

LA "CLAUSE DE NEUTRALITÉ"

Editorial	1
Jurisprudence	2
• Relations individuelles du travail	2
• Relations collectives de travail	5
Publications du cabinet	5

éditorial

Alain Coeuret
Of Counsel

Par un arrêt du 22 novembre 2017 (n° 13-19855 PBRI), la Cour de cassation française vient de clarifier la manière dont les employeurs doivent s'y prendre pour introduire, s'ils les estiment opportunes, des limitations à la liberté dont disposent leurs salariés de porter dans l'entreprise des signes politiques, philosophiques ou religieux. Pour ce faire, elle s'est appuyée sur deux décisions de la Cour de justice de l'Union Européenne préalablement saisie par elle, en interprétation de la directive communautaire n° 2000-78 CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière de l'emploi et de travail (CJUE 14 mars 2017 G 45 Secure Solutions).

Considérant les faits de l'espèce tels que décrits par le juge français, la Cour européenne dit pour droit que l'interdiction de porter un foulard islamique qui découlerait d'une règle interne d'un entreprise privée excluant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou les convictions au sens de cette directive. Mais elle complète son raisonnement en indiquant qu'en revanche, une telle règle interne émanant d'une entreprise privée est susceptible de constituer une discrimination indirecte au sens des dispositions de la directive précitée -et donc de fonder des sanctions au moins civiles contre son auteur- s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit -caractère propre à ce type de discrimination- entraîne en fait un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données "à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ce qu'il appartient à la juridiction (nationale) de vérifier".

Dans le contexte qu'on connaît et compte tenu notamment du caractère largement multi-confessionnel du territoire de l'Union européenne, en particulier celui de la France, cette prise de position du juge communautaire qui laisse, ainsi qu'on le voit, une grande latitude aux autorités nationales pour atteindre l'objectif qu'il fixe, était particulièrement attendue et la Cour de cassation française en a profité pour énoncer la méthode à partir de laquelle, selon elle, les juges du fond peuvent se prononcer sur la licéité des restrictions qui sont imposées aux salariés.

On rappellera que dans cette affaire, largement médiatisée, une salariée avait refusé de renoncer au porte du foulard islamique dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès de client de son employeur à la suite de quoi, elle avait été licenciée pour faute disciplinaire, licenciement qu'elle considérait comme discriminatoire. Si la Cour d'appel a vu sa décision cassée, c'est précisément parce qu'elle s'est écartée de la démarche -conforme à ce que préconise la Cour de justice- qui consiste à rechercher si la restriction imposée unilatéralement par l'employeur présente un caractère proportionné.

Or, selon la Cour de cassation, la bonne approche consiste pour l'employeur à mettre en place, dans le règlement intérieur de l'entreprise, une "clause de neutralité générale et indifférenciée" interdisant par avance le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients. Dans la continuité de son raisonnement, la Cour régulatrice énonce une réserve et exclut une ultime porte de sortie pour l'employeur. La réserve consiste, même en présence d'une clause de neutralité qu'il estimerait valable, à imposer au juge de vérifier que l'employeur n'avait pas d'autre solution que celle du licenciement qu'il a finalement prononcé (recherche préalable d'un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec les clients) et à supposer que cela n'entraîne pas de contrainte excessive pour l'entreprise.

L'exclusion concerne le jeu d'une notion issue du droit communautaire et transposée dans notre Code du travail à l'article L 1133-1. Il s'agit de la notion "d'exigence professionnelle essentielle et déterminante" qui, appliquée aux circonstances du litige, consiste à soutenir devant le juge que les souhaits d'un client de ne plus voir la prestation de services assurée par une salariée portant un foulard est bien une exigence professionnelle justifiant l'ordre donné puis le licenciement consécutif au refus de s'y soumettre.

