

Les CAHIERS JURIDIQUES de L'UNSA

n°5 mars 2015

ACTUALITÉ

QUELLE VALIDITE DE LA CLAUSE D'INTERDICTION DE TEMOIGNER ?

page 4

La Cour de cassation s'est engagée dans la voie d'une protection croissante des salariés témoins

CHRONIQUES DU FOND

PRISE D'ACTE, RESILIATION JUDICIAIRE :

LA COUR D'APPEL S'APPUIE SUR LES PRINCIPES

page 15

Le contentieux de la rupture à l'initiative du salarié interroge sur la notion de faute commise par l'employeur et sur le degré de gravité permettant de justifier la prise d'acte ou la résiliation judiciaire

DROIT DE SUITE

AFFAIRE BABY-LOUP :
LA COUR DE CASSATION CONFIRME LE LICENCIEMENT LIE AU PORT DU VOILE

page 17

DOSSIER *page 7*

LES SOURCES ATYPIQUES DU DROIT

USAGES, ACCORDS D'ENTREPRISE ET ENGAGEMENTS UNILATERAUX

*par Frédérique Paquier
juriste du secteur juridique de l'UNSA
page 8*

INCORPORATION DES AVANTAGES INDIVIDUELS ACQUIS SUITE AU TRANSFERT D'ENTREPRISE

*par Elisabeth Geneix
juriste UNSA Auvergne et du secteur juridique national
page 11*

LES AVANTAGES INDIVIDUELS ACQUIS ENTRE INCERTITUDES ET PARADOXES

*par Sophie Cogez
juriste UNSA Nord Pas-de-Calais et du secteur juridique national
page 13*

VU DANS D'AUTRES REVUES

Travaux de l'Observatoire de la laïcité sur le fait religieux dans l'entreprise privée

Cette chronique qui présente les travaux de l'Observatoire qui abordent les relations de travail est publiée dans la Revue de Droit du Travail Dalloz de Septembre 2014.

Affaire Baby-Loup : vues du sommet

Cette étude rédigée par P.Adam est publiée dans la Revue de Droit du Travail Dalloz d'Octobre 2014.

Etude - Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux

Quelques observations à partir de la loi du 14 juin 2013

Cette étude rédigée par G. Borenfreund est publiée dans la Revue de Droit du Travail Dalloz de Janvier 2015.

« Les dispositions issues de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, relatives au comité d'entreprise, constituent une référence de choix pour mesurer la place et le rôle attribués aujourd'hui à cette institution autant que les constances voire les évolutions de fond, parfois latentes, qui traversent notre droit des relations professionnelles.

Aussi, les enjeux dont ce texte est porteur se situent-ils au carrefour d'interro-

gations ciblées et de questionnements touchant à l'architecture et à la logique qui supportent la défense des intérêts collectifs des salariés dans l'entreprise. »

Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de liberté

Cet article est rédigé par M.Mercat-Bruns et publié dans la Revue de Droit du Travail Dalloz de Janvier 2015.

« Les discriminations multiples sont souvent considérées négativement sous l'angle des défis qu'elles posent. Or leur occurrence peut offrir deux autres voies de réflexion.

Premièrement, c'est l'occasion de confronter certaines limites du droit de la non-discrimination et d'envisager de nouvelles stratégies contentieuses face à ces discriminations multiples qui freinent l'égal accès à la justice et perpétuent des discriminations systématiques.

Deuxièmement, face à certaines formes de discrimination multiples, il est possible de réexaminer la façon dont l'employeur, les juges et les salariés eux-mêmes apprécient l'identité de la personne au travail au croisement des enjeux de l'égalité et de la liberté. »

Les Cahiers Juridiques de L'UNSA n°5 mars 2015

DIRECTEUR DE PUBLICATION : LUC BÉRILLE **RESPONSABLE ÉDITORIAL :** FLORENCE DODIN **SECRÉTAIRE**

DE RÉDACTION : FRÉDÉRIQUE PAQUIER **RESPONSABLE DE PRODUCTION :** CHRISTIAN BROEDERS **COMPOSITION :**

PUBLICATIONS UNSA **COMITÉ DE LECTURE :** CATHERINE ARDONCEAU, SOPHIE COGEZ, ELISABETH GENEIX, SIMON LEQUEUX, EMMANUEL MAUGER, FRÉDÉRIQUE PAQUIER ET GUILLAUME SAUVAGE **IMPRESSION :** UNION NATIONALE DES SYNDICATS AUTONOMES : 21 RUE JULES FERRY 93177 BAGNOLET CEDEX TÉL : 01 48 18 88 00

FAX : 01 48 18 88 99 COURRIEL : unsa@unsa.org

SITE INTERNET : <http://www.unsa.org> L'UNSA EST MEMBRE DE LA CONFÉDÉRATION EUROPÉENNE DES SYNDICATS (CES)

Point de vue

PROJET DE LOI POUR LA CROISSANCE, L'ACTIVITÉ ET L'ÉGALITÉ DES CHANCES : DU MIEUX MAIS DES AMÉLIORATIONS ENCORE POSSIBLES

Florence Dodin
Secrétaire nationale

Construit autour de trois axes : libérer, investir, travailler, ce projet adopté le 15 février 2015 par l'Assemblée nationale, est censé « développer l'attractivité, redonner de la vitalité à l'économie française et ainsi créer des emplois ». Abordant des sujets très disparates ne relevant pas tous de notre compétence syndicale, il touche à de nombreuses dispositions du code du travail. Si l'UNSA estime les grands objectifs de cette loi louables, elle condamne la méthode de départ retenue, pour la phase gouvernementale d'élaboration du projet de loi, où la concertation et le dialogue furent inexistantes. Pour autant, l'UNSA a fait le choix d'inscrire son action dans l'amélioration de ce texte. Sur le volet justice prud'homale, l'UNSA estime que l'objectif de réduire les délais de procédure, préjudiciables pour les salariés est positif. En revanche, les mesures proposées initialement ne nous apparaissent pas toutes répondre à cet objectif. C'est pourquoi, l'UNSA a porté à tous les niveaux ses propositions au regard du justiciable et de l'essence même de cette juridiction : conciliation et paritarisme.

