

SOC.

OR

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 29 juin 2022

Cassation partielle

M. HUGLO, conseiller doyen  
faisant fonction de président

Arrêt n° 794 F-D

Pourvoi n° C 21-11.816

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 29 JUIN 2022

Mme [P] [D], épouse [U], domiciliée [Adresse 4], [Localité 1], a formé le pourvoi n° C 21-11.816 contre l'arrêt rendu le 2 décembre 2020 par la cour d'appel de Paris (Pôle 6- chambre 4), dans le litige l'opposant à la société HSBC Continental Europe, société anonyme, dont le siège est [Adresse 2], [Localité 3], anciennement HSBC France, défenderesse à la cassation.

La société HSBC Continental Europe a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, le moyen de cassation également annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Agostini, conseiller, les observations de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de Mme [D], de la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat de la société HSBC Continental Europe, après débats en l'audience publique du 18 mai 2022 où étaient présents M. Huglo, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Agostini, conseiller rapporteur, Mme Sommé, conseiller, et Mme Aubac, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

#### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 décembre 2020), Mme [D] a été engagée le 1er septembre 1982 en qualité de secrétaire par le Crédit commercial aux droits duquel vient la société HSBC Continental Europe (la société). Placée en congé maternité puis congé parental entre 1989 et 1996, elle a ensuite occupé un emploi de chargée d'accueil, à temps partiel jusqu'en 2009. Elle a exercé successivement et concomitamment plusieurs mandats de représentant du personnel et de délégué syndical entre 1998 et juin 2017.

2. Le 10 septembre 2012, la salariée a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir son repositionnement conventionnel et son affectation sur un autre poste ainsi que le paiement de diverses sommes à titre salarial et à titre de dommages-intérêts pour discrimination syndicale et à raison du sexe.

3. Le 18 juin 2018, la salariée a été licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement suite à l'avis d'inaptitude du 24 avril 2018 du médecin du travail mentionnant que son état de santé faisait obstacle à tout reclassement dans un emploi.

#### Examen des moyens

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal et le moyen du pourvoi incident, ci-après annexés

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le troisième moyen du pourvoi principal

#### Enoncé du moyen

5. La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse alors « que la méconnaissance des dispositions relatives au reclassement du salarié déclaré inapte consécutivement à un accident non professionnel ou une maladie, dont celle imposant à l'employeur de consulter le comité social et économique, prive le licenciement de cause réelle et sérieuse ; qu'en jugeant qu'il importe peu que le comité social et économique n'ait pas été consulté pour dire le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé l'article L 1226-2 du code du travail dans sa rédaction alors en vigueur. »

#### Réponse de la Cour

6. Il résulte de l'article L. 1226-2 du code du travail, que lorsque le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle est déclaré inapte par le médecin du travail, en application de l'article L. 4624-4, à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités, et que cette proposition doit prendre en compte, après avis du comité social et économique lorsqu'il existe, les conclusions écrites du

médecin du travail et les indications qu'il formule sur les capacités du salarié à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise.

7. Selon l'article L. 1226-2-1, alinéas 2 et 3 du code du travail, l'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie soit de son impossibilité de proposer un emploi dans les conditions prévues à l'article L. 1226-10, soit du refus par le salarié de l'emploi proposé dans ces conditions, soit de la mention expresse dans l'avis du médecin du travail que tout maintien du salarié dans l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi.

8. Il s'ensuit que, lorsque le médecin du travail a mentionné expressément dans son avis que tout maintien du salarié dans l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi, l'employeur, qui n'est pas tenu de rechercher un reclassement, n'a pas l'obligation de consulter le comité social et économique.

9. La cour d'appel, qui a constaté que l'avis du médecin du travail mentionnait expressément que l'état de santé de la salariée faisait obstacle à tout reclassement dans un emploi, en a déduit à bon droit que l'employeur n'était pas tenu de consulter le comité social et économique.

