifs valables. »

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a consacré cette règle en créant l'article L. 1235-2 du code du travail qui dispose :

« En cas de pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs reprochés au salarié porte atteinte à une liberté fondamentale, la nullité encourue de la rupture ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs énoncés, pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation qu'il fait de l'indemnité à allouer au salarié. »

En application de ce texte, même lorsque l'un des griefs formulés par l'employeur porte atteinte à une liberté fondamentale, le juge doit examiner les autres motifs énoncés dans la lettre de licenciement, non pas pour trouver une justification au licenciement nul mais afin de pouvoir, si l'employeur le lui demande, les prendre en compte dans l'évaluation de l'indemnité pour licenciement nul (Soc., 19 octobre 2022, pourvoi n° 21-15.533, publié).

Dans une étude consacrée à la théorie du motif contaminant, un auteur en expose le contenu en ces termes⁸ :

⁷ S. Theallier et J. Tanguy, « "Fun and pro" : le choix d'un salarié de ne pas adhérer à une culture d'entreprise déviante participe de sa liberté d'expression et d'opinion », *JCP S* n° 50, 20 décembre 2022, p. 1323.

⁸ C. Blanquart, « Le motif contaminant », *JCP S* n° 30-34, 30 juillet 2024, p. 1255.

« Contenu de la règle du motif contaminant

5. - Énoncé pour la première fois à l'occasion d'un litige relatif à la dénonciation par un salarié d'actes de maltraitance Note 14 , **le principe selon lequel l'invocation d'un grief prohibé dans la lettre de licenciement emporte à lui seul la nullité de la rupture a d'abord étonné** en ce que le texte sur lequel cette décision fondatrice s'appuie, à savoir l'article L. 313-24 du Code de l'action sociale et des familles, tel qu'issu d'une loi du 2 janvier 2002, interdit certes à l'employeur, dans les établissements et services sociaux et médicaux sociaux, de prendre toute mesure défavorable à l'égard d'un salarié ayant « témoigné de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie ou relaté de tels agissements » mais ne fait, en revanche, aucune référence à la nullité du licenciement prononcée dans de telles circonstances. Seule la réintégration est envisagée, à condition que le salarié en fasse la demande. Mais la Cour de cassation balaye cette absence d'assise textuelle en affirmant que « le pouvoir reconnu (...) au juge de prononcer la réintégration du salarié licencié implique nécessairement que le licenciement est nul ». **L'apport essentiel de la décision réside toutefois dans l'affirmation que la seule évocation d'un motif illicite dans la lettre de licenciement emporte la nullité de ce dernier. Ce faisant, la règle interdit automatiquement au juge d'examiner les autres motifs invoqués par l'employeur.** La formulation retenue dès 2007 ne prête à aucune confusion : « ayant relevé que dans la lettre de licenciement, l'employeur reprochait au salarié d'avoir dénoncé des actes de maltraitance, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à examiner les autres griefs invoqués , que le licenciement était nul ». **La simple mention d'un grief prohibé emporte ipso facto la nullité de la rupture, ce qui a pour effet de neutraliser le rôle du juge dans l'appréciation de la motivation de celle-ci.** Dans son pourvoi, l'employeur, estimant que l'interdiction posée par le Code de l'action sociale et des familles ne l'empêchait pas de licencier le salarié pour d'autres motifs, reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir constaté que la dénonciation des actes de maltraitance « était la véritable et unique cause du licenciement ». Cet argument est pourtant inopérant. En effet, **même si le motif prohibé n'est pas la seule cause invoquée à l'appui du licenciement, sa seule mention emporte la nullité de la rupture. En d'autres termes, « la seule présence d'un motif entraînant la nullité de la rupture immunise donc le salarié contre les effets d'autres motifs qui seraient réels et sérieux »** Note 15 . C'est ce qui permet d'explicitier la terminologie utilisée pour qualifier cette solution. **L'expression « motif contaminant » traduit en effet l'idée selon laquelle le motif prohibé contamine toute la rupture et fait obstacle à la possibilité d'invoquer d'autres faits et circonstances. Ainsi, même si les autres motifs énoncés sont la véritable cause de la rupture et sont susceptibles de constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, la question n'entre pas dans le débat et la nullité est retenue. Il est donc vain de reprocher au juge de s'en être tenu au seul motif concernant le témoignage de mauvais traitements sans examiner les autres motifs évoqués dans la lettre de licenciement car c'est précisément ce que prescrit la Cour de cassation en décidant qu'il n'a pas à examiner les autres griefs invoqués.**

