

# Contrat de travail, exécution

## Validité du certificat E101 et décision de condamnation pénale pour travail dissimulé, devenue définitive

---

**SOC., 31 MARS 2021, POURVOI N° 16-16.713, FP-P+R+I** >

Sommaire :

*D'une part, par arrêt du 14 mai 2020 (Bouygues travaux publics e.a., C-17/19), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit qu'un certificat E 101, délivré par l'institution compétente d'un État membre, au titre de l'article 14, point 1, sous a), ou de l'article 14, point 2, sous b), du règlement (CEE) n° 1408/71, à des travailleurs exerçant leurs activités sur le territoire d'un autre État membre, et un certificat A 1, délivré par cette institution, au titre de l'article 12, paragraphe 1, ou de l'article 13, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 883/2004, à de tels travailleurs, s'imposent aux juridictions de ce dernier État membre uniquement en matière de sécurité sociale.*

*Il en résulte que le maintien d'un certificat E101 ne fait pas obstacle à ce que le juge de l'État membre d'accueil applique les règles nationales de droit du travail relatives à la relation de travail en cause et sanctionne la violation par l'employeur d'obligations que le droit du travail met à la charge de celui-ci.*

*D'autre part, par arrêt du 2 avril 2020 (CRPNPAC et Vueling airlines, C-370/17 et C-37/18), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que :*

*1°. l'article 11, paragraphe 1, sous a), du règlement (CEE) n° 574/72 doit être interprété en ce sens que les juridictions d'un État membre, saisies dans le cadre d'une procédure judiciaire diligentée contre un employeur pour des faits de nature à révéler une obtention ou une utilisation frauduleuses de certificats E 101 délivrés au titre de l'article 14, point 1, sous a), du règlement n° 1408/71, à l'égard de travailleurs exerçant leurs activités dans cet État membre, ne peuvent constater l'existence d'une fraude et écarter en conséquence ces certificats qu'après s'être assurées, d'une part, que la procédure prévue à l'article 84 bis, paragraphe 3, de ce règlement a été promptement enclenchée et l'institution compétente de l'État membre d'émission a été mise en mesure de réexaminer le bien-fondé de la délivrance desdits certificats à la lumière des éléments concrets soumis par l'institution compétente de l'État membre d'accueil qui donnent à penser que les mêmes certificats ont été obtenus ou invoqués de manière frauduleuse, et, d'autre part, que l'institution compétente de l'État membre d'émission s'est abstenue de procéder à un tel réexamen et de prendre position, dans un délai raisonnable, sur ces éléments, le cas échéant, en annulant ou en retirant les certificats en cause.*

*2°. l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 574/72, et le principe de primauté du droit de l'Union doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent, dans le cas où un employeur a fait l'objet, dans l'État membre d'accueil, d'une condamnation pénale fondée sur un constat définitif de fraude opéré en méconnaissance de ce droit, à ce qu'une juridiction civile de cet État membre, tenue par le principe de droit national de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, mette à la charge de cet employeur, du seul fait de cette condamnation pénale, des dommages-intérêts destinés à indemniser les travailleurs ou un organisme de retraite de ce même État membre victimes de cette fraude.*

*Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui, pour condamner un employeur à payer diverses sommes à titre d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé par dissimulation d'activité pour défaut de déclaration aux organismes de sécurité sociale et de dommages-intérêts pour absence de cotisations sociales en France, se fonde, en présence d'un certificat E 101 dont la validité a été confirmée par l'autorité émettrice, sur l'autorité de la chose jugée revêtue par une condamnation pénale reposant sur un constat définitif de fraude opéré en méconnaissance du droit de l'Union européenne.*

*Voir aussi la note explicative relative à cet arrêt.*

## Rétrogradation disciplinaire : la signature d'un avenant au contrat de travail ne vaut pas renonciation par le salarié à contester sa sanction

**SOC., 14 AVRIL 2021, POURVOI N° 19-12.180, FS-P >**

Sommaire :

*L'acceptation par le salarié de la modification du contrat de travail proposée par l'employeur à titre de sanction n'emporte pas renonciation du droit à contester la régularité et le bien-fondé de la sanction.*

*Encourt en conséquence la cassation l'arrêt qui retient que le salarié qui a signé l'avenant entérinant sa rétrogradation disciplinaire n'est plus fondé à la remettre en cause, alors qu'il appartenait à la cour d'appel de s'assurer, comme elle y était invitée, de la réalité des faits invoqués par l'employeur, de leur caractère fautif et de la proportionnalité de la sanction prononcée à la faute reprochée.*

Commentaire :

En rappelant que l'acceptation par le salarié d'un avenant à son contrat de travail, entérinant en réalité une sanction disciplinaire modifiant ce contrat, n'emportait pas renonciation du droit du salarié à contester par la suite la régularité et le bien-fondé de cette sanction, la chambre confirme sa jurisprudence antérieure.

En effet, cette position avait déjà été affirmée dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en chambre mixte. Dans cette affaire où un salarié avait fait l'objet d'une rétrogradation disciplinaire et avait signé en conséquence un avenant à son contrat de travail, la Cour avait jugé que le salarié conservait la faculté de contester la sanction dont il avait fait l'objet (Ch. mixte., 18 mai 2007, pourvoi n° 05-40.803, Bull. 2007, Ch. Mixte, n°3, publié au Rapport annuel de la Cour de cassation)

Un arrêt non publié avait pu prêter à confusion, dans la mesure où la chambre sociale y rappelait le principe selon lequel « la modification du contrat de travail par l'employeur, pour quelque cause que ce soit, nécessite l'accord du salarié », et entérinait la solution rendue en appel considérant que « la salariée, qui n'avait pas évoqué l'existence d'une sanction pécuniaire, avait donné son accord à la modification de son contrat de travail » pour rejeter sa demande en annulation de la sanction disciplinaire (Soc., 30 novembre 2016, pourvoi n°15-14.572).

Le présent arrêt revient donc à la position habituelle de la chambre en matière de sanction disciplinaire, dont le régime l'emporte sur celui de la modification du contrat de travail.