La mise en état du dossier nous paraît une des clés essentielles pour atteindre l'objectif fixé. Sur ce point, même si l'UNSA a été partiellement entendue, par une possible désignation

de conseillers rapporteurs par le bureau de conciliation ou de jugement, tous les leviers possibles n'ont pas été introduits dans la loi : Une réelle procédure doit être mise en place. D'autres évolutions positives ont vu le jour. Il en est ainsi de l'introduction d'un véritable statut du défenseur syndical, de la formation initiale des conseillers prud'homaux rendue obligatoire, des règles déontologiques et disciplinaires. Le renvoi direct des dossiers vers le départage a été revu et seul, désormais, le bureau de conciliation et d'orientation peut en décider.

La nouvelle procédure du circuit-court introduite ne nous convient pas. Elle permet au bureau de conciliation, d'orienter sur deux types de dossiers (licenciement et résiliation judiciaire) vers un bureau restreint (2 conseillers) statuant en 3 mois. Mais en l'absence de moyens supplémentaires que nous avons demandés, le risque d'allonger les délais est probable.

Enfin, la création d'un « référentiel » indicatif (sauf demande conjointe des parties pour l'appliquer) vient remplacer le barème imposé auquel l'UNSA était opposée.

L'UNSA continuera de peser pour infléchir les points négatifs et continuera de porter ses amendements lors de l'examen du texte qui devra désormais être fait par le Sénat.

QUELLE VALIDITÉ DE LA CLAUSE D'INTERDICTION DE TÉMOIGNER ?

Maître Michèle Arnaud,
avocate en droit social et membre du réseau Unsavocats

Bien souvent, à la faveur de la signature d'un protocole d'accord, l'employeur insère dans la convention, une clause visant à interdire au salarié qui quitte, ou a quitté l'entreprise, de délivrer une attestation au profit d'un de ses collègues, qui souhaiterait bénéficier de son témoignage dans le cours d'une action judiciaire.

La validité d'une telle clause, apparaît sur le moment, annexe, au salarié qui signe cette transaction et, par là même, clos un épisode parfois douloureux de sa vie professionnelle.

La question d'avoir à donner ou refuser son témoignage à un autre salarié qui le demanderait, lui semble à ce moment théorique et dénuée d'importance. Cette clause fait ainsi partie des clauses de style que l'on retrouve dans de nombreuses transactions.

Néanmoins, à la supposer valable, le salarié qui l'accepte prend un engagement lourd de conséquences et aliène une partie de sa liberté. Il compromet également l'équité du procès au cours duquel on pourrait lui demander de délivrer son témoignage.

Dès lors, se pose la question de la validité d'une telle clause.

Il semble que la Cour de Cassation n'ait pas encore tranché cette question : elle s'est, néanmoins engagée dans la voie d'une protection croissante des salariés témoins qui permet de penser que la haute juridiction censurerait cette disposition conventionnelle.

LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA RÉPONSE :

L'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme pose le principe du droit à un procès équitable, notamment celui d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge.

L'article 10 de la Convention Européenne précise que toute personne a droit à la liberté d'expression.

Ces deux principes ne souffrent aucune exception.

Le code du travail, quant à lui, ne protège, la liberté de témoigner qu'au profit de salariés qui témoigneraient d'agissements bien spécifiques :

Discrimination et harcèlement, corruption, faits constitutifs d'un délit ou d'un crime. (code du travail L1132-3, L1152-2, L1153-3, L1161-1, L1132-3-3).

L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE :

Dans le cadre du contrat de travail, la Cour de Cassation protège l'action en justice des salariés sur le fondement des deux textes précités de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Elle a tout d'abord protégé le salarié, toujours en poste, qui intente une action à l'encontre de son employeur.

Ainsi le 23 novembre 1994, elle avait affirmé

Il semble que la Cour de Cassation n'ait pas encore tranché cette question : elle s'est, néanmoins engagée dans la voie d'une protection croissante des salariés témoins

que « toute personne est tenue d'apporter son concours à la justice et qu'en conséquence le témoignage en justice d'un salarié ne peut, sauf abus, ni constituer une faute, ni une cause de licenciement ». (Cass.Soc.23 novembre 1994 n°91-41.434

Le 6 février 2013, elle proclamait la nullité de principe des mesures de rétorsion prises par l'employeur à la suite d'une action en justice des salariés à son encontre.

Selon la Cour de Cassation « il résulte de l'article R1455-6 du code du travail que le Juge des Référé peut, même en l'absence de dispositions l'y autorisant, ordonner la poursuite des relations contractuelles en cas de violation d'une liberté fondamentale par l'employeur.

Lorsque la rupture illicite d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme comme intervenue en dehors des cas prévus par l'article L 1243-1 du Code du Travail fait suite à l'action en justice engagée par le salarié contre son employeur, il appartient à ce dernier d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice (Cass. Soc. 6 février 2013 n°11-11.740).

Le 9 octobre 2013, la Cour décidait « que le principe de l'égalité des armes fait obstacle à ce que l'employeur utilise son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui les oppose ».

En conséquence le licenciement qui trouve sa cause dans la volonté de l'employeur d'imposer au salarié sa propre solution dans le litige qui les oppose relativement à l'exécution du jugement du conseil des prud'hommes est nul (Cass. Soc 9 octobre 2013 n°12-17.882).

Enfin, le 29 octobre 2013, la Cour de Cassation a décidé que la protection accordée à l'auteur de l'action en justice doit être étendue au témoin. (Cass. Soc 29 octobre 2013 n°12-22.447).

En l'espèce, un salarié avait été licencié pour avoir rédigé une attestation prétendument mensongère destinée à être produite dans le cadre d'un litige prud'homal concernant un autre salarié et pour avoir informé de cette démarche, des collègues de travail.

L'intéressé réclamait l'annulation de son licenciement et sa réintégration.

La décision de la cour d'Appel qui refuse de faire droit à sa demande au motif de l'absence d'atteinte à la liberté de témoigner est censurée par la Cour de Cassation.

