



COUR DE CASSATION

**RAPPORT COMPLÉMENTAIRE
DE Mme SOMMÉ et M. BARINCOU,
CONSEILLERS**

Arrêt n° 1329 du 23 novembre 2022 – Chambre sociale

Pourvoi n° 21.14-060

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 6 novembre 2019

**M. [U] [T]
C/
Société Air France**

Il convient de rappeler que le moyen du pourvoi, qui fait grief à l'arrêt de débouter le salarié de sa demande de dommages-intérêts au titre de la discrimination, du harcèlement moral et de la déloyauté, de sa demande de rappel de salaire et de ses demandes tendant à la nullité du licenciement et au paiement de sommes subséquentes, invoque :

- une atteinte injustifiée et disproportionnée à la liberté individuelle du salarié de se coiffer, en ses cinq premières branches, qui visent les articles L. 1121-1 du code du travail et 1103 du code civil (griefs de violation et de défaut de base légale) ;
- les dispositions applicables au règlement intérieur, en sa sixième branche, qui est prise d'un grief de violation des articles L. 1321-1 et suivants du code du travail ;
- le principe de non-discrimination, au visa des articles L. 1332-1 et L. 1132-4 du code du travail, en ses septième à neuvième branches (griefs de violation et de défaut de base légale) ;
- les dispositions relatives au harcèlement moral, en sa dixième branche, prise de la violation des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail.

Observations sur l'opérance du moyen, pris en ses six premières branches, en ce qu'il fait grief à l'arrêt de débouter M. [T] de ses demandes tendant à la nullité de son licenciement et au paiement des sommes subséquentes

En application des articles L. 1132-4, L. 1152-3 et L. 1153-4 du code du travail, est nul le licenciement prononcé à l'encontre d'un salarié en violation du principe de non-discrimination ou en méconnaissance des dispositions relatives au harcèlement moral ou sexuel.

De même, il résulte de la jurisprudence constante de la chambre sociale que la nullité du licenciement ne peut être prononcée que lorsque le licenciement est intervenu en violation d'une liberté fondamentale¹. Figurent ainsi au nombre des libertés fondamentales celle d'agir en justice (Soc., 3 février 2016, pourvoi n° 14-18.600, Bull. 2016, V, n° 18 ; Soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 18-14.677, publié), ou encore la liberté d'expression du salarié comme la chambre l'a récemment affirmé dans des arrêts publiés (Soc., 16 février 2022, pourvoi n° 19-17.871 ; Soc., 29 juin 2022, pourvoi n° 20-16.060).

En revanche la sanction du licenciement prononcé pour des faits constitutifs d'une atteinte à la liberté individuelle du salarié, non justifiée par la nature de la tâche à accomplir et disproportionnée au but recherché, n'est pas la nullité du licenciement mais son absence de cause réelle et sérieuse, dès lors que la liberté en cause n'est pas une liberté fondamentale.

Ainsi, une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile et, si elle peut priver de cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié qui l'a refusée lorsque l'employeur a mis en oeuvre cette mutation dans des conditions exclusives de la bonne foi, elle ne justifie pas la nullité du licenciement (Soc., 28 mars 2006, pourvoi n° 04-41.016, Bull. V, n° 126).

Et s'agissant de la liberté vestimentaire, la chambre sociale a jugé à propos d'un salarié venu travailler en bermuda et qui, licencié pour avoir refusé de venir travailler en pantalon sous sa blouse de travail, avait demandé l'annulation de son licenciement et sa réintégration, que la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales (Soc., 28 mai 2003, pourvoi n° 02-40.273, Bull. V, n° 178).

Au cas présent, M. [T] a sollicité devant les juges du fond la nullité du licenciement mais n'a formé aucune demande subsidiaire tendant à dire son licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Au regard de la jurisprudence de la chambre sociale sur la nullité du licenciement résultant de la violation d'une liberté individuelle seulement lorsque celle-ci est qualifiée de fondamentale, il y aura lieu de s'interroger sur l'opérance du moyen, pris en ses cinq premières branches, qui se fondent sur l'atteinte portée à la liberté du salarié de se

¹ Cette cause de nullité est reprise dorénavant par l'article L. 1235-3-1, alinéa 2, 1°, du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 (modifiée en dernier lieu par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018), inapplicable en l'espèce.

coiffer, en ce qu'il fait grief à l'arrêt de débouter le salarié de ses demandes au titre de la nullité du licenciement.

Par ailleurs, la sixième branche du moyen soutient que le manuel des règles de port de l'uniforme pour le personnel navigant commercial constituerait une adjonction au règlement intérieur, dans la mesure où ce manuel impose des restrictions et interdictions relatives à la coiffure et aurait dû par conséquent être soumis aux formalités applicables au règlement intérieur (avis des institutions représentatives du personnel et transmission à l'inspecteur du travail) en application des articles L. 1321-1 et suivants du code du travail.