# Durée du travail

Nullité des conventions de forfait en jours conclues en vertu d'un accord collectif qui ne garantit pas les durées raisonnables de travail et les repos journaliers et hebdomadaires

---

**SOC., 24 MARS 2021, POURVOI N° 19-12.208, FS-P+I >**

Sommaire :

*Le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles.*

*Il résulte des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 que les Etats membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur.*

*Toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires.*

*L'article 3, II, de l'accord du 23 juin 2000 relatif à l'application de la RTT dans le secteur du bricolage, qui se borne à prévoir, d'une part, que le chef d'établissement veille à ce que la charge de travail des cadres concernés par la réduction du temps de travail soit compatible avec celle-ci, d'autre part, que les cadres bénéficient d'un repos quotidien d'une durée minimale de 11 heures consécutives et ne peuvent être occupés plus de six jours par semaine et qu'ils bénéficient d'un repos hebdomadaire d'une durée de 35 heures consécutives, sans instituer de suivi effectif et régulier permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, n'est pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et à assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé. La convention de forfait en jours conclue en application de cet accord collectif est donc nulle.*

Commentaire :

La présente affaire traite de la validité d'une convention de forfait en jours prévu par un accord collectif de branche, l'accord du 23 juin 2000 relatif à l'application de la RTT dans le secteur du bricolage, examiné au regard des exigences tant du droit interne que du droit de l'Union européenne.

Par cet arrêt, la chambre sociale rappelle, dans la lignée de sa jurisprudence constante, la nécessité d'assurer l'effectivité du droit au repos, par un dispositif de suivi régulier de la charge de travail du salarié (Soc., 17 janvier 2018, pourvoi n° 16-15.124, Bull. 2018, V, n° 2 ; Soc., 6 novembre 2019, pourvoi n° 18-19.752, en cours de publication)

A cette fin, elle sanctionne par la nullité les accords dont les dispositions n'assurent pas la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires.

# Travail, réglementation, santé et sécurité

## Contestation des décisions du médecin du travail portant sur des éléments de nature médicale, depuis l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017

---

**SOC., AVIS N° 15-002, 17 MARS 2021, POURVOI N° 21-70.002, P+I >**

*La contestation dont peut être saisi le conseil de prud'hommes, en application de l'article L. 4624-7 du code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, doit porter sur l'avis du médecin du travail. Le conseil de prud'hommes peut, dans ce cadre, examiner les éléments de toute nature sur lesquels le médecin du travail s'est fondé pour rendre son avis.*

*Il substitue à cet avis sa propre décision, après avoir le cas échéant ordonné une mesure d'instruction.*

*Il ne peut déclarer inopposable à une partie l'avis rendu par le médecin du travail.*

Commentaire :

Antérieurement à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'article L. 4624-1 du code du travail énonçait qu'en cas de difficulté ou désaccord sur les propositions du médecin du travail, un recours pouvait être formé devant l'inspecteur du travail dont relevait l'entreprise, après avis du médecin-inspecteur du travail. La loi précitée du 8 août 2016 a transféré la compétence de ce recours au conseil de prud'hommes, avec effet au 1er janvier 2017.

L'article L. 4624-7 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, entrée en vigueur le 1er janvier 2018 (et modifiée à la marge par l'ordonnance n°2019-738 du 19 juillet 2019) dispose que le salarié ou l'employeur peut saisir le conseil de prud'hommes selon la procédure accélérée au fond d'une contestation portant sur les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail reposant sur des éléments de nature médicale en application des articles L. 4624-2, L. 4624-3 et L. 4624-4 du code du travail.

Saisie d'une demande d'avis par un conseil de prud'hommes dans une affaire où l'employeur contestait la déclaration d'inaptitude en invoquant l'absence d'échange préalable entre le médecin du travail et lui (échange requis par l'article R4624-42 du code du travail), et demandait que cette déclaration lui soit déclarée inopposable motif pris de cette irrégularité, la chambre sociale de la Cour de cassation apporte, pour la première fois, des précisions sur l'objet de ce recours.

Ainsi, à la question de savoir si le conseil des prud'hommes statuant sur la procédure prévue à l'article L.4624-7 précité est compétent pour connaître de l'irrespect, par le médecin du travail, des procédures et diligences prescrites par la loi et le règlement, notamment celles issues des articles L.4624-4 et R.4624-42 du code du travail, la chambre sociale répond que la contestation « doit porter sur l'avis du médecin du travail » : elle signifie par là que cette contestation porte sur le sens même de l'avis exprimé par le médecin du travail. S'agissant de la contestation d'un avis d'inaptitude, comme dans l'espèce soumise au conseil de prud'hommes de Cayenne, la contestation ne peut donc porter que sur la question de fond sur laquelle le médecin du travail s'est prononcé : le salarié est-il effectivement inapte à son poste de travail ?

La chambre sociale précise que dès lors qu'il est saisi d'une contestation portant sur l'avis du médecin du travail, le conseil de prud'hommes peut « examiner tous les éléments ayant conduit à cet avis » : à cet égard, la juridiction peut estimer que ces éléments sont insuffisants, notamment parce que le médecin du travail se serait abstenu de procéder à l'une ou plusieurs des investigations prévues par l'article R.4624-42 du code du travail : une telle irrégularité, si elle ne permet pas au conseil de prud'hommes de déclarer l'avis « inopposable », peut toutefois justifier que le conseil de prud'hommes, s'il l'estime nécessaire, ordonne une mesure d'instruction confiée au médecin-inspecteur du travail, comme l'article L.4624-7 du code du travail lui en laisse la possibilité.

Par conséquent, la chambre sociale, dans la réponse à la demande d'avis présentée par le conseil de prud'hommes de Cayenne, n'exclut pas tout examen de la procédure suivie par le médecin du travail ; mais elle considère que cette question s'insère dans l'appréciation, par le juge saisi d'une contestation sur l'avis lui-même, des éléments ayant conduit le médecin du travail à conclure à l'inaptitude du salarié : et c'est sur cette question de fond, l'aptitude du salarié à occuper son poste de travail, que le juge saisi de la contestation en application de l'article L.4624-7 du code du travail devra se prononcer, sa décision se substituant sur ce point à celle du médecin du travail.

## Avis d'inaptitude du médecin du travail et modification du contrat de travail

---

**SOC., 24 MARS 2021, POURVOI N° 19-16.558, FS-P+I** >

Sommaire :

*Il résulte des articles L. 4624-3 et L. 4624-4 du code du travail, d'une part, que le médecin du travail peut proposer, par écrit et après échange avec le salarié et l'employeur, des mesures individuelles d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail ou des mesures d'aménagement du temps de travail justifiées par des considérations relatives notamment à l'état de santé physique et mental du travailleur, d'autre part, que ce n'est que s'il constate, après avoir procédé ou fait procéder à une étude de poste et avoir échangé avec le salarié et l'employeur, qu'aucune mesure d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail occupé n'est possible et que l'état de santé du travailleur justifie un changement de poste, que le médecin du travail déclare le travailleur inapte à son poste de travail.*

*Il s'ensuit que la circonstance que les mesures d'aménagement préconisées entraînent une modification du contrat de travail du salarié n'implique pas, en elle-même, la formulation d'un avis d'inaptitude.*

Commentaire :

Dans la présente affaire, le médecin du travail avait déclaré inapte une salariée qui occupait un poste de caissier dans un casino sur un horaire variable, pouvant comprendre un travail de nuit, tout en précisant qu'elle pouvait occuper tout poste sous réserve d'être exclusivement affectée à un horaire en journée.