6. - **Par la suite, la chambre sociale de la Cour de cassation a sensiblement modifié les formulations employées, sans que soit remis en cause le principe énoncé.** Ainsi, dans un arrêt du 10 mars 2009, elle retient que « le grief tiré de la relation des agissements de harcèlement moral par le salarié (...) **emporte à lui seul la nullité de plein droit du licenciement** » Note 16 . De la même façon, dans une décision du 8 juillet 2009, elle énonce que « le caractère illicite du motif du licenciement tiré de la participation à une grève emporte à lui seul la nullité [du] licenciement » Note 17 . **Les termes retenus confirment que le juge ne doit pas chercher à opérer une distinction entre les différentes causes invoquées, pas plus qu'il ne doit les hiérarchiser ou tenter d'établir celle qui a déterminé la décision de l'employeur. Dès lors qu'il constate qu'un motif illicite a été**

exposé, quelles que soient la valeur ou la portée des autres motifs, il doit annuler le licenciement intervenu.

7. - **Sont donc visés par cette jurisprudence dite du motif contaminant tous les motifs illicites, c'est-à-dire tous les motifs sanctionnés par l'annulation du licenciement.** L'article L. 1235-3-1 du Code du travail, issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 Note 18 , dresse aujourd'hui la liste des motifs prohibés entachant le licenciement prononcé de nullité. Il s'agit de la **violation d'une liberté fondamentale**, des faits de harcèlement moral ou sexuel, d'un licenciement discriminatoire, d'un licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes ou à une dénonciation de crime ou de délit, d'un licenciement consécutif à l'exercice d'un mandat par un salarié protégé, de licenciements opérés en violation des dispositions dont bénéficient les salariées en raison de la maternité, de celles applicables aux victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ainsi qu'aux travailleurs en congé parental d'éducation, de paternité ou pour enfant malade. **La référence à « la violation d'une liberté fondamentale » par l'article L. 1235-3-1 du Code du travail, sans autre précision, laisse à la jurisprudence la possibilité d'élargir le champ d'application de la théorie du motif contaminant en fonction du périmètre fixé à la notion de liberté fondamentale** Note 19 . À cet égard, les décisions sont déjà particulièrement nombreuses s'agissant de la **liberté d'ester en justice**. Dans une espèce dans laquelle le licenciement du salarié était notamment motivé par sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, la Cour de cassation a estimé que ce grief « constitutif d'une atteinte à une liberté fondamentale, entraînait à lui seul la nullité du licenciement, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'examiner les autres griefs invoqués par l'employeur pour vérifier l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement » Note 20 . La mention de l'action en justice du salarié entraîne à elle seule la nullité du licenciement et que par conséquent les juges n'ont pas à examiner les autres griefs soulevés. Dans cette affaire, l'employeur avait pourtant tenté de convaincre les juges de l'existence de motifs réels et sérieux au sein de la lettre de licenciement. Celle-ci faisant état de différents manquements suffisamment importants pour justifier, selon l'employeur, le licenciement pour faute grave. Partant, il s'appuyait dans son pourvoi sur l'argument selon lequel « les juges ne peuvent prononcer la nullité qu'après avoir recherché si c'était ladite action qui était à l'origine de la rupture du contrat ». Il cherchait ainsi à convaincre les juges de ce que le motif illicite doit être déterminant pour pouvoir emporter la nullité de la rupture. Ce raisonnement est écarté car l'atteinte au droit d'agir en justice du salarié suffit à contaminer le licenciement prononcé et à imposer son annulation « nonobstant l'existence d'autres motifs potentiellement constitutifs d'une cause réelle et sérieuse dans la lettre de licenciement » Note 21 . La seule mention de la demande de résiliation judiciaire du salarié dans la lettre de licenciement suffit à emporter la nullité de la rupture. Le fait que l'auteur du licenciement ait indiqué que cette action n'était pas « répréhensible en elle-même » ne permet pas de l'exonérer. **Ainsi, « la rétorsion, même si elle ne constituait pas le motif déterminant du licenciement, le contamine et exclut toute justification »** Note 22 , **sauf pour l'employeur à apporter la preuve de l'abus commis par le salarié ou de sa mauvaise foi**. L'employeur imprudent, qui pouvait pourtant s'appuyer sur des motifs licites constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement, doit ainsi affronter une « présomption d'illicéité de la rupture » Note 23 qu'il n'est pas autorisé à renverser Note 24 . **Dans le même temps, l'office du juge est précisé, celui-ci étant dispensé de l'examen des autres motifs pourtant susceptibles de constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement.** La volonté de protéger le droit d'agir en justice du salarié est telle que la jurisprudence a considéré que l'évocation dans la lettre de licenciement d'une simple menace d'action en justice du salarié contre la société entraînait à elle seule la nullité de la rupture. Selon la Cour de cassation, « la seule référence dans la lettre de rupture à une procédure contentieuse envisagée par le salarié [est] constitutive d'une atteinte à la liberté fondamentale d'ester en justice » Note 25 . Dès lors, « la menace d'une action en justice est