De cette décision, il résulte que le salarié qui décide de témoigner au profit d'un collègue de travail dès lors que son comportement n'est pas entaché de mauvaise foi, doit être protégé.

Sous le visa des articles 6 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour affirme : « qu'en raison de l'atteinte qui est portée à la liberté de témoigner, garantie d'une bonne justice, le licenciement prononcé en raison du contenu d'une attestation délivrée par le salarié au bénéfice d'un autre est atteint de nullité, sauf en cas de mauvaise foi de son auteur ».

De cette décision, il résulte que le salarié qui décide de témoigner au profit d'un collègue de travail dès lors que son comportement n'est pas entaché de mauvaise foi, doit être protégé.

L'action en justice est un droit fondamental : il convient de protéger le demandeur et son adversaire, mais également de permettre à toute personne impliquée dans une relation procesuelle d'agir avec efficacité. Cela suppose que le témoin ne doit pas être exposé à des mesures de rétorsion pour avoir contribué à la manifestation de la vérité.

Dans l'arrêt du 9 octobre 2013, la Cour de Cassation proclame que la liberté de témoigner est la garantie d'une bonne justice. S'impose à tous de contribuer à la manifestation de la vérité.

L'article 10 alinéa 1 du code civil affirme d'ailleurs, que « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». La liberté de témoigner est rattachée par la Cour de Cassation non seulement au droit d'agir en justice mais également à la liberté d'expression. Elle généralise ainsi la protection du droit de témoigner en justice.

Dès lors si la Cour de Cassation n'a pas encore eu à statuer sur la validité des clauses qui sont imposées à un salarié dans le cadre d'un protocole d'accord et qui ont pour effet de lui interdire de témoigner en faveur d'un autre salarié, il ne fait pas de doute que les enjeux sont exactement les mêmes que dans la jurisprudence précédemment évoquée tendant à protéger de toute mesure de rétorsion le salarié « attestant ».

Il convient là aussi, d'une part de protéger la liberté de témoigner, liberté fondamentale, évoquée tant par les normes européennes que par les dispositions du droit français. Il convient également de sauvegarder le droit à un procès équitable du salarié qui sollicite l'attestation de son collègue. En effet, il s'agit souvent pour lui du seul moyen de démontrer de faits qui se sont produits au sein de l'entreprise.

Enfin, ce type de clauses, visant à interdire à un salarié, à l'occasion de la signature d'un protocole destiné à clore un litige né à l'occasion de l'exécution ou de la rupture d'un contrat de travail, souvent imposé par l'employeur, n'a rien à voir avec l'objet même du protocole : résoudre le litige déjà né entre le salarié et l'employeur qui vont transiger.

Elles visent à intimider le salarié et lui imposent des obligations contraires à l'ordre public.

La cour d'appel de Grenoble par un arrêt de sa chambre sociale du 30 novembre 2011 affirmait ainsi :

« Attendu par ailleurs que la transaction contient une clause d'interdiction de témoigner qui en elle-même vicie la transaction, une telle clause faisant obstacle à la liberté de témoigner est étant susceptible de contrevenir aux dispositions de l'article 434-15 du code pénal. »

LES IMPLICATIONS PÉNALES :

En effet, il semble, de surcroît, qu'imposer au salarié une interdiction d'attester constitue le délit de subornation de témoin.

L'article 434-15 du code pénal dispose :

Le fait d'user de promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices au cours d'une procédure ou en

Il convient là aussi, de protéger la liberté de témoigner, liberté fondamentale, évoquée tant par les normes européennes que par les dispositions du droit français.

vue d'une demande ou défense en justice afin de déterminer autrui soit à faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation mensongère, soit à s'abstenir de faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, même si la subornation n'est pas suivie d'effet .

Le texte vise non seulement les faits consistant à déterminer le témoin à faire ou délivrer une attestation mensongère mais également à s'abstenir de faire ou délivrer toute déposition, déclaration ou attestation.

C'est donc à la fois positivement par l'incitation au mensonge et négativement par la provocation au silence que le suborneur engage sa responsabilité.

Gageons, des lors, que lorsque la Cour de Cassation aura à connaître d'une contestation de la validité d'une clause d'interdiction d'attestation, elle prendra une position dans le droit fil de l'évolution de sa jurisprudence, et conforme à tous les principes généraux du droit et de l'équité, pour dire que cette clause est nulle et de nul effet.

LES SOURCES ATYPIQUES DU DROIT

Structuration de plus en plus complexe des entreprises et des groupes, multiplication des restructurations, fréquence croissante de la mobilité interne des salariés, négociation collective de branche et d'entreprise bien souvent en panne, contentieux sans cesse élargi à l'encontre de toute discrimination : le corpus des droits individuels et collectifs des salariés est aujourd'hui soumis en permanence à tant d'aléas qu'ils en deviennent eux aussi précaires. Cette précarité conduit souvent les salariés à se méprendre sur leurs droits, soit en prétendant à des avantages qu'ils n'ont pas ou n'ont plus, soit en ignorant des dispositions dont ils pourraient réclamer le bénéfice.

Parmi ces droits fluctuants, beaucoup ne sont régis que par une jurisprudence complexe et touffue. Sophie Cogez « Les avantages individuels acquis entre incertitudes et paradoxes » fait le point sur la notion d'avantages individuels acquis, nourrissant à son tour un débat dans lequel la doctrine peine encore à s'accorder sur le caractère individuel desdits avantages.

Mais au moins ces avantages résultent-ils de conventions ou d'accords conformes aux exigences des articles L2231-1 et suivants du code du travail, dont les conditions d'application, de dénonciation et de survie sont clairement définies. Il n'en va pas de même pour les accords atypiques et les usages que passe en revue Frédérique Paquier.

« Les sources atypiques du droit : Usages, accords d'entreprise et engagements unilatéraux ». Sous de multiples formes, ils alimentent de manière considérable les statuts collectifs, notamment dans les très (trop) nombreuses entreprises dépourvues de délégués syndicaux ou dépendant de conventions collectives trop souvent obsolètes. C'est dire l'importance de leur identification, de leur valeur normative, des conditions de leur opposabilité, de leur modification ou de leur disparition.