JURISPRUDENCE

Relations Individuelles du Travail

Non bis in idem (cass. Soc 19 octobre 2017 n° 16-11343)

On est toujours étonné que, dans le jardin taillé au cordeau du pouvoir disciplinaire tel qu'il se présente aujourd'hui, plus de trente ans après son encadrement par la loi Auroux du 4 août 1982, il reste encore des incertitudes sur la portée de telle ou telle règle d'importance comme celle selon laquelle l'employeur, à l'image du juge pénal, ne peut sanctionner deux fois la même faute. En l'espèce, un salarié avait fait l'objet d'un avertissement pour insuffisance commerciale et managériale dans le cadre de son contrat de travail. Le même jour, l'employeur l'avait informé de son affectation sur un nouveau point de vente afin de lui donner la possibilité de réfuter le grief formulé contre lui. Mais l'intéressé ayant refusé cette mutation, il avait finalement fait l'objet d'un licenciement pour faute grave. De la nature de la mutation dépendait la régularité de la décision de rupture du contrat de travail car en mettant en évidence son caractère disciplinaire, on se plaçait du même coup sous l'emprise de la règle non bis in idem et la sanction prononcée in fine devait être annulée. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir relevé que c'était après avoir convoqué le salarié à un entretien préalable à un licenciement auquel il ne s'était pas présenté, que l'employeur lui avait signifié les griefs précités et l'avait sanctionné. Dans ces conditions, la décision de mutation apparaissait comme l'alternative à un possible licenciement dont l'intéressé restait en toute hypothèse menacé s'il n'améliorait pas ses résultats dans le nouveau point de vente où on l'avait affecté. Après l'avertissement qui n'avait pas été rapporté, la décision de mutation avait elle aussi un caractère disciplinaire se rapportant aux mêmes faits reprochés au salarié, soit deux sanctions distinctes à raison du même comportement considéré comme fautif par l'employeur lequel exerce ici, rappelons-le, un pouvoir de qualification préalable des faits dont l'usage, la présente espèce le montre, mérite d'être manié avec discernement.

La présomption d'innocence en droit disciplinaire (cass. Soc 13 décembre 2017 n° 16-17193)

L'arrêt traite du rapprochement entre procédure pénale et procédure disciplinaire, plus particulièrement de l'applicabilité à un salarié ayant été sanctionné par son employeur, de l'une des grands garanties du procès pénal et des droits de la défense, à savoir la présomption d'innocence au bénéfice du mis en cause ou du prévenu tant que la juridiction de jugement ne s'est pas définitivement prononcée sur les faits reprochés. En l'espèce, le salarié qui se prévalait d'une telle garantie ou plus exactement de son non-respect, laquelle estimait-il constituait un vice majeur de la procédure disciplinaire ayant conduit à son licenciement, n'avait subi aucune poursuite ni aucune condamnation pénale. Mais l'avocat de l'employeur ayant eu accès à son dossier pénal (grâce à une constitution de partie civile) divers manquements aux règles de discipline de l'entreprise avaient ainsi été mis au jour, ce qui fondait son licenciement pour faute grave. Devant les prud'hommes puis devant la Cour d'appel, le salarié se prévalait de la nullité de ce licenciement et les juges du fond lui avaient donné raison au motif que la sanction disciplinaire était fondée sur les déclarations faites par l'intéressé lors d'une audition auprès d'un service de police menant une enquête pénale méconnaissant la liberté fondamentale de présomption d'innocence. La Cour de cassation n'est pas du même avis.

Elle estime que l'intéressé n'ayant fait l'objet d'aucune poursuite pénale à l'issue de son audition, cette garantie fondamentale n'a pas été violée et elle précise utilement que cette présomption n'a nullement pour effet d'interdire à un employeur de se prévaloir de faits dont il a régulièrement eu connaissance au cours d'une procédure pénale à l'appui du licenciement d'un salarié qui finalement n'a pas été poursuivi pénalement. La solution rejoint une jurisprudence plus générale aux termes de laquelle la procédure disciplinaire, bien que marquée du sceau, est de maintes façons indépendante de la procédure pénale (v not cass soc 26 janvier 2012 n° 11-10479).