protégée comme l'action elle-même » Note 26 . Le pourvoi de l'employeur aux termes duquel « seule la référence, dans la lettre de licenciement, à une action judiciaire effectivement engagée par le salarié est susceptible de constituer une atteinte effective au droit d'agir en justice et, ce faisant, de justifier l'annulation du licenciement », est rejeté pour assurer pleine protection à la liberté fondamentale d'ester en justice. Le droit d'agir en justice du salarié est ainsi protégé y compris lorsqu'il ne constitue encore qu'un projet, dès lors que l'employeur y fait référence dans la lettre de licenciement. En d'autres termes, « puisqu'il en a parlé dans la lettre, il est impossible à l'employeur de prétendre que cet élément n'a pas compté » Note 27 . Et dès lors que cet élément a compté, fût-ce de manière relative, la nullité l'emporte. Cette solution s'impose quand bien même l'exercice d'une action en justice n'est pas le motif déterminant de la rupture du contrat et alors que l'employeur est en mesure d'invoquer d'autres griefs susceptibles de caractériser une cause réelle et sérieuse de licenciement.

8. - Si le droit d'agir en justice a donné lieu à un contentieux abondant permettant de délimiter le champ d'application du motif contaminant, il ne constitue pas la seule liberté fondamentale dont la violation est sanctionnée par la nullité de la rupture. Parmi les autres libertés fondamentales susceptibles d'être mobilisées, figurent ainsi la liberté de témoigner en justice Note 28 et la liberté d'expression du salarié. S'agissant de cette dernière, la chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé, dans une décision du 29 juin 2022, que le « caractère illicite du licenciement prononcé, même en partie, en raison de l'exercice, par le salarié, de sa liberté d'expression, liberté fondamentale, entraîne à lui seul la nullité du licenciement » Note 29 .

9. - L'ampleur et la variété de la jurisprudence relative au motif contaminant confirment l'importance de sa place dans le régime juridique de la rupture du contrat de travail. Toute évocation d'un grief prohibé dans la lettre de licenciement oblige le juge à l'annuler sans pouvoir se livrer à l'analyse des autres motifs pourtant susceptibles de constituer une cause réelle et sérieuse de rupture. La rigueur du principe est manifeste. »

Au cas présent, la *cour d'appel* a, d'abord, constaté que la salariée avait été licenciée :

- en premier lieu, pour avoir déclaré devant des salariés de l'établissement que le directeur général lui aurait demandé de procéder à une réduction budgétaire du groupe 2, donc de la masse salariale de l'établissement, dans des proportions suffisamment conséquentes pour générer l'inquiétude des salariés, ce qui discréditerait le directeur général et l'association en général (arrêt p. 12 § 6, tiret 1) ;
- en deuxième lieu, pour avoir adressé un courrier électronique du 18 septembre 2020 préparatoire à un rendez-vous avec la directrice des ressources humaines et le directeur général, caractérisant un positionnement managérial particulièrement agressif et en tout état de cause aux antipodes des valeurs portées par l'association, indiquant notamment « par contre j'ai un noyau de 6 voire 7 personnes à casser pour avancer positivement : les 2 cadres, la compta, les 2 ES du DAF, 1 éducateur animation (et ce n'est pas M. [A]) et éventuellement, 1 éducatrice animation. J'ai parallèlement du personnel qui vieillit et qui à mon sens perd de l'aptitude dans leur poste de travail : les 2 éducateurs donc j'ai parlé ci-dessus, une ME à mi-temps, une ES à mi-temps » (arrêt p. 12 § 6, tiret 2) ;
- en troisième lieu, pour être intervenue en réunion institutionnelle disqualifiant les demandes du siège et/ou du directeur général notamment en disant « vous n'avez pas de chance que M. [Y] soit venu ce matin » (arrêt p. 12 § 6 tiret 3) ;
- en quatrième lieu, pour avoir sollicité le président de l'association par courrier électronique du 1^{er} octobre 2020 afin qu'il assiste à l'entretien préalable au mépris des règles applicables en la matière et en indiquant « je me permets de vous solliciter afin que vous puissiez assister à cet entretien pour entendre mes explications sans aucune distorsion » (arrêt p. 12 § 6, tiret 4).