Enfin, Elisabeth Geneix « Incorporation des avantages individuels acquis suite au transfert d'entreprise » s'attache au cas particulier du devenir des droits des personnels transférés lors de restructurations d'entreprises. Pour être plus encadré, il n'en est pas moins source de bien des incertitudes pour des salariés confrontés à des situations complexes voire opaques.

Outre l'éclairage porté sur l'état actuel du droit, ce dossier invite tous et chacun à faire son profit de quelques évidences. La conquête de nouveaux droits ne se conçoit qu'en connaissant et défendant les droits existants. La source du droit conditionne pour une large part sa solidité et sa durabilité. Et enfin, dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres, les représentants du personnel et les structures syndicales doivent, vis-à-vis des salariés, s'astreindre à un effort permanent d'information.

USAGES, ACCORDS ATYPIQUES ET ENGAGEMENTS UNILATÉRAUX

Frédérique Paquier,
juriste du secteur juridique national de l'UNSA

Parmi les sources internes à l'entreprise, l'usage, l'accord atypique et l'engagement unilatéral font partie des éléments du statut collectif des salariés. Cependant, contrairement à la convention ou à l'accord collectif, ils ne sont pas encadrés par la loi.

La jurisprudence fait que ces trois sources atypiques du droit revêtent, sous certaines conditions, un caractère contraignant pour l'employeur : L'engagement unilatéral et l'accord atypique sont créateurs de droits pour les salariés. Autrement dit, ces derniers peuvent revendiquer auprès de l'employeur les avantages qu'ils renferment, tout en gardant à l'esprit que leur portée est limitée.

QU'EST-CE QU'UN ENGAGEMENT UNILATÉRAL ?

C'est une décision explicite prise par l'employeur seul : ce dernier prend, vis-à-vis des salariés, un engagement de faire.

L'employeur peut limiter son engagement mais il doit être clair et précis sur les conditions restrictives qu'il entend poser. A défaut, ces limites ne seront pas prises en compte par le juge.

La Cour de cassation considère que l'accord atypique constitue un engagement de l'employeur envers ses salariés, que cet accord soit conclu avec le comité d'entreprise (Cass. soc., 23 oct. 1991, n°88-41.661) ou avec les délégués du personnel (Cass. soc., 7 janv. 1988, n° 85-42.853 ; Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-41.584).

De plus, la décision prise par l'employeur, après consultation des salariés ou d'institutions représentatives du personnel autres que les organisations syndicales, ne constituant pas un accord d'entreprise au sens de l'article L. 2232-16 du code du travail, il en résulte que l'employeur peut prendre une telle décision sans apporter nécessairement une entrave à l'exercice du droit syndical, notamment lorsqu'elle ne tend qu'à modifier des engagements antérieurs de sa part (Cass. crim., 28 mars 1995, n° 92-80.694)

QU'EST-CE QU'UN USAGE ?

L'usage d'entreprise relève d'une décision unilatérale de l'employeur libre de créer l'avantage tiré de l'usage, comme de le supprimer, sous la seule réserve de respecter les formalités inhérentes à la procédure de dénonciation.

L'usage constitue ainsi une source de droit autonome, distincte tant du statut collectif (convention ou accord collectif), que du statut individuel (contrat de travail).

Les avantages résultant d'un usage ne constituent pas des éléments du contrat de travail.

La Cour de cassation considère que l'avantage tiré d'un usage « n'est pas incorporé au contrat de travail » (Cass. soc., 13 févr. 1996, n° 93-42.309; Cass. soc., 10 févr. 1998, no 95-42.543; Cass. soc., 6 juill. 2005, n° 04-45.037).

Rien n'empêche toutefois un employeur de « contractualiser » un usage en insérant dans un contrat de travail l'avantage jusque-là octroyé au seul titre de l'usage. Dès lors qu'il accomplit une démarche individuelle vis-à-vis d'un salarié, l'employeur témoigne d'une intention d'incorporer un avantage au contrat de travail.

L'usage, l'accord atypique et l'engagement unilatéral font partie des éléments du statut collectif des salariés

Mais encore faut-il que l'introduction dans des contrats de travail d'un avantage, qui résulte déjà d'un usage dans l'entreprise, soit justifiée par des éléments objectifs, afin de ne pas entraîner une rupture de l'égalité de traitement entre plusieurs salariés occupant le même emploi ou accomplissant des tâches identiques ou similaires.

En effet, dans un tel cas de figure, la dénonciation de l'usage crée une disparité de situation entre les salariés puisque seuls ceux qui en bénéficient en vertu de leur contrat continuent à percevoir l'avantage après la dénonciation de l'usage.

Il convient donc de bien déterminer l'intention de l'employeur, et la portée des clauses insérées dans le contrat de travail.

Les juges du fond, souverains en la matière, doivent donc rechercher au cas par cas si la mention d'usage dans le contrat de travail constitue une simple information ou résulte d'une volonté claire et non équivoque de l'employeur d'incorporer au contrat de travail les avantages tirés d'usages en vigueur dans l'entreprise.

QU'EST-CE QU'UN ACCORD ATYPIQUE ?

En pratique, il arrive que des accords soient négociés et conclus entre l'employeur et d'autres interlocuteurs non syndicaux en dehors des cas autorisés par la loi : délégués du personnel, comité d'entreprise, ensemble des salariés.

Ces accords, dits atypiques, sont souvent transcrits dans les procès-verbaux du comité d'entreprise ou sur le registre des délégués du personnel. Ils peuvent aussi être oraux (Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-41.584).

Ces accords, conclus en méconnaissance des règles de conclusion des accords collectifs posées par le code du travail, n'ont pas la valeur juridique ni les effets d'un accord collectif de droit commun.