La responsabilité civile de harceleur dans l'entreprise

Les rapports du droit du travail et du droit pénal peuvent parfois surprendre. Ainsi, cette affaire jugée par la chambre criminelle de la Cour de cassation (cass crim 14 novembre 2017 n° 16-85161) et dans laquelle l'employeur s'est, avec succès, constitué partie civile à l'encontre d'un de ses salariés préalablement condamné pour harcèlement moral et sexuel, ce qui lui a permis d'obtenir, devant la juridiction pénale, des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé à l'entreprise. Compte tenu de la nature des infractions commises, le juge civil, en l'occurrence le conseil de prud'hommes, n'aurait pu prononcer une telle condamnation, car comme le soutenait le salarié lui-même, s'il y a bien une responsabilité pécuniaire des salariés envers leur employeur, dans le cadre de fautes commises pendant l'exécution du contrat de travail, celle-ci ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde, c'est-à-dire d'une faute caractérisée, selon la jurisprudence actuelle de la chambre sociale de la Cour de cassation, par une intention de nuire à l'employeur laquelle doit être démontrée par ce dernier. Mais la procédure pénale offre des ressources parfois insoupçonnées car, dans la mesure où une personne subit un préjudice directement lié à l'infraction, elle peut exercer une "action civile" au pénal contre l'auteur des faits, sa position procédurale étant relativement confortable dès lors que le Ministère public a préalablement décidé de poursuivre et d'exercer "l'action publique", action à ne pas confondre avec la première qui ne vise qu'à la défense d'intérêts privés. Le résultat pécuniaire de cette action civile est cependant souvent plus modeste que ce qui aurait été obtenu devant le juge civil pour la même infraction (en l'espèce et l'employeur n'obtient que 500 € ce qui est symbolique" ; Mais qu'importe car ce qui motivait la demande était moins le quantum de la réparation que la mise au pilori d'un comportement ayant terni l'image de l'entreprise, objectif plus sûrement atteint dans le prétoire pénal que dans son homologue civil. La présente décision ouvre des perspectives car, outre la mise au point, déjà présente dans un arrêt de la même chambre (crim 25 février 2015 n° 13-87602) qui consiste à contourner

nettement l'exigence de faute lourde, notion purement civile, propre au débat qui peut s'engager aux prud'hommes, lorsque l'employeur invoque un préjudice causé par son salarié, on se rend compte par une lecture minutieuse des circonstances de l'espèce que ce dernier disposait dans l'entreprise d'une délégation de pouvoirs et que c'est dans l'exercice de celle-ci qu'il a commis les infractions qui lui étaient reprochées. La chambre criminelle prend soin en effet de rappeler que, pour commettre les faits de harcèlement, l'intéressé a outrepassé les pouvoirs hiérarchiques qui lui avaient été dévolus, ce qui laisse penser que le raisonnement judiciaire aurait pu être différent si lesdites infractions avaient été commises par un préposé dénué de tout rôle d'autorité.

Egalité de traitement : l'étau se desserre ?

Plusieurs arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation semblent consacrer une approche moins rigoureuse du principe d'égalité de traitement entre employeurs et salariés (cass soc 7 décembre 2017 n° 16-15109 et n° 16-14235). Dans la première affaire, plusieurs salariés engagés postérieurement à l'entrée en vigueur de dispositions conventionnelles nouvelles avaient saisi la juridiction prud'homale d'une demande de paiement d'un rappel de salaire en application du principe d'égalité de traitement. La cause semblait entendue au niveau de la Cour d'appel, mais l'arrêt rendu par celle-ci est cassé au motif qu'en l'espèce l'inégalité de traitement instaurée par voie conventionnelle repose sur une raison objective et pertinente découlant de la règle énoncée par l'article L 2245-1 du Code du travail. Ce texte, qui régit les rapports entre le contrat de travail et une norme d'origine conventionnelle, interdit en effet d'imposer au salarié une modification de son contrat de travail. Il faut comprendre que la grille de rémunération mise en place prévoyait une somme plus faible que celle stipulée dans le contrat individuel. Dans ces conditions, l'employeur était contraint de maintenir à ceux de ses salariés embauchés avant le changement de grille, la rémunération, désormais plus favorable, prévue par leur contrat. Il y avait là pour l'employeur une raison objective justifiant la différence de traitement défavorable aux salariés soumis à la nouvelle grille de rémunération.