Elle a, ensuite, relevé que les deux premiers griefs ne relevaient aucunement du champ de la liberté d'expression mais sanctionnaient pour le premier une divulgation non autorisée d'informations inquiétantes pour les salariés, ce qui relevait d'un manquement à l'obligation de loyauté, et pour la deuxième d'un management inadapté par rapport aux valeurs de l'association, ce qui relevait d'un problème de comportement institutionnel, mais que les deux autres griefs avaient trait à des propos ou demande formulés par la salariée ou qui lui étaient attribués jetant le discrédit sur le directeur général, ce qui relevait en l'occurrence de l'exercice du droit à la liberté d'expression (arrêt p. 13 § 1 et 2).

Après avoir retenu qu'il convenait de déterminer si les propos et demande de la salariée reprochés à la salariée au titre de ces deux derniers griefs relevaient d'un abus de son droit à la liberté d'expression, seul à même de justifier le prononcé du licenciement (arrêt p. 13 § 3), elle a, enfin, retenu que, si le fait d'avoir sollicité le président de l'association afin qu'il assiste à l'entretien préalable au motif, explicitement indiqué, de son souhait qu'il puisse « entendre [ses] explications sans aucune distorsion » caractérisait un manque de confiance d'une salariée à l'égard de son supérieur hiérarchique, cette demande ne revêtait aucun caractère diffamatoire, injurieux ou excessif (arrêt p. 13 § 4).

Elle en a déduit que, dans ces conditions, sans qu'il soit nécessaire de statuer d'une part sur le caractère abusif des autres propos qui auraient été tenus par la salariée et d'autre part sur le bien-fondé des griefs comportementaux par ailleurs allégués, le licenciement fondé en partie sur le fait que celle-ci a manifesté par écrit son manque de confiance à l'égard de son supérieur hiérarchique, ce faisant sans excès, injure ou diffamation, porte atteinte à son droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de son travail (arrêt p. 13 § 5).

Le *mémoire ampliatif* fait valoir que la cour d'appel a fait une application erronée de la théorie du motif contaminant et que son raisonnement procède d'une erreur de droit puisqu'elle s'est bornée à effectuer une analyse séparée et individuelle de chacun des propos en cause, alors qu'il lui appartenait de rechercher, comme elle y était invitée, si, pris dans leur ensemble, ces faits caractérisaient un usage abusif par la salariée de sa liberté d'expression. Il ajoute que l'existence d'un abus devait s'analyser au regard de tous les éléments de contexte avancés par l'employeur et au regard de l'ensemble des propos tenus par la salariée à l'égard de sa direction, dont elle remettait en cause la probité.

Le *mémoire en défense* soutient, en premier lieu, que la recevabilité du moyen est sujette à caution, l'employeur n'ayant nullement invité les juges du fond à éviter de limiter leur analyse aux griefs pris isolément au détriment d'une analyse d'ensemble. Il fait valoir, en deuxième lieu et en tout état de cause, que le moyen n'est pas fondé, le constat d'un motif contaminant dispensant le juge d'une analyse d'ensemble et même lui interdisant de le faire. A ce titre, il ajoute que l'interdiction de juger les griefs isolément reviendrait à dire qu'un cas d'atteinte à la liberté d'expression serait neutralisé par un cas d'abus dans l'exercice de ce droit. Il soutient, en troisième lieu, que le moyen est inopérant, les propos non examinés par la cour d'appel ayant été sortis de leur contexte et étant, remis dans leur contexte, en tout cas exempt de toute diffamation, injure ou excès.

Il appartiendra à la chambre de se prononcer sur les mérites du moyen et de dire si les juges du fond doivent examiner l'ensemble des propos tenus par un salarié avant de se prononcer sur la nullité du licenciement ou si le simple constat qu'un seul des propos tenus ne présente pas un caractère abusif suffit à entraîner la nullité.