Lorsqu'un accord collectif, même moins favorable, est conclu avec un délégué syndical et qu'il porte sur le même objet que l'usage, l'accord atypique ou l'engagement unilatéral, ces derniers cessent automatiquement de s'appliquer sans qu'il soit nécessaire de procéder à leur dénonciation. Ils sont en effet immédiatement remplacés par l'accord collectif (Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-42.793) et le salarié perd définitivement son avantage.

Il n'existe donc aucune définition légale des

L'engagement unilatéral et l'accord atypique sont créateurs de droits pour les salariés

accords dits « atypiques ». C'est une expression que l'on emploie pour désigner les accords conclus en dehors du cadre légal.

La loi définissant le mode de conclusion des accords collectifs de travail les subordonne à la présence de délégués syndicaux désignés dans les conditions de l'article L. 2132-2 du code du travail. En conséquence, toute convention qui ne serait pas négociée dans ce cadre est un accord atypique.

Par hypothèse, les accords atypiques ne sont soumis à aucune condition de validité et à aucun formalisme particulier et peuvent, en conséquence, résulter de situations très diverses :

- discussions informelles avec les délégués du personnel ;
- procès-verbal de réunion du comité d'entreprise ;
- conclusion d'un accord entre la direction et le comité d'entreprise, ou les délégués du personnel ;
- protocole d'accord mettant fin à un conflit collectif.

Il peut également s'agir d'un accord initialement présenté comme accord d'entreprise qui, malgré l'absence de signature des partenaires sociaux, est appliqué par l'employeur.

Même si l'accord atypique n'est pas assimilé à un accord collectif de travail, il n'en demeure pas moins obligatoire pour l'employeur. Son inexécution par l'employeur peut porter préjudice à l'intérêt collectif de la profession que les syndicats représentent.

En tant que telle, une organisation syndicale peut en réclamer l'application devant les tribu-

naux civils : A ce titre, il a été admis par la Cour de cassation, dans une hypothèse où le procès-verbal de réunion du comité d'entreprise, signé par la direction et la délégation syndicale, prenait acte d'un engagement de l'employeur de verser un treizième mois à une catégorie de personnel, qu'un tel accord, même s'il n'avait pas la force obligatoire d'une convention collective, obligeait l'employeur et que sa violation causait un préjudice à l'intérêt collectif de la profession, rendant ainsi recevable une action syndicale sur le fondement de l'article L. 2132-3 du code du travail (Cass. soc., 14 juin 1984, n° 82-14.385).

LES ACCORDS ATYPIQUES NE PEUVENT PAS DÉROGER AUX DISPOSITIONS D'ORDRE PUBLIC

Un accord d'entreprise ne pouvant déroger dans

un sens défavorable aux salariés à la loi (C. trav., art. L. 2251-1), il en est a fortiori de même pour un accord atypique.

Non seulement les accords atypiques ne peuvent restreindre les droits que les salariés tiennent de la loi, mais ils ne peuvent non plus déroger aux accords collectifs de travail ou encore au contrat individuel de travail.

Dans la mesure où ils sont considérés par la jurisprudence comme des engagements de l'employeur, les accords atypiques peuvent, en vertu du principe d'ordre public social qui fait prédominer l'accord le plus favorable, apporter des avantages supplémentaires aux salariés par rapport à la loi ou au statut collectif antérieur (Cass. soc., 23 oct. 1991, no 88-41.661, Bull. civ. V, no 433).

Source : Lamy social 2014

INCORPORATION DES AVANTAGES INDIVIDUELS ACQUIS SUITE AU TRANSFERT D'ENTREPRISE

Elisabeth Geneix,
juriste UNSA Auvergne et du secteur juridique national

La modification de la situation juridique de l'employeur conduit à la remise en cause des conventions et accords applicables aux salariés de l'entreprise transférée. Cette situation fréquente nous renvoie à considérer d'une part, les effets du transfert d'entreprise sur les conventions et accords collectifs et d'autre part, l'incorporation des avantages individuels acquis au contrat de travail des salariés transférés.

LES EFFETS DU TRANSFERT D'ENTREPRISE SUR LES CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS

La modification de la situation juridique de l'employeur conduit à la mise en cause automatique des conventions collectives, de la convention de branche si celle-ci diffère de celle applicable au sein de l'entreprise cessionnaire, et des accords collectifs antérieurs en vigueur au sein de l'entité transférée (L. 2261-14 du code du travail).

La survie temporaire des accords au sein de l'entreprise d'accueil n'est possible que s'il y a changement d'employeur par application de l'article L. 1224-1 du code du travail (Cass. soc., 20 janv. 1998, n°95-41942), ce qui suppose qu'il y ait transfert d'une entité économique autonome. Une opération d'externalisation avec un transfert conventionnel des salariés ne donne pas lieu au maintien provisoire du statut collectif de ces salariés.

Alors que les anciennes dispositions conventionnelles demeurent applicables jusqu'à l'entrée en vigueur de celles de l'accord de substitution, la convention collective de l'entreprise d'accueil s'applique immédiatement aux contrats de travail des salariés transférés, à l'exception des dispositions plus favorables de l'accord mis en cause qui continuent de s'appliquer dans les conditions de l'article L. 2261-14 du code du travail (Cass. soc., 10 févr. 2010, n°08-44454, 30 juin 2010, n°08-45600).

Ensuite, en l'absence d'un accord de substitution, les dispositions conventionnelles anciennes survivent, à compter de l'expiration du préavis de trois mois, pendant une année, sauf si une clause prévoit une durée supérieure.

La Cour de cassation a précisé que l'accord doit donner lieu à une négociation spécifique et ne saurait être implicite (Cass. soc., 31 janv. 1995, n°91-41965). Un accord de substitution ou d'adaptation est obligatoirement un nouvel accord négocié entre le nouvel employeur et les organisations syndicales représentatives (Cass. soc., 25 janv. 2006, n°02-46112).