Dans la seconde affaire tranchée par un arrêt du même jour, l'évolution de l'appréciation du principe d'égalité vers une moindre sévérité est peut-être plus sensible encore. En l'espèce, à l'inverse du cas précédent, ce sont les salariés engagés postérieurement à l'entrée en vigueur d'un nouveau barème qui bénéficiaient d'un avantage tenant en une évolution de carrière plus rapide. La différence de traitement n'était pas négligeable car, à qualification égale, les salariés ayant accumulés une forte ancienneté dans l'entreprise (40 ans) se trouvaient, du fait du nouveau barème conventionnel, pénalisés par rapport à leurs collègues accédant au même coefficient au bout de 20 ans seulement. Ici encore, dans la continuité d'une jurisprudence connue pour sa vigilance dans l'application du principe, les juges du fond avaient conclu à une violation du principe et ici encore, ils sont censurés par la Haute Juridiction qui estime au contraire que l'évolution de carrière plus rapide consacrée par l'accord collectif au bénéfice des salariés embauchés après l'entrée en vigueur de celui-ci n'est pas contraire à la règle invoquée. Faute d'avoir prévu une application rétroactive de la nouvelle grille conventionnelle, l'écart se creuse entre les deux catégories de salariés sans que les juges y voient une différence injustifiable. La solution paraît traduire un plus grand souci des juges de laisser s'épanouir la négociation collective d'entreprise. Cependant il faut être attentif aux limites qui encadrent l'espace de liberté ainsi concédé. La solution inégalitaire n'est tolérée qu'à la condition, qui doit être vérifiée par les juges du fond, que les salariés les mieux traités n'aient à aucun moment bénéficié d'une classification ou d'une rémunération plus élevée que celle des salariés engagés avant l'entrée en vigueur du nouveau barème.

Relations Collectives de Travail

Deux arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 15 septembre 2017 attirent l'attention dans la mesure où ils contiennent des solutions inédites. Le premier d'entre eux (n° 16-24798) porte sur la liberté d'expression des syndicats dans le processus électoral en décidant que le fait que le protocole préélectoral fixe une période délimitée pour la propagande électorale des candidats ne peut entraver cette liberté et interdire aux organisations concernées toute communication en lien avec les élections avant l'ouverture officielle de la campagne. Dans les faits, des communications avaient commencé à être adressées aux salariés un mois avant la date prévue par le protocole, pour expliquer notamment le rôle et le fonctionnement des instances représentatives à élire. Ces communications ne revêtaient a priori aucun caractère polémique ni injurieux ni diffamatoire et ne portaient pas atteinte par ailleurs au principe d'égalité entre les syndicats puisque d'autres organisations avaient manifestement fait de même. La Haute Juridiction ne voit dans tout cela aucune raison de saisir utilement le juge des référés pour trouble manifestement illicite. Par conséquent, ce sont uniquement les dispositions relatives à la presse qui permettent de définir les limites d'une liberté de communication adossée, dans le visa de cassation, rien moins qu'à l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les temps ne sont-ils pas au développement du rôle du syndicat en tant que partenaire incontournable dans des négociations d'entreprise que l'on veut les plus dynamiques possibles ?

Le second arrêt porte sur un point techniquement assez différent, mais il participe du même esprit (voir n° 16-60268). Il décide qu'en l'absence d'organisation syndicale reconnue représentative dans l'entreprise (ou l'établissement distinct) ou ayant constitué une section syndicale dans ce même périmètre, l'invitation d'une organisation syndicale reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel à la négociation du protocole d'accord préélectoral en vue des élections de représentants du personnel, peut être valablement adressée à la confédération syndicale représentative nationale et interprofessionnelle de même obédience. Il en résulte en l'espèce que se trouve forclosée la requête d'un syndicat de cette même obédience en annulation du premier tour des élections, motif pris de ce que l'employeur ne l'avait pas invité à négocier. Il ne l'avait certes pas fait mais la confédération du même sigle avait, quant à elle, reçu l'invitation. Extrême souplesse donc dans la capacité reconnue aux structures syndicales, même éloignées du terrain, de jouer ce rôle de partenaire dans les élections professionnelles.

PUBLICATIONS DU CABINET

- **Aurélien Boulanger et David Jonin** - "*La phase précontentieuse dans l'action de groupe en matière de discrimination en droit du travail*" - *Sem. Soc. Lamy 2017* 16 octobre 2017 n° 1786
- **Alain Coeuret** - "*La procédure d'amende administrative en droit du travail : entre principe d'indépendance et priorité du judiciaire*" - *Rec. Dalloz 2018 chr. p. 177 et s.*

CONTACTS

BAUDOIN

DE MOUCHERON

moucheron@gide.com

AURELIEN BOULANGER

boulanger@gide.com

DAVID JONIN

jonin@gide.com

FOULQUES DE ROSTOLAN

rostolan@gide.com

FRANÇOIS VERGNE

f.vergne@gide.com

GUILLAUME NAVARRO

navarro@gide.com

ALAIN COEURET

alain.coeuret@gide.com

Vous pouvez consulter cette lettre d'informations sur notre site Internet, rubrique Actualités & Publications : gide.com

Cette lettre d'informations est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. Cette lettre d'informations est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations. Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication (privacy@gide.com).