10. Le moyen n'est donc pas fondé.

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en ses sixième et septième branches

Enoncé du moyen

11. La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes tendant à voir condamner l'employeur à la placer au niveau H statut cadre à tout le moins à compter du mois de janvier 2007, à lui verser des rappels de salaires, congés payés et indemnités de licenciement et diverses sommes à titre de dommages-intérêts du fait des mesures discriminatoires subies, en réparation de ses préjudices financier et professionnel et du préjudice moral, alors :

« 6°/ qu'au titre des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale, la cour d'appel a encore retenu l'absence de tout entretien annuel d'évaluation depuis 2011 ; qu'en écartant toute discrimination aux motifs, impropres à l'exclure, que l'employeur se reporte à l'accord relatif à l'exercice du droit syndical au sein de l'unité économique et sociale qui prévoit, pour les mandats syndicaux à plein temps, dans son chapitre II, §2.3 un entretien annuel de développement avec un compte-rendu synthétique, distinct du compte rendu d'évaluation, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du code du travail ;

7°/ qu'en écartant toute discrimination aux motifs, impropres à l'exclure, que l'employeur se reporte à l'accord relatif à l'exercice du droit syndical au sein de l'unité économique et sociale qui prévoit, pour les mandats syndicaux à plein temps, dans son chapitre II, §2.3 un entretien annuel de développement avec un compte-rendu synthétique, distinct du compte rendu d'évaluation, sans s'assurer que la salariée avait effectivement bénéficié de tels entretiens, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du code du travail. »

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 2141-5 du code du travail dans leur rédaction applicable en la cause :

12. En application de l'article L. 1134-1 du code du travail, lorsque le salarié présente plusieurs éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments pris dans

leur ensemble laissent supposer l'existence d'une telle discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

13. Pour débouter la salariée de sa demande de dommages-intérêts à titre de discrimination syndicale, l'arrêt énonce que l'employeur se reporte à l'accord relatif à l'exercice du droit syndical dans l'unité économique et sociale (UES) qui prévoit, pour les salariés titulaires de mandats syndicaux à temps plein, un entretien annuel de développement avec un compte-rendu synthétique, distinct du compte rendu d'évaluation.

14. En se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'existence d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination syndicale, alors que la salariée faisait valoir qu'elle n'avait pas fait l'objet d'évaluation depuis 2011, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute Mme [D] de ses demandes au titre de la discrimination de repositionnement conventionnel, de rappels de salaires et de dommages-intérêts en réparation de ses préjudices financier, professionnel et de son préjudice moral l'arrêt rendu le 2 décembre 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, sur ces points l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne la société HSBC Continental Europe aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société HSBC Continental Europe et la condamne à payer à Mme [D] la somme de 3 000 euros.

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-neuf juin deux mille vingt-deux.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour Mme [D], demanderesse au pourvoi principal

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Mme [U] fait grief à l'arrêt attaqué de l'AVOIR déboutée de ses demandes tendant à voir condamner la société HSBC à la placer au niveau H statut cadre à tout le moins à compter du mois de janvier 2007, à lui verser des rappels de salaires, congés payés et indemnités de licenciement et diverses sommes à titre de dommages-intérêts du fait des mesures discriminatoires subies en réparation de ses préjudices financier et professionnel et du préjudice moral, d'indemnité pour licenciement nul et d'indemnité compensatrice de préavis.

1° ALORS QU'il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au salarié, d'établir que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination ; qu'après avoir constaté que le panel produit par la salariée permet de retenir qu'au regard du salaire moyen brut par année, de 2006 à 2018, elle a présenté un retard de salaire pour les

niveaux E et F pendant toutes ces années, sauf en 2017, et de façon substantielle entre 12. 853 € et 6. 158 € notamment par rapport à ses collègues masculins et estimé que ces éléments laissent supposer l'existence d'une discrimination, la cour d'appel adoptant les motifs des premiers juges a retenu que, concernant 13 des salariés du panel, l'employeur démontre « que les éléments retenus pour leur évolution de carrière sont intégrés dans le processus de révision salariale prenant en compte les performances individuelles de chacun (entretiens d'évaluations) » ; qu'en statuant ainsi, cependant que le défaut d'entretien d'évaluation depuis 2011, dont la cour d'appel a constaté qu'elle laissait présumer l'existence d'une discrimination, participait de la discrimination dénoncée, en sorte que l'évolution de carrière plus favorable dont avaient bénéficié certains salariés à raison de leurs entretiens d'évaluation ne pouvaient trouver une justification objective dans ces entretiens dont Mme [U] avait été privée, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du code du travail.