La Cour de cassation précise que le transfert d'entreprise n'a aucune incidence sur les règles de représentativité établies à la suite des dernières élections professionnelles, qui continuent à s'appliquer pendant tout le cycle électoral : un syndicat non représentatif ne peut donc devenir représentatif par l'effet de l'absorption d'établissements au sein desquels il est représentatif (Cass. soc., 19 févr. 2014, n°13-16750). Si la négociation de l'accord de substitution aboutit, le nouvel accord s'applique immédiatement et l'accord en survie temporaire cesse de produire effet. Concrètement, et sauf clause plus favorable de l'accord de substitution, tous les avantages de l'ancien accord disparaissent définitivement sans que le salarié puisse prétendre au maintien des avantages acquis (Cass. soc., 30 mars 1994, n°90-42144).

L'accord de substitution peut cependant prévoir

une différence de traitement entre les salariés transférés et les salariés de l'entreprise d'accueil, sans contrevenir au principe « à travail égal, salaire égal » (Cass. soc., 28 oct. 2008, n°07-42717).

En outre, si aucun accord de substitution n'est conclu, les salariés transférés conserveront et pourront se prévaloir des avantages des dispositions anciennes qu'ils ont acquis à titre personnel. Ces avantages individuels acquis sont alors incorporés à leur contrat de travail (Cass. soc. 23 juin 1999, nos 97-43162 et 97-43163 ; Cass. soc. 19 octobre 1999, nos 97-45907 à 97-45911 ; Cass. soc. 12 octobre 2005, n° 03-40294).

L'INCORPORATION DES AVANTAGES INDIVIDUELS ACQUIS AU CONTRAT DE TRAVAIL

L'avantage acquis est celui qui, au jour de la dénonciation, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel (Cass. soc., 13 mars 2001, n°99-45651, 15 mai 2001, n°99-41669). Le salarié concerné doit donc en avoir déjà bénéficié.

Pendant le délai de survie de l'accord dénoncé, l'employeur et le salarié ne peuvent pas, par avenant, décider de renoncer aux avantages de l'accord dénoncé. Un tel avenant est nul (Cass. soc., 19 oct. 1999, n°97-45907). En effet, tant que leur contrat de travail est en cours, les salariés ne peuvent renoncer aux avantages qu'ils tiennent d'une convention ou d'un accord collectif et cette règle vaut pendant le délai de survie des accords dénoncés.

Pendant le délai de survie de l'accord dénoncé, l'employeur et le salarié ne peuvent pas, par avenant, décider de renoncer aux avantages de l'accord dénoncé.

Les avantages individuels acquis, maintenus après l'expiration de la convention ou de l'accord dénoncé, s'intègrent au contrat de travail (Cass. soc., 24 oct. 1995, no 92-41465). L'employeur ne peut donc les supprimer sans l'accord du salarié. Si le salarié refuse la modification de son contrat de travail, l'employeur ne peut que le maintenir en l'état ou prononcer un licenciement économique. Dans ce dernier cas, il doit justifier d'un motif économique à l'origine de sa proposition de modification de contrat.

L'incorporation des avantages individuels acquis conduit à une différence de traitement entre les salariés. L'avantage individuel acquis, suite notamment à la dénonciation ou à la mise en cause d'accords collectifs en l'absence d'accords de substitution, constitue un motif où la différence de traitement est admise entre les salariés (Cass. soc., 11 juil.2007, n°06-42128 à 06-42152).

En matière de rémunération ou d'organisation du travail, la Cour de cassation examine le caractère individuel, c'est-à-dire dont l'exercice est individuel, ou collectif de l'avantage afin de déterminer son incorporation au contrat de travail.

La Cour de cassation a ainsi jugé du caractère individuel de l'avantage qui procure au salarié un droit ou une rémunération dont il bénéficie à titre personnel (Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45651).

En revanche, constituent donc des avantages collectifs et non individuels des éléments relatifs à la durée du travail, à la représentation du personnel, à la maladie parce qu'ils concernent la collectivité des salariés.

La jurisprudence fait émerger un critère relatif au rapport entre l'avantage en cause et les conditions de travail de l'ensemble des salariés. Ainsi, la Cour de cassation précise que la pause journalière de quarante cinq minutes constituait un avantage collectif et donc non incorporé au contrat de travail (Cass., soc., 8 juin 2011, n°09-42807). Le critère de l'avantage individuel ou personnel est battu en brèche par le critère d'organisation collective du travail et ainsi par le pouvoir de direction du nouvel employeur.

Par contre, s'agissant d'un avantage lié à une rémunération d'un temps de pause, la Cour de cassation confirme que le maintien de la rémunération du temps de pause constitue bien un avantage individuel acquis (Cass., soc., 5 novembre 2014, n°13-14077).

LES AVANTAGES INDIVIDUELS ACQUIS ENTRE INCERTITUDES ET PARADOXES

Sophie COGEZ,

Juriste UNSA Nord Pas-de-Calais et du secteur juridique national

Non défini par la loi, le maintien des avantages individuels acquis a pour objet premier de préserver les droits des salariés dont l'accord fut dénoncé ou mis en cause et pour lequel il n'existe pas d'accord de substitution. Ses caractères individuels et acquis sont définis essentiellement par la jurisprudence mais ils démontrent dans la pratique certains paradoxes et nous verrons que le terme individuel s'avère impropre.

Enfin, bien que son but soit protecteur pour les salariés, son maintien crée des différences de traitement entre les travailleurs d'une même entreprise. La jurisprudence a tendance à contourner le principe d'égalité de traitement. Devant la multitude des exceptions à ce principe, il est à craindre que ce dernier en devienne l'exception.

D'UNE GARANTIE COLLECTIVE À UN AVANTAGE PERSONNEL

Les avantages individuels acquis naissent en cas de dénonciation ou de mise en cause d'un accord collectif suite à une modification dans la situation juridique de l'employeur, si à l'issue du délai de survie provisoire, il n'y a pas eu d'accord de substitution ou d'adaptation. L'enjeu de la naissance des avantages individuels acquis à travers ces règles de dénonciation est d'autant plus important qu'elles ont un impact réel sur le contrat du salarié. La Cour de Cassation parle d'incorporation des avantages individuels acquis dans le contrat de travail (Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.651). Autrement dit, l'avantage acquis à titre individuel change de nature juridique en perdant son caractère extra-contractuel pour devenir un élément qui s'intègre au contrat de travail. Ceux-ci étant incorporés au contrat de travail, la relation entre l'accord et le contrat est organisée sur la base du principe selon lequel les avantages d'un accord collectif s'appliquent aux contrats en cours, sauf dispositions plus favo-

rables. C'est à dire que l'on est alors en présence d'un conflit de sources entre l'accord collectif et le contrat de travail. Puisque l'une des sources est un contrat individuel, la comparaison se fera salarié par salarié contrairement à ce qui vaut en cas de conflit entre deux accords collectifs pour lesquels la comparaison se fait globalement sur l'ensemble des salariés. Elle se fera sans doute avantage par avantage. En effet, pour que la comparaison puisse se faire globalement sur un ensemble d'avantages, il faut que ceux-ci aient été consentis les uns en contrepartie des autres, ce qui permet de soutenir qu'ils constituent un tout indivisible. (Jacques Barthélémy, Cahier du DRH 2006, n°127).

UNE QUALIFICATION INADAPTÉE

La loi ne donne pas de définition de l'avantage individuel acquis. Il y a un préalable : un droit, un avantage dont auraient encore bénéficié les salariés si l'accord n'avait pas été dénoncé ou mis en cause. Pour la jurisprudence, un tel avantage est celui qui procure au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficie à titre personnel et qui correspond à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel (Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.651). Cet avantage présente deux caractéristiques : il doit être individuel et acquis. De ce caractère individuel il en résulte naturellement qu'il s'opposerait au caractère dit « collectif » et en cela que le terme individuel est impropre car il

se heurte au fait que les garanties de prévoyance sont, par nature, collectives. Seule la prestation en cours de versement, qui matérialise la mise en œuvre de la garantie, pourrait recevoir ce qualificatif. Selon la Cour de cassation les modalités de revalorisation des prestations versées sous forme de rentes présentent un caractère collectif et ne peuvent faire l'objet d'un avantage individuel acquis (Cass. soc., 17 oct. 2006, n° 04-47.183). En outre le terme individuel doit s'entendre davantage comme personnel. La prime d'ancienneté est un exemple éclairant : il est acquis dès lors que le/la salarié(e) remplit les conditions et la perçoit (et tous les salariés remplissant les conditions la perçoivent !) mais ce n'est pas le droit à prime d'ancienneté qui est acquis, c'est seulement le montant de ladite prime au moment où la source du droit disparaît. Dès lors, si ceux et celles qui atteindraient le seuil d'ancienneté requis après disparition de l'accord ne peuvent y prétendre, ce n'est pas en raison du caractère individuel mais du caractère acquis, d'autant, qu'en l'espèce, il peut y avoir des dizaines, des centaines de bénéficiaires.

L'EFFET BOOMERANG DES AVANTAGES INDIVIDUELS ACQUIS

Le principe d'égalité de traitement entre les salariés résultant du maintien de ces avantages individuels acquis aux seuls salariés transférés ou présents dans l'entreprise pose problème. La jurisprudence admet une différence de traitement en faveur des salariés embauchés avant la dénonciation d'un accord collectif lorsqu'elle résulte des avantages individuels acquis qui compensent, en l'absence d'accord de substitution, le préjudice qu'ils subissent du fait de la dénonciation de l'accord dont ils tiraient ces avantages (Cass. soc., 24 sept. 2008, n°06-43.529). Les salariés embauchés après la dénonciation ne peuvent donc pas prétendre au bénéfice de ces avantages car il n'y a pas de violation à leur égard du principe « à travail égal, salaire égal » (Cass. soc., 11 juill. 2007, n°06-42.128). Même solution, en cas de mise en cause d'une convention collective à la suite d'une cession, fusion, scission, ou changement d'activité de l'entreprise (Cass. soc., 11 janv. 2005, n°02-45.608).

Si la différence de traitement résulte de la loi, elle est forcément justifiée par un élément objectif et matériellement vérifiable.

Si la différence de traitement résulte de la loi, elle est forcément justifiée par un élément objectif et matériellement vérifiable. Dorénavant il en va de même si elle résulte d'un engagement conventionnel ou contractuel destiné à compenser un préjudice ou à maintenir des avantages individuels acquis (Cass soc le 24 avril 2013 n° 12-10.197). Autrement dit, pour les salariés qui souhaitent invoquer une différence de traitement alors qu'ils appartiennent à la même catégorie professionnelle et disposent des mêmes responsabilités ils se heurteront au refus des juges. Elle ne peut être invoquée dans le cas de transfert, scission, fusion d l'entreprise, dénonciation ou remise en cause d'un accord. Solutions de facilité pour les DRH et conséquences négligeables pour les salariés. Le risque serait d'arriver à une situation où l'inégalité de traitement serait légalisée par le mécanisme des avantages individuels acquis. A l'heure où la situation juridique des entreprises se modifie facilement du fait de la crise économique, cette interprétation reste regrettable. Le rôle des partenaires sociaux dans le jeu du dialogue social est primordial. Ils doivent être les garants de ce principe d'égalité en uniformisant vers le haut les avantages des conventions collectives. Ceci serait tout l'enjeu, certes non moins délicat, de la négociation.

PRISE D'ACTE, RESILIATION JUDICIAIRE : LA COUR D'APPEL S'APPUIE SUR LES PRINCIPES

Par Simon Lequeux,

responsable pédagogique de la formation des conseillers prud'hommes de l'UNSA
et conseiller prud'homal honoraire

Le contentieux de la rupture à l'initiative du salarié interroge sur la notion de faute commise par l'employeur et sur le degré de gravité permettant de justifier la prise d'acte ou la résiliation judiciaire. Au-delà de l'impossible catalogue des manquements, erreurs et abus nécessaires et suffisants, les cours d'appel examinent et qualifient les faits au regard des principes civilistes du droit des contrats et notamment sur l'article 1134 repris par l'article 1222-1 du code du travail.