Or, selon une jurisprudence constante, le passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour sur un même poste constitue une modification du contrat de travail. La salariée avait donc saisi la juridiction prud'homale d'une contestation de l'avis d'inaptitude, et soutenait que les restrictions émises par le médecin du travail, si elles avaient pour effet d'entraîner une modification du contrat de travail, ne pouvaient que conduire à un avis d'inaptitude.

La chambre sociale énonce, à l'aune de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 venue préciser la notion d'inaptitude professionnelle, que cette circonstance n'a pas à être prise en considération, à elle seule, pour déterminer si, au sens de l'article L. 4624-4 du code du travail, le salarié doit être déclaré inapte à son poste de travail.

En conséquence, la Cour a entériné le raisonnement de la cour d'appel qui a considéré que la salariée pouvant occuper son poste de caissier sur un horaire exclusivement de jour, devait être déclarée apte avec réserves.

# Transfert d'entreprise

## Transfert d'entreprise et détermination du statut collectif le plus favorable

---

**SOC., 24 MARS 2021, POURVOI N° 19-15.920, FP-P+I** >

Sommaire :

*Il résulte de l'article L. 2261-14 du code du travail que la mise en cause de l'application de la convention ou de l'accord collectif résulte de la survenance de la fusion, cession, scission, changement d'activité, prévus par ce texte, sans qu'il soit besoin d'une dénonciation.*

*Si, conformément au droit commun des accords collectifs de travail, le nouvel employeur peut, en l'absence d'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables ou d'élaboration de nouvelles dispositions, maintenir, en vertu d'un engagement unilatéral, tout ou partie des dispositions conventionnelles en vigueur dans l'entreprise absorbée, ce n'est qu'à la condition, s'agissant d'avantages ayant le même objet ou la même cause, que cet accord soit plus favorable que celui applicable au sein de l'entreprise absorbante.*

*Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui, après avoir procédé à une comparaison des avantages ayant le même objet ou la même cause contenus, d'une part, dans l'accord conclu au sein de l'entreprise absorbée dont l'employeur faisait une application volontaire et, d'autre part, dans celui conclu au sein de l'entreprise absorbante, en déduit que les dispositions de l'accord en vigueur au sein de cette dernière, plus favorables que celles de l'accord conclu au sein de la société absorbée, étaient seules applicables, en sorte que le salarié était bien fondé à en réclamer le bénéfice.*

Commentaire :

La présente affaire pose la question inédite des règles applicables en cas de conflit de normes lorsque l'application d'un accord collectif procède d'un engagement unilatéral de l'employeur.

En l'espèce, un salarié engagé après une opération d'absorption soutenait que les dispositions applicables au sein de la société absorbée, dont l'employeur faisait une application volontaire, lui étaient défavorables en ce qu'elles permettaient à l'employeur de positionner des jours de repos acquis au titre de la réduction du temps de travail sur les jours fériés chômés. Il demandait à bénéficier de l'accord applicable au sein de la société absorbante. Cet accord collectif contenait en effet des dispositions plus favorables que celles contenues dans l'accord conclu au sein de la société absorbée. Il ne pouvait de ce fait être écarté par l'employeur.

Par cet arrêt, la chambre sociale valide le raisonnement de la cour d'appel qui considère que le salarié peut demander le bénéfice de ces dispositions plus favorables.

# Transfert d'entreprise et sort du règlement intérieur

---

**Soc., 31 mars 2021, pourvoi n° 19-12.289, FS-P**

Sommaire :

*Le règlement intérieur s'imposant à l'employeur et aux salariés avant le transfert de plein droit des contrats de travail de ces derniers, en application de l'article L. 1224-1 du code du travail, n'est pas transféré avec ces contrats de travail, dès lors que ce règlement constitue un acte réglementaire de droit privé dont les conditions d'élaboration sont encadrées par la loi.*

Commentaire :

Pour mémoire, la chambre sociale de la Cour de cassation avait jugé que « le règlement intérieur s'imposant aux salariés avant le transfert de plein droit de leur contrat de travail, aux termes de l'article L. 1224-1 du code du travail, vers une société nouvellement créée n'est pas transféré avec ces contrats de travail » Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-16.465, Bull. 2018, V, en cours de publication). Par le présent arrêt, la chambre sociale étend la solution précitée, appliquée au transfert à une société nouvellement créée, au transfert des contrats de travail à toute entreprise, qu'elle soit nouvellement créée ou non.

Ce faisant, elle réaffirme également la nature d'acte réglementaire de droit privé du règlement intérieur ( Soc., 25 septembre 1991, pourvoi n° 87-42.396, Bull. 1991, V, n° 381 et Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-16.465, Bull. 2018, V, en cours de publication, précité).

# Contrat de travail, rupture

## Maladie du salarié, licenciement en cas de perturbation du fonctionnement de l'entreprise et précision sur la notion de délai de son remplacement

---

**SOC., 24 MARS 2021, POURVOI N° 19-13.188, FS-P+I >**

Sommaire :

*L'article L. 1132-1 du code du travail, qui fait interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié. Ce salarié ne peut toutefois être licencié que si les perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié.*

*Ce remplacement doit intervenir à une date proche du licenciement ou dans un délai raisonnable après celui-ci, délai que les juges du fond apprécient souverainement en tenant compte des spécificités de l'entreprise et de l'emploi concerné, ainsi que des démarches faites par l'employeur en vue d'un recrutement.*

Commentaire :

La chambre sociale admet la possibilité pour l'employeur de licencier un salarié dont l'absence pour cause de maladie, répétée ou prolongée, perturbe le fonctionnement de l'entreprise, sous la condition que ces perturbations nécessitent son remplacement définitif.

Elle juge, depuis un arrêt du 10 novembre 2004 (Soc., 10 novembre 2004, pourvoi n° 02-45.156, Bull. 2004, V, n° 283), que le remplacement définitif d'un salarié absent doit intervenir dans un « délai raisonnable » (Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 04-48.192, Bull. 2006, V, n° 343 ; Soc., 28 octobre 2009, pourvoi n° 08-44.241, Bull. 2009, V, n° 234), délai que les juges du fond apprécient souverainement en tenant compte des spécificités de l'entreprise et de l'emploi concerné, ainsi que des démarches faites par l'employeur en vue d'un recrutement.