2° ALORS QUE seuls des éléments objectifs et pertinents au regard de l'avantage en cause peuvent justifier une différence de traitement ; que les diplômes ne peuvent justifier une différence de salaire qu'à l'embauche, et pour autant qu'ils sont en relation avec les exigences du poste et les responsabilités effectivement exercées ; qu'en jugeant que la différence de traitement opérée au détriment de Mme [U] était justifiée, s'agissant de six salariés composant le panel, au regard des diplômes supérieurs dont ils justifiaient, sans s'assurer que ces diplômes étaient en relation avec les exigences du poste et les responsabilités effectivement exercées, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du code du travail.

3° ALORS QUE seuls des éléments objectifs et pertinents au regard de l'avantage en cause peuvent justifier une différence de traitement ; que ni le fait que la salariée ait bénéficié d'une augmentation de salaire en 2010 pour un montant supérieur au minimum conventionnel, ni le fait que l'employeur ait mis en oeuvre l'accord relatif à l'exercice du droit syndical prévoyant un examen annuel de situation et la possibilité de soumettre des situations particulières à des contrôles, ni le fait que le panel produit par la salariée ait pu receler des incohérences ni même encore le fait que le panel produit par l'employeur et les analyses faites par lui aient pu montrer une évolution comparable et une rémunération de la salariée supérieure à la moyenne des rémunérations emploi-type, ne sont de nature à justifier objectivement le retard substantiel de rémunération constaté par la cour d'appel ; qu'en fondant sa décision sur les objections de l'employeur tirées de telles considérations, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à caractériser des éléments objectifs justifiant la situation dont elle a constaté qu'elle laissait présumer l'existence d'une discrimination, a violé les articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du code du travail.

4° ALORS QU'en se fondant, pour écarter la discrimination, sur un panel produit par l'employeur et composé uniquement de chargés d'accueil, cependant que le maintien de la salariée dans les fonctions de chargé d'accueil participait précisément de la discrimination dénoncée et que laissait présumer l'absence d'entretien d'évaluation depuis 2011, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du code du travail.

5° ALORS QUE la salariée faisait valoir que le panel de l'employeur était composé de 13 chargés d'accueil seulement, pour un effectif de 467 salariés, dont 111 au niveau F correspondant au sien ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen déterminant tiré de la délimitation arbitraire du panel de l'employeur, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

6° ALORS QU'au titre des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale, la cour d'appel a encore retenu l'absence de tout entretien annuel d'évaluation depuis 2011 ; qu'en écartant toute discrimination aux motifs, impropres à l'exclure, que l'employeur se reporte à l'accord relatif à l'exercice du droit syndical au sein de l'UES (pièce n° 4) qui prévoit, pour les mandats syndicaux à plein temps, dans son chapitre II, §2.3 un entretien annuel de développement avec un compte-rendu synthétique, distinct du compte rendu d'évaluation, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du code du travail.

7° ALORS QU'en écartant toute discrimination aux motifs, impropres à l'exclure, que l'employeur se reporte à l'accord relatif à l'exercice du droit syndical au sein de l'UES (pièce n° 4) qui prévoit, pour les mandats syndicaux à plein temps, dans son chapitre II, §2.3 un entretien annuel de développement avec un compte-rendu synthétique, distinct du compte rendu d'évaluation, sans s'assurer que la salariée avait effectivement bénéficié de tels entretiens, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du code du travail.

8° ALORS QU'après avoir constaté que le panel produit par la salariée permet de retenir qu'au regard du salaire moyen brut par année, de 2006 à 2018, elle a présenté un retard de salaire pour les niveaux E et F pendant toutes ces années, sauf en 2017, et de façon substantielle entre 12. 853 € et 6. 158 € notamment par rapport à ses collègues masculins et estimé que ces éléments laissent supposer l'existence d'une discrimination, la cour d'appel a retenu, pour écarter la discrimination, que la seule situation de M. [T] ne suffit pas à faire présumer la discrimination fondée sur le sexe et que de plus, l'employeur justifie d'une rémunération moyenne annuelle comparable aux salariés masculins ; qu'en statuant ainsi cependant qu'il lui appartenait de rechercher si l'employeur justifiait objectivement le traitement défavorable fait à la salariée au regard du traitement plus favorable dont a bénéficié son collègue masculin, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du code du travail.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Mme [U] fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué de l'AVOIR déboutée de ses demandes de dommages-intérêts pour harcèlement moral et violation de l'obligation de sécurité, d'indemnité pour licenciement nul et d'indemnité compensatrice de préavis.