SITUATION INGERABLE ET PRISE D'ACTE

Engagée en mai 2001 par l'association LB, Madame V. travaille en internat dans un établissement pour personnes handicapées. Fin août 2011, son employeur lui soumet deux avenants à son contrat de travail ; l'un modifiant sa qualification (d'aide médico-psychologique à aide-soignante) et son lieu de travail, l'autre instaurant une clause de mobilité et permettant à l'association de la faire travailler au besoin en externat. Elle refuse de les signer mais prend néanmoins ses nouvelles fonctions sur son nouveau lieu de travail.

Son employeur la met en demeure de signer ces deux avenants ; elle réitère son refus et, le 30 novembre 2011, prend acte de la rupture de son contrat de travail, considérant que l'attitude de son employeur constitue un harcèlement responsable de la dégradation de son état de santé qui nécessitent plusieurs arrêts de travail en septembre et octobre 2011.

Elle quitte l'association le 31 décembre, au terme du préavis qu'elle a elle-même décidé et saisit le conseil de prud'hommes de Tours qui, par jugement du 20 août 2013, la déboute de ses demandes tant en indemnisation de la rupture qu'en réparation du préjudice résultant du harcèlement. La cour d'appel d'Orléans, elle, fait droit à l'ensemble des demandes.

Elle considère tout d'abord que « le fait de sou-

mettre au salarié un ou plusieurs avenants implique nécessairement de la part de l'employeur la reconnaissance qu'ils emportent modification du contrat » et que « il est donc inutile de rechercher si tel était le cas ». Pour la cour, « en présence de sa contestation motivée [l'association] aurait dû renoncer aux modifications envisagées et revenir aux conditions contractuelles d'origine ». En la sommant de signer les avenants l'employeur a fait preuve d'une « insistance injustifiée et il en résultait pour la salariée une situation ingérable »

Et l'association ne peut avancer le fait que madame V. ait pris ses nouvelles fonctions comme valant acceptation de fait des avenants, « d'autant plus en présence d'une contestation motivée. »

L'INSISTANCE INJUSTIFIEE DE L'EMPLOYEUR ENTRAINE POUR LA SALARIEE UNE SITUATION INGERABLE

Par ailleurs, la cour relève qu'en reprochant à madame V. de ne pas avoir justifié de certains arrêts de travail dans les délais requis, l'association fait preuve « d'une totale mauvaise foi ».

Enfin, la salariée établit par attestation que son chef de service avait début novembre 2011 déclaré à son propos à une de ses collègues : « Elle m'emmerde celle-là ! ». Pour la Cour, il s'agit d'une « réflexion injurieuse » même si « la gravité de celle-ci est atténuée par l'excuse ».

« Insistance injustifiée », « totale mauvaise foi »,

« réflexion injurieuse » : la cour, estimant que « ces manquements étaient de nature à dégrader les conditions de travail et ont altéré la santé de la salariée » juge que « le harcèlement est établi » et conclut que « la rupture aux torts de l'employeur décidée par la salariée est justifiée ». Outre les indemnités de rupture, l'association est condamnée à payer 4000 € de dommages et intérêts et 2500 € au titre de l'article 700 du CPC. (Cour d'appel d'Orléans 16 octobre 2014 n° 618/14 RG 13/02898)

SITUATION TRES DESAGREABLE ET RESILIATION JUDICIAIRE

Depuis septembre 2007, madame F. est femme de ménage et hôtesse d'accueil à temps partiel dans une clinique vétérinaire. En avril 2012, elle est déclarée inapte à son emploi par le médecin du travail qui prescrit un reclassement à un poste alternant travail assis et debout, sans manutention de charges lourdes ni mouvements répétés.

La clinique lui propose successivement un poste de femme de ménage puis une formation d'assistante. Madame F. refuse ces propositions, considérant que ces postes ne sont pas conformes à l'avis d'inaptitude du médecin du travail. Le 16 août 2012, elle saisit la formation de référés du CPH d'Annemasse pour obtenir paiement de ses salaires non payés depuis le 13 mai 2012 et d'une demande de résiliation judiciaire. Le juge des référés fait droit à sa demande en matière de salaires mais se déclare incompétent quant à la résiliation judiciaire, demande portée en décembre 2012 devant le juge du fond, ce qui n'empêche pas la clinique de la licencier le 14 mai 2013, en raison des refus opposés aux différentes propositions de reclassement. Le 8 octobre 2013, le conseil prononce la résiliation judiciaire à la date de la notification du licenciement, accorde à madame F. les indemnités découlant de l'imputation de la rupture

à l'employeur mais la déboute de sa demande de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de loyauté.

LES APPROXIMATIONS DE L'EMPLOYEUR CAUSENT UN PREJUDICE MORAL A LA SALARIEE

La cour d'appel de Chambéry confirme le jugement du CPH aux motifs que « l'employeur n'a pas sérieusement pris en compte les conclusions écrites du médecin du travail et les indications formulées par celui-ci » et que la clinique a « incontestablement fait montre d'une carence injustifiable pendant plus de huit mois et manqué à l'une de ses obligations essentielles ». A la clinique excipant de l'annonce faite devant le bureau de conciliation de la création d'un poste de standardiste, la cour répond que « l'ultime proposition soumise à E. F. postérieurement à l'engagement par celle-ci d'une instance prud'homale en résiliation de son contrat de travail est beaucoup trop tardive et encore trop imprécise pour satisfaire à l'exigence de bonne foi qui doit présider, en toutes circonstances, à l'exécution du contrat de travail selon le principe énoncé par l'article L. 1222-1 du code du travail ».

La cour confirme donc le jugement du CPH, porte l'indemnité réparant le préjudice occasionné par la rupture de 9776 € à 11000 € et y ajoute 2000 € d'indemnité supplémentaire « en réparation du préjudice spécifique occasionné par le retard apporté à l'exécution des obligations contractuelles », relevant que madame F. a été « soumise à une situation très désagréable d'incertitude quant au sort qui lui était réservé et ce pendant plus d'un an » et « du préjudice moral qu'elle a éprouvé en raison des approximations de son employeur dans la gestion de sa situation » (Cour d'appel de Chambéry 24 juin 2014 RG 13/02308)

AFFAIRE BABY-LOUP : LA COUR DE CASSATION CONFIRME