Certains arrêts visaient cependant la nécessité d'un remplacement à « une époque proche » (Soc., 16 septembre 2009, pourvoi n° 08-41.879, Bull. 2009, V, n° 186), « une date proche » (Soc., 15 janvier 2014, pourvoi n° 12-21.179, Bull. 2014, V, n° 17) ou « une période proche » (Soc., 21 janvier 2015, pourvoi n° 13-26.470, non publié) du licenciement.

Par le présent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation dissipe les doutes qui pouvaient résulter de l'usage de ces deux notions : lorsque le remplacement définitif intervient avant le licenciement, il doit survenir à « une date proche » de celui-ci, et lorsque le remplacement intervient après le licenciement, il doit avoir lieu dans un « délai raisonnable » après celui-ci.

## RATP : révocation d'un agent et conséquences de l'annulation de la décision administrative de retrait de l'autorisation de port d'arme

---

**SOC., 17 MARS 2021, POURVOI N° 19-23.042, FS-P** >

Sommaire :

*Une cour d'appel ayant constaté que la révocation d'un salarié, agent de sécurité à la RATP, avait été prononcée aux motifs, d'une part de l'abrogation par le préfet de police de l'autorisation de port d'arme, d'autre part de la motivation de la décision d'abrogation selon laquelle le comportement du salarié est de nature à laisser craindre une utilisation dangereuse pour autrui des armes qui lui sont confiées pour assurer ses missions, en a déduit à bon droit que la décision de révocation du salarié n'avait pas été prise par l'employeur en raison de ses convictions religieuses et de ses opinions politiques, mais en raison d'un risque d'atteinte aux personnes, qui est étranger à toute discrimination en raison des convictions religieuses et des opinions politiques, de sorte que si la révocation du salarié était sans cause réelle et sérieuse du fait de l'annulation par la juridiction administrative de l'arrêté retirant l'habilitation du salarié au port d'une arme, la demande de nullité de cette révocation et de réintégration devait être rejetée.*

Commentaire :

Dans la présente affaire, un agent de sécurité à la RATP avait été révoqué aux motifs, d'une part de l'abrogation par le préfet de police de son autorisation de port d'arme, d'autre part de la motivation de cette décision d'abrogation selon laquelle le comportement du salarié était de nature à laisser craindre une utilisation dangereuse pour autrui des armes qui lui étaient confiées pour assurer ses missions.

La juridiction administrative ayant, par la suite, annulé cet arrêté préfectoral, le salarié avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande en annulation de sa révocation et d'une demande de réintégration dans l'entreprise en invoquant une discrimination.

Le présent arrêt de la chambre sociale rappelle d'abord que le principe selon lequel les actes administratifs annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus n'entraîne pas, en lui-même, la nullité d'une mesure prise par l'employeur en considération de ladite décision administrative annulée.

Elle décide donc que la révocation du salarié est sans cause réelle et sérieuse en se fondant sur une jurisprudence constante selon laquelle, en raison de l'effet rétroactif s'attachant à l'annulation d'une décision préfectorale, le salarié est réputé n'avoir jamais perdu l'agrément administratif nécessaire à l'exercice de ses fonctions, de sorte que le licenciement, prononcé pour ce seul motif, est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Soc., 25 mars 2009, pourvoi n° 07-45.686, Bull. 2009, V, n° 86 ; Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-67.990, diffusé ; Soc., 4 mai 2011, pourvoi n° 08-44.431, non publié).

En revanche, elle déboute le salarié de sa demande d'annulation de cette révocation et de sa demande subséquente de réintégration dès lors qu'il résultait des constats des juges du fond que la décision de révocation n'avait pas été prise par l'employeur en raison des convictions religieuses et des opinions politiques du salarié, mais en raison du motif retenu dans la décision préfectorale de retrait de port d'arme : un risque d'atteinte aux personnes, motif au regard duquel l'employeur justifiait sa décision de révocation.

## RATP : séparation des pouvoirs, interprétation du juge administratif et application par le juge judiciaire

---

**SOC., 31 MARS 2021, POURVOI N° 15-19.979, P SUR LE PREMIER MOYEN** >

Sommaire :

*La juridiction administrative ayant jugé que les dispositions de l'article 149-8° du statut du personnel de la RATP selon lesquelles l'employeur, dans l'exercice de ses pouvoirs de sanction disciplinaire, peut, sans recueillir l'accord de l'agent, le rétrograder dans une échelle inférieure et changer ses fonctions, ne portaient pas une limitation excessive au principe général d'immutabilité du contrat de travail et étaient légales, un agent n'est pas fondé à demander au juge judiciaire que l'application de ce texte soit écartée.*

Commentaire :

La présente affaire pose la question de savoir si une modification du contrat de travail prononcée à titre disciplinaire peut être imposée à un salarié d'une entreprise à statut particulier, en l'espèce, la RATP.

La chambre sociale juge depuis son arrêt "Hôtel Le Berry" que l'employeur ne peut pas imposer au salarié, comme sanction d'un comportement fautif, une rétrogradation impliquant la modification de son contrat de travail (Soc. 16 juin 1998 Bull. V n° 95-45.033, Bull. 1995, V, n° 320 ; Soc. 17 juin 2009 n° 07-44.570, Bull. 2009, V, n° 152). Mais si le salarié la refuse, l'employeur est en droit de prononcer une autre sanction pouvant aller jusqu'au licenciement (Soc. 7 juillet 2004, n° 02-44.476, Bull. 2004, V, n° 193 ; Soc. 11 février 2009, n° 06-45.897, Bull. 2009, V, n°41, publié au rapport annuel de la Cour de cassation).

Or, selon l'article 48 du statut de la RATP, un agent ne peut être licencié qu'en cas de manquement ou de fausses déclarations commises lors de son recrutement. Et aux termes de l'article 149 du même statut, la RATP peut prononcer certaines mesures disciplinaires, dont la rétrogradation, sans qu'il soit prévu que la RATP doive recueillir le consentement de l'agent.

La chambre sociale avait posé une question préjudicielle au Conseil d'Etat tenant à l'appréciation de la légalité de l'article 149-8° en ce qu'il permet une modification disciplinaire du contrat de travail sans l'accord de l'agent (Soc. 20 avril 2017, n° 15-19.979, Bull. 2017, V, n° 63). Le juge administratif avait jugé que les dispositions de cet article du statut ne portaient pas une limitation excessive au principe général d'immutabilité du contrat de travail et étaient légales (TA Paris, 11 juin 2018).

Par le présent arrêt, la chambre sociale tire les conséquences de cette déclaration de légalité, laquelle s'impose au juge judiciaire, en admettant la possibilité d'une rétrogradation disciplinaire d'un agent RATP sans son accord au regard des dispositions statutaires.

## Licenciement pour motif économique et séparation des pouvoirs

---

### **Soc., 17 mars 2021 pourvoi n° 18-16.947, FS-P sur le premier moyen**

Sommaire :

*En l'absence de toute procédure de validation ou d'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi, il appartient à la juridiction judiciaire d'apprécier l'incidence de la reconnaissance d'une unité économique et sociale (UES) quant à la validité des licenciements, dès lors qu'il est soutenu devant elle que les licenciements auraient été décidés au niveau de cette UES, sans que cette contestation, qui ne concerne pas le bien-fondé de la décision administrative ayant autorisé le licenciement d'un salarié protégé, porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.*

Commentaire

La chambre sociale de la Cour de cassation retenait, sous l'empire des dispositions antérieures à la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, la compétence du juge judiciaire pour connaître de la contestation du licenciement, autorisé par l'inspecteur du travail, d'un salarié protégé invoquant l'absence d'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi (Soc., 3 décembre 1996, pourvoi n° 95-17.352, Bull. 1996, V, n° 411 ; Soc., 28 juin 2018, pourvoi n° 14-26.616, diffusé).

La question se posait de la remise en cause de cette compétence judiciaire au regard de la compétence exclusive attribuée à l'autorité administrative en matière de plan de sauvegarde de l'emploi, par la loi du 14 juin 2013. Le Conseil d'État, dans sa décision Roquemaurel (CE, 19 juillet 2017, n° 391849, Roquemaurel, publié au Recueil Lebon), a en effet jugé que, « lorsque le licenciement pour motif économique d'un salarié protégé est inclus dans un licenciement collectif qui requiert l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, il appartient à l'inspecteur du travail saisi de la demande d'autorisation de ce licenciement, ou au ministre chargé du travail statuant sur recours hiérarchique, de s'assurer de l'existence, à la date à laquelle il statue sur cette demande, d'une décision de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi, à défaut de laquelle l'autorisation de licenciement ne peut légalement être accordée ». Il résulte de cette décision que seul le juge administratif peut tirer les conséquences de l'illégalité d'une autorisation administrative liée à l'illégalité de la situation de l'employeur dans le cadre d'une procédure de plan de sauvegarde de l'emploi.

Cependant, la situation dans le cas présent était particulière, puisque la nécessité d'un plan de sauvegarde de l'emploi n'était apparue que par la suite d'une reconnaissance, par le juge judiciaire, de l'existence d'une unité économique et sociale entre plusieurs entreprises ayant procédé à des licenciements économiques. Dès lors, l'inspecteur du travail n'avait pu intégrer dans son contrôle de la validité du licenciement du salarié protégé la question du niveau auquel les décisions de licenciements économiques avaient été prises, à la suite de la reconnaissance judiciaire de l'unité économique et sociale. La chambre sociale, en continuité avec la jurisprudence du Conseil d'État Roquemaurel précité, en déduit que, dès lors que l'inspecteur du travail n'a pu intégrer dans son contrôle la question de l'existence d'un plan de sauvegarde de l'emploi au regard de la reconnaissance d'une unité économique et sociale et du niveau de décision, question qui n'a été connue que postérieurement, c'est le juge judiciaire qui retrouve compétence s'agissant de la validité du licenciement du salarié protégé dans ce cadre précis.

## Licenciement économique : obligation de reclassement et recherche de postes disponibles

---

**SOC., 17 MARS 2021, POURVOI N° 19-11.114, FS-P+I >**

Sommaire :

*Il résulte de l'article L.1233-4 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 que l'employeur est tenu avant tout licenciement économique de rechercher toutes les possibilités de reclassement existant dans le groupe dont il relève, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel. Les recherches de postes disponibles dans les sociétés du groupe auquel appartient l'employeur qui envisage un licenciement économique collectif, n'ont pas à être assorties du profil personnalisé des salariés concernés par le reclassement.*

Commentaire :

La présente affaire posait la question de la nécessité d'adjoindre le profil personnalisé des salariés concernés par une recherche de reclassement au sein d'un groupe de sociétés dans le cadre d'une procédure de licenciement économique collectif.

Par cet arrêt, la chambre sociale considère que la demande de recherche de postes de reclassement n'a pas à être assortie du profil personnalisé des salariés concernés par le reclassement. Elle étend ainsi aux recherches individualisées de reclassement la solution déjà retenue pour l'élaboration du plan de reclassement intégré au plan de sauvegarde de l'emploi (Soc. 28 octobre 2015, n° 14-17.720, Bull. 2015, V, n° 207)

En effet, la chambre sociale estime qu'au stade de la recherche des postes disponibles, les demandes adressées par l'employeur aux autres sociétés du groupe composant le groupe de reclassement n'ont pas à être personnalisées. Il suffit qu'elles soient assez précises pour permettre d'identifier les postes supprimés.

## Licenciement économique : obligation de reclassement et périmètre du groupe de sociétés

---

**SOC., 31 MARS 2021, POURVOIS N° 19-17.300 ET AUTRES, FS-P SUR LE MOYEN PRIS EN SES IRE >  
ET 2E BRANCHES**

Sommaire :

*Si la preuve de l'exécution de l'obligation de reclassement incombe à l'employeur, il appartient au juge, en cas de contestation sur l'existence ou le périmètre du groupe de reclassement, de former sa conviction au vu de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis par les parties.*

*En conséquence, ne méconnaît pas les règles de la charge de la preuve relatives au périmètre du groupe de reclassement, la cour d'appel qui, appréciant les éléments qui lui étaient soumis tant par l'employeur que par le salarié, a constaté qu'il n'était pas suffisamment établi que le périmètre de reclassement devait être limité à seulement trente-cinq sociétés du groupe, comme retenu par l'employeur, et en a déduit que celui-ci ne justifiait pas du respect de son obligation de reclassement.*

Commentaire :

Par le présent arrêt, la chambre sociale réaffirme qu'il incombe à l'employeur de démontrer qu'il a exécuté son obligation de reclassement dans un périmètre pertinent, et qu'il appartient au juge, en cas de contestation sur l'existence ou le périmètre du groupe de reclassement par le salarié, de former sa conviction au vu de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis par les parties.

Ce faisant, la chambre sociale de la Cour de cassation précise la portée des arrêts du 16 novembre 2016 relatifs à l'office du juge et au régime probatoire applicable en cas de contestation sur l'étendue du périmètre de l'obligation de reclassement dans les licenciements pour motif économique (Soc., 16 novembre 2016, pourvoi n° 14-30.063, Bull. 2016, V, n° 216 ; Soc., 16 novembre 2016, pourvoi n° 15-19.927, Bull. 2016, V, n° 217). En effet, contrairement à l'interprétation qui a pu se dessiner, les arrêts précités du 16 novembre 2016 n'ont pas instauré un mécanisme de preuve partagée.

## Licenciement économique : appréciation de l'étendue du secteur d'activité de l'employeur

---

**SOC., 31 MARS 2021, POURVOI N° 19-26.054, FS-P >**

Sommaire :

*La cause économique d'un licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise ou, si celle-ci fait partie d'un groupe, au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel elle intervient.*

*Il incombe à l'employeur de démontrer, dans le périmètre pertinent, la réalité et le sérieux du motif invoqué.*

*En conséquence, ne méconnaît pas les règles de la charge de la preuve relatives à l'étendue du secteur d'activité du groupe dans lequel intervient l'entreprise, la cour d'appel qui, appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a constaté, en prenant en considération l'activité des sociétés du groupe et l'activité propre de l'employeur, que celui-ci relevait d'un secteur d'activité plus étendu que celui qu'il avait retenu.*

*Dès lors que l'employeur ne démontrait pas la réalité de difficultés économiques au sein du secteur d'activité à prendre en considération, la cour d'appel en a exactement déduit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse.*

Commentaire :

La chambre sociale de la Cour de cassation avait jugé, le 16 novembre 2016, que pour l'appréciation de la cause économique du licenciement, il convenait de prendre en considération, comme périmètre du groupe, l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national (Soc., 16 novembre 2016, pourvoi n° 14-30.063, Bull. 2016, V, n° 210).

Par le présent arrêt, la chambre sociale décide que c'est au seul employeur qu'il appartient de démontrer la réalité et le sérieux du motif économique dans le périmètre pertinent. La charge de la preuve n'est ainsi pas partagée entre les parties s'agissant de la détermination de l'étendue du secteur d'activité au sein duquel s'apprécie le motif économique du licenciement.

# Représentation des salariés

## Comité social et économique : négociation sur l'égalité professionnelle et modalités de l'expertise

---

**SOC., 14 AVRIL 2021, POURVOI N° 19-23.589, FS-P >**

Sommaire :

*En application de l'article L. 2315-94, 3°, du code du travail, le comité social et économique peut faire appel à un expert dans les conditions prévues par décret en Conseil d'État dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, en vue de préparer la négociation sur l'égalité professionnelle.*

*Il résulte d'une part de cette disposition, reprise à l'article L. 2315-95 du code du travail que le comité social et économique peut faire appel à un expert afin qu'il apporte aux organisations syndicales en charge des négociations prévues aux articles L. 2242-1, 2°, et L. 2242-17 du code du travail, toute analyse utile dans le cadre de la préparation de la négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, sans préjudice de l'application des articles L. 2232-24, L. 2232-25 et L. 2232-26 du code du travail.*

*Il en résulte d'autre part que la désignation de l'expert doit être faite en un temps utile à la négociation. Cette expertise peut être ordonnée quand bien même la négociation a commencé à être engagée.*

*Enfin, cette disposition, issue de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, est spécifiquement destinée à favoriser la négociation sur l'égalité professionnelle. Elle ne peut être étendue à d'autres champs de négociation.*

*En application du 1° de l'article L. 2315-80 du code du travail, lorsque le comité social et économique décide du recours à l'expertise dans les conditions précitées, les frais d'expertise sont pris en charge intégralement par l'employeur en l'absence de tout indicateur relatif à l'égalité professionnelle, prévu à l'article L. 2312-18 du code du travail. Dans les autres cas, en application du 2° du même texte, les expertises diligentées en vue de préparer la négociation sur l'égalité professionnelle sont prises en charge à hauteur de 20% par le comité, sur son budget de fonctionnement, et à hauteur de 80% par l'employeur.*

Commentaire :

Par cet arrêt, la chambre sociale apporte, pour la première fois, des précisions sur les dispositions de l'article L. 2315-94, 3°, du code du travail, relatives au recours à l'expertise par le comité social et économique (CSE) en vue de préparer la négociation sur l'égalité professionnelle, dans les entreprises d'au moins 300 salariés.

Ce texte, issu de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, présentait en effet une ambiguïté, dans la mesure où il autorise le CSE à recourir à une mission d'expertise « en vue de préparer la négociation sur l'égalité professionnelle », alors même que, sauf dans le cadre de la négociation dite substitutive, le CSE n'est pas partie à la négociation. La doctrine était dès lors partagée sur l'interprétation à donner à cette disposition, qui devait pour certains auteurs être restreinte aux situations de négociation substitutive, et qui pour d'autres, marquait l'importance du thème de l'égalité professionnelle et devait donc rendre possible la désignation d'un expert à l'occasion de toute négociation sur l'égalité professionnelle.

C'est cette dernière interprétation que retient la chambre sociale, le texte étant général et actant manifestement la nécessaire implication du CSE dans le domaine de l'égalité professionnelle pour accompagner la négociation en ce domaine par les délégués syndicaux.

L'expertise peut ainsi servir à apporter aux négociateurs toute analyse utile dans le cadre de cette négociation. Dans cette même logique, s'agissant du moment de la désignation de l'expert peut être désigné, la Cour ajoute que l'expertise peut être ordonnée alors que la négociation est en cours, dès lors que cette désignation d'expert est effectuée en un temps utile à la négociation, notamment si l'employeur n'a pas fourni tous les éléments d'information suffisants.

Cette disposition étant spécifique à la négociation sur l'égalité professionnelle, elle ne peut cependant être étendue au domaine, certes proche, mais différent, de la qualité de travail.

Enfin, concernant le financement de cette expertise, elle précise que lorsque l'entreprise ne dispose d'aucun indicateur relatif à l'égalité professionnelle, l'expertise est entièrement prise en charge par l'employeur, en application de l'article L. 2315-80, 1°, du code du travail. En dehors de ce cas, il convient d'appliquer le 2° de l'article précité qui prévoit une prise en charge des frais d'expertise à hauteur de 20% sur le budget du CSE et de 80% par l'employeur.

# Libertés fondamentales

## Preuve d'une discrimination, mesures d'instruction in futurum et données personnelles du bulletin de paie

---

**SOC., 16 MARS 2021, POURVOI N° 19-21.063, F-P SUR LA 8<sup>ÈME</sup> BRANCHE DU 2<sup>ÈME</sup> MOYEN >**

Sommaire :

*Prive sa décision de base légale au regard de l'article 6, §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel qui, pour débouter la salariée de sa demande tendant à ce que l'employeur soit condamné à lui verser une certaine somme au titre de la liquidation de l'astreinte provisoire, retient que le bulletin de paie d'un salarié comprend des données personnelles, telles que l'âge, le salaire, l'adresse personnelle, la domiciliation bancaire, l'existence d'arrêts de travail pour maladie ou encore de saisies sur leur rémunération, et que, dans ces conditions, l'employeur était légitime, préalablement à toute communication de leurs données personnelles à la salariée, à solliciter l'autorisation de ses salariés, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la communication des informations non anonymisées n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi.*

Commentaire :

La question du droit de la preuve, ou du droit à la preuve est au fondement du droit des discriminations. La cour de justice de l'union européenne y accorde une attention toute particulière, et la Cour de cassation veille à ce que la preuve ne soit pas un obstacle à la reconnaissance de l'existence d'une discrimination, même si elle doit pour cela mettre en équilibre le droit de preuve en matière de discrimination et d'autres droits comme celui du respect de la vie privée.

Dans la présente affaire, une salariée invoquait l'existence d'une discrimination liée au sexe et avait sollicité du conseil de prud'hommes, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, la production des bulletins de paie d'autres salariés pour faire la preuve de cette discrimination. La cour d'appel avait retenu que « le bulletin de paie d'un salarié comprend des données personnelles telles que l'âge, le salaire, l'adresse personnelle, la domiciliation bancaire, l'existence d'arrêts de travail pour maladie ou encore de saisies sur leur rémunération et que, dans ces conditions, l'employeur était fondé, préalablement à toute communication de leurs données personnelles à la salariée, à rechercher l'autorisation des autres salariés. »

C'est au visa de l'article 6, §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la chambre sociale censure ce refus, qui aurait conduit à subordonner la production des bulletins de paie, dont il apparaissait qu'ils étaient indispensables à faire la preuve d'une éventuelle discrimination, à l'accord de chacun des salariés concernés. Elle reproche à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si la communication des informations non anonymisées n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi

Elle demande ainsi aux juges du fond d'opérer un contrôle de proportionnalité, pour vérifier que les exigences auxquelles ils subordonnent la production de certaines pièces ne sont pas un obstacle à la preuve de la discrimination alléguée.

Cette décision s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence puisque la chambre sociale avait déjà jugé que « le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées » (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-17.818, Bull. 2007, V, n° 84 ; Soc., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-19.229, Bull. 2008, V, n° 129).

Elle a également considéré que le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées, et que la procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile n'étant pas limitée à la conservation des preuves et pouvant aussi tendre à leur établissement » (Soc., 19 décembre 2012, pourvois n° 10-20.526 et n° 10-20.528, Bull. 2012, V, n° 341).

Sur le droit de la preuve encore, la chambre sociale a jugé, au visa de l'article L. 3171-2 du code du travail, qui autorise les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, qu'il n'était pas interdit à un syndicat de produire ces documents en justice, et que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi. La Cour considérait ainsi que la copie de documents que les délégués du personnel avaient pu consulter en application des dispositions de l'article L. 3171-2 du code du travail constituait un moyen de preuve licite, et la production de ces documents ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés au regard du but poursuivi (Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, Bull. 2016, V, n° 209, publié au Rapport annuel).

Le présent arrêt du 16 mars 2021 s'inscrit donc dans la droite ligne de la jurisprudence de la chambre sociale, élaborée sous l'angle du contrôle de proportionnalité dans l'atteinte à la vie privée aux fins d'exercice du droit de la preuve.

# Liberté religieuse : licenciement pour port du foulard islamique, image de l'entreprise et discrimination

---

**SOC., 14 AVRIL 2021, POURVOI N° 19-24.079, FS-P >**

Sommaire :

*Il résulte des articles L. 1121-1, L. 1132-1, dans leur rédaction applicable, et L. 1133-1 du code du travail, mettant en œuvre en droit interne les dispositions des articles 2, § 2, et 4, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché. Aux termes de l'article L. 1321-3, 2°, du code du travail dans sa rédaction applicable, le règlement intérieur ne peut contenir des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.*

*L'employeur, investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié, peut prévoir dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur, en application de l'article L. 1321-5 du code du travail dans sa rédaction applicable, une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause générale et indifférenciée n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients.*

*Ayant relevé qu'aucune clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail n'était prévue dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur, la cour d'appel en a déduit à bon droit que l'interdiction faite à la salariée de porter un foulard islamique caractérisait l'existence d'une discrimination directement fondée sur les convictions religieuses de l'intéressée.*

*Il résulte par ailleurs de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 14 mars 2017, Micropole Univers, C-188/15), que la notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante », au sens de l'article 4, § 1, de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Elle ne saurait, en revanche, couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client.*

*Ayant constaté que la justification de l'employeur était explicitement placée sur le terrain de l'image de l'entreprise au regard de l'atteinte à sa politique commerciale, laquelle serait selon lui susceptible d'être contrariée au préjudice de l'entreprise par le port du foulard islamique par l'une de ses vendeuses, la cour d'appel a exactement retenu que l'attente alléguée des clients sur l'apparence physique des vendeuses d'un commerce de détail d'habillement ne saurait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante, au sens de l'article 4, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, de sorte que le licenciement de la salariée, prononcé au motif du refus de celle-ci de retirer son foulard islamique lorsqu'elle était en contact avec la clientèle, qui était discriminatoire, devait être annulé.*

Commentaire :

Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation confirme sa jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux du salarié dans l'entreprise, issue de son arrêt de principe du 22 novembre 2017 (Soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 13-19.855, Bull. 2017, V, n° 200), et rappelée dans un arrêt du 8 juillet 2020 (Soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-23.743, Bull. 2020, V, en cours de publication).

Au cas précis, une salariée, employée en qualité de vendeuse dans un magasin spécialisé dans les vêtements féminins, avait été licenciée au motif de son refus de retirer son foulard islamique lorsqu'elle était en contact avec la clientèle.

La chambre sociale, reprenant les règles énoncées par son arrêt du 22 novembre 2017, précité, rendu sur question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'Union européenne, réaffirme en premier lieu que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché. En second lieu, elle rappelle que l'employeur, investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié, peut prévoir dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur, en application de l'article L. 1321-5 du code du travail dans sa rédaction applicable, une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause générale et indifférenciée n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients.

Dans la mesure où, dans l'entreprise concernée, aucune clause de neutralité ne figurait dans le règlement intérieur ou dans une note de service relevant du même régime légal, l'interdiction faite à la salariée de porter un foulard islamique caractérisait une discrimination directement fondée sur les convictions religieuses de celle-ci.

Par conséquent, seule une exigence professionnelle essentielle et déterminante, résultant de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice, était susceptible, en l'espèce, de justifier le licenciement prononcé par l'employeur.

Or, il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 14 mars 2017, Micropole Univers, C-188/15) que la notion d'« exigence professionnelle et déterminante », au sens de l'article 4, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause, sans qu'elle puisse couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client.

S'inscrivant dans la lignée de cette jurisprudence, la chambre sociale de la Cour de cassation énonce que l'attente alléguée des clients sur l'apparence physique des vendeuses d'un commerce de détail d'habillement, ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4, § 1, de la directive susvisée.

Dès lors, elle approuve la cour d'appel qui a jugé que le licenciement de la salariée, prononcé au motif du refus de celle-ci de retirer son foulard islamique lorsqu'elle était en contact avec la clientèle, reposait sur un motif discriminatoire de sorte que le licenciement était nul.

# Action en justice

## Recevabilité sous conditions du second pourvoi contre un arrêt de cour d'appel rendu conformément à la doctrine de la Cour de cassation

---

**ASS. PLÉN., 2 AVRIL 2021, POURVOI N° 19-18.814, P+R** >

Sommaire :

*Est recevable le moyen critiquant la décision par laquelle la juridiction s'est conformée à la doctrine de l'arrêt de cassation qui l'avait saisie, lorsqu'est invoqué un changement de norme intervenu postérieurement à cet arrêt, et aussi longtemps qu'un recours est ouvert contre la décision sur renvoi.*

*Voir aussi la note explicative relative à cet arrêt.*

## Péremption de l'instance prud'homale et application dans le temps de la réforme introduite par le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016

---

**Soc., avis n° 15-005, 14 avril 2021, pourvoi n° 21-70.005, P**

Sommaire :

*Il résulte des articles 8 et 45 du décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 que les dispositions de l'article R. 1452-8 du code du travail, aux termes desquelles en matière prud'homale, l'instance n'est périmée que lorsque les parties s'abstiennent d'accomplir, pendant le délai de deux ans mentionné à l'article 386 du code de procédure civile, les diligences qui ont été expressément mises à leur charge par la juridiction, demeurent applicables aux instances d'appel dès lors que le conseil de prud'hommes a été saisi avant le 1<sup>er</sup> août 2016.*

Commentaire :

L'article 8 du décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 a abrogé l'article R. 1452-7 du code du travail, relatif à l'unicité de l'instance.

Saisie d'une demande d'avis concernant la date d'entrée en vigueur de cette abrogation, la chambre sociale a jugé que les dispositions de l'article R. 1452-7 du code du travail, aux termes desquelles les demandes nouvelles dérivant du même contrat de travail sont recevables même en appel, demeurent applicables aux instances introduites devant les conseils de prud'hommes antérieurement au 1<sup>er</sup> août 2016 (Soc., 1<sup>er</sup> juillet 2020, pourvoi n° 18-24.180, en cours de publication).

L'article 8 dudit décret a également abrogé l'article R.1452-8 du code du travail, relatif à la péremption d'instance. C'est sur cette abrogation que porte en l'espèce la demande d'avis.

Il a été jugé que l'instance devant la cour d'appel est distincte de celle suivie devant la juridiction de première instance (Ass. Plén., 3 avril 1962, pourvoi n° 61-10.142, Bull. 1962, Ass. Plén., n°1). Toutefois, se référant au principe de sécurité juridique et à la cohérence globale de la réforme résultant de l'article 8 du décret n° 2016-660 du 20 mai 2016, la chambre sociale décide, au cas précis, d'étendre la solution adoptée en matière d'unicité de l'instance, peu important que l'appel ait été formé postérieurement au 1<sup>er</sup> décembre 2016.

## Défenseur syndical : impossibilité de se défendre soi-même en cause d'appel

---

**SOC., 17 MARS 2021, POURVOI N° 19-21.349, FS-P >**

Sommaire:

*Un salarié, défenseur syndical, partie à une instance prud'homale, ne peut pas assurer sa propre représentation en justice devant la chambre sociale de la cour d'appel.*

Commentaire :

L'article R.1461-2 du code du travail, modifié par le décret n°2016-660 du 20 mai 2016, a instauré en appel la procédure prud'homale avec représentation obligatoire.

L'article R.1461-1, quant à lui, prévoit qu'à défaut d'être représentées par la personne mentionnée au 2° de l'article R.1453-2, lequel texte vise les défenseurs syndicaux, les parties sont tenues de constituer avocat.

Pour mémoire, le Conseil d'Etat a déjà considéré qu'un requérant exerçant la profession d'avocat ne peut, dans une instance, avec représentation obligatoire par avocat ou avoué, où il est personnellement partie, assurer sa propre représentation (CE, 22 mai 2009, n° 301186).

La chambre sociale adopte la même position s'agissant de la possibilité pour un défenseur syndical d'assurer seul sa défense devant la chambre sociale de la cour d'appel où la représentation est obligatoire, et l'exclut.

## Loyauté de la preuve et audit comptable ensuite de la dénonciation de faits de harcèlement moral dans l'entreprise

---

**SOC., 17 MARS 2021, POURVOI N° 18-25.597, FS-P+I SUR LE PREMIER MOYEN >**

Sommaire :

*L'enquête effectuée au sein d'une entreprise à la suite de la dénonciation de faits de harcèlement moral n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 1222-4 du code du travail et ne constitue pas une preuve déloyale comme issue d'un procédé clandestin de surveillance de l'activité du salarié.*

Commentaire :

Par cet arrêt, la chambre sociale affine sa jurisprudence sur la preuve de faits de harcèlement dans l'entreprise.

La chambre sociale avait jugé qu'un audit comptable confié par l'employeur à une société extérieure ne constituait pas un élément de preuve obtenu par un moyen illicite dès lors que si la salariée licenciée n'avait pas été préalablement informée de la mission confiée à cette société, elle n'avait pas été tenue à l'écart puisqu'elle avait été entendue pendant la réalisation de cet audit (Soc., 26 janvier 2016, pourvoi n° 14-19.002, Bull. 2016, V, n°13).

La chambre sociale a également considéré qu'un audit ne constituait pas un élément de preuve obtenu par un moyen illicite dès lors que le cabinet d'audit avait répondu dans son rapport définitif à toutes les contestations émises par la salariée, ce dont il résultait que celle-ci n'avait pas été tenue à l'écart de la mesure d'expertise comptable destinée à contrôler son activité (Soc., 28 février 2018, pourvoi n° 16-19.834, non publié).

Au cas d'espèce, la Cour juge qu'une enquête confiée à un organisme tiers, à la suite de la dénonciation de faits de harcèlement moral, n'entre pas dans le champ des dispositions de l'article L. 1222-4 du code du travail, aux termes duquel « aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ». Une telle enquête n'est pas un procédé clandestin de surveillance de l'activité du salarié, et l'absence d'information de celui-ci ou sa non-audition n'est pas de nature à rendre déloyale la preuve constituée par cette enquête.