Il est jugé qu'une note de service complétant un règlement intérieur est inopposable au salarié si les formalités de consultation des institutions de représentation du personnel et de transmission à l'inspecteur du travail n'ont pas été effectuées, ce qui justifie, lorsqu'un licenciement a été prononcé sur le fondement de cette note, que ce licenciement soit jugé sans cause réelle et sérieuse (Soc., 9 mai 2012, pourvoi n° 11-13.687, Bull. V, n° 134).

Au cas d'espèce, M. [T] a été licencié, non pas pour manquement aux prescriptions relatives à la coiffure imposées par le manuel du port de l'uniforme de la société Air France, mais pour inaptitude. En tout état de cause, l'éventuelle irrégularité de ce manuel ne pourrait être sanctionnée que par son inopposabilité au salarié. Dès lors, quand bien même celui-ci soutenait par ailleurs que son inaptitude était la conséquence des agissements de l'employeur à son égard (cf. conclusions d'appel de M. [T], p. 25 et 26), le licenciement ne pourrait être jugé nul sur le seul fondement d'un non-respect des formalités applicables au règlement intérieur.

Le moyen, pris en sa sixième branche, pourrait donc être considéré comme inopérant en ce qu'il fait grief à l'arrêt de débouter le salarié de sa demande de nullité de son licenciement et de ses demandes subséquentes.

Sur la discrimination

Les textes du droit interne ont été rappelés dans le rapport initial ainsi que la jurisprudence de la chambre sociale, rendue au visa de celle de la Cour de justice de l'Union européenne sur le fondement de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

L'article 1^{er} de la directive 2000/78 dispose que celle-ci a pour objet « *d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en oeuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement* ».

Cette directive n'est donc pas applicable au cas d'espèce, M. [T] n'invoquant pas l'un des motifs discriminatoires énumérés limitativement par l'article 1^{er} susvisé.

Le champ de la discrimination en raison du sexe, motif discriminatoire invoqué en l'espèce par la neuvième branche du moyen, est couvert par la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 du Parlement européen et du Conseil relative à la mise en oeuvre de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

Ainsi, selon l'article 14, § 1, de cette directive :

*« Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est proscrite dans les secteurs public ou privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne :
[...]
c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement ainsi que la rémunération comme le prévoit l'article 141 du traité
[...] ».*

Les deux directives prévoient qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à un motif discriminatoire couvert par le champ de ces directives peut être justifiée par une exigence professionnelle et déterminante, qualifiée d'« essentielle » par la directive 2000/78 et de « véritable » par la directive 2006/54.

Ainsi l'article 4, §1, de la directive 2000/78 prévoit que :

« Exigences professionnelles

*1. Nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1er ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.
[...] ».*

Et l'article 14, § 2, de la directive 2006/54 dispose que :

« Les États membres peuvent prévoir, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation qui y donne accès, qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que son objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.

On sait que selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 14 mars 2017, Micropole Univers, C-188/15), la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante, qui seule peut justifier une différence de traitement découlant d'une discrimination directe, s'entend d'une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Les arrêts publiés de la chambre sociale relatifs aux restrictions apportées à la liberté religieuse du salarié dans des hypothèses de discrimination directe, rendus au visa de l'article 4, § 1, de la directive 2000/78, sont fondés sur cette notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante, exclusive de considérations subjectives (Soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 13-19.855, Bull. V, n° 200 ; Soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-23.743 ; Soc., 14 avril 2021, pourvoi n° 19-24.079).

A la connaissance des rapporteurs, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas été amenée à se prononcer sur la définition, donnée par l'article 14, § 2, de la directive 2006/54, de l'exigence professionnelle véritable et déterminante. Il semble cependant que, compte tenu du mécanisme de justification d'une différence de traitement instauré par ce texte extrêmement proche de celui prévu par l'article 4, § 1, de la directive

2000/78, il pourrait être admis, par analogie avec l'interprétation faite de ce dernier texte par la Cour de justice de l'Union européenne, que l'exigence professionnelle véritable et déterminante renvoie également à une notion objective, exclusive de toutes considérations subjectives, c'est à dire à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité en cause.

Au cas présent, les juges du fond ont constaté que M. [T] s'était vu interdire par l'employeur de se présenter à l'embarquement avec des cheveux longs coiffés en tresses africaines nouées en chignon, au motif que cette coiffure n'était pas conforme au référentiel relatif au personnel navigant commercial masculin. Ils ont également constaté que le même référentiel autorisait cette coiffure pour le personnel féminin.

Dans l'hypothèse où la chambre considérerait que M. [T] a fait l'objet d'une discrimination directe fondée sur l'apparence en lien avec le sexe, il conviendra d'apprécier si les justifications présentées par l'employeur et retenues par la cour d'appel sont susceptibles de constituer une exigence professionnelle véritable et déterminante au sens de l'article 14, § 2, de la directive 2006/54.