ALORS QU'au titre du harcèlement moral qu'elle dénonçait, la salariée faisait notamment valoir que la proposition de passage à temps partiel qui lui avait été soumise par son employeur, et qu'elle n'avait pas acceptée, avait été mise en oeuvre sans son accord ; qu'après avoir dit établie une présomption de harcèlement moral tenant notamment à la proposition de passage à temps partiel, la cour d'appel a écarté le harcèlement moral au motif que la salariée aurait demandé à bénéficier d'un contrat de travail à temps partiel ; qu'en statuant ainsi sans répondre aux conclusions de la salariée qui faisait valoir que ce temps partiel ne lui avait pas seulement été proposé mais lui avait été imposé alors qu'elle avait manifesté son désaccord, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de réponse à conclusions en violation de l'article 455 du code de procédure civile.

#### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

subsidaire aux deux précédents Mme [U] fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué de l'AVOIR déboutée de sa demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

ALORS QUE la méconnaissance des dispositions relatives au reclassement du salarié déclaré inapte consécutivement à un accident non professionnel ou une maladie, dont celle imposant à l'employeur de consulter le comité social et économique, prive le licenciement de cause réelle et sérieuse ; qu'en jugeant qu'il importe peu que le CSE n'ait pas été consulté pour dire le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé l'article L 1226-2 du code du travail dans sa rédaction alors en vigueur.

Moyen produit par la SCP Gatineau, avocat aux conseils, pour la société HSBC Continental Europe, demanderesse au pourvoi incident

La société HSBC CE fait grief à l'arrêt attaqué de l'AVOIR condamnée à payer à la salariée la somme de 20 000 euros au titre de la liquidation de l'astreinte prononcée par arrêt de la cour d'appel de Paris du 3 avril 2019 ;

1°) ALORS QUE le juge saisi d'une demande de liquidation d'astreinte doit la supprimer si le débiteur de l'obligation sous astreinte établit l'existence d'une cause étrangère rendant impossible l'exécution de cette obligation, caractérisée notamment par la non détention de l'objet de l'obligation au jour de la décision du juge qui a prononcé l'astreinte, fut-ce en raison de son absence de conservation par le débiteur de l'obligation ; qu'en l'espèce, la cour d'appel de Paris avait par arrêt du 3 avril 2019, condamné l'employeur à produire divers documents concernant 19 salariés, sous astreinte non définitive de 260 euros par jour de retard passé un délai de deux mois à compter de la décision, afin de permettre à la salariée, qui invoquait une discrimination, de faire valoir utilement ses droits ; que l'employeur qui avait produit les bulletins de décembre des 19 salariés inclus dans le panel de comparaison de la salariée de 2006 à 2018, invoquait l'impossibilité technique d'éditer les bulletins de salaire de ces salariés pour les années antérieures à 2006 en raison de la modification des outils de paie à partir de 2006 ; qu'en affirmant que la modification alléguée résultait de la seule action de l'employeur pour affirmer qu'il ne s'agissait pas d'une cause étrangère, la cour d'appel a statué par des motifs inopérants et partant a violé l'article L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution ;

2°) ALORS en tout état de cause QUE lorsque l'exécution partielle par le débiteur de l'obligation de communication de pièces jointes par le juge sous astreinte, permet d'accéder à l'information attendue, l'injonction est satisfaite en substance et la demande de liquidation d'astreinte est sans objet ; qu'en l'espèce, la cour d'appel de Paris avait, par arrêt du 3 avril 2019, condamné l'employeur à produire divers documents concernant 19 salariés, sous astreinte non définitive de 260 euros par jour de retard passé un délai de deux mois à compter de la décision, afin de permettre à la salariée, qui invoquait une discrimination, de faire valoir utilement ses droits ; que la cour d'appel de Paris, dans l'arrêt attaqué, a constaté que l'employeur s'était en partie exécuté sur une période de 12 années, ce qui permettait de retracer une évolution salariale suffisante pour apprécier la discrimination invoquée ; qu'en liquidant toutefois l'astreinte à hauteur de 20 000 euros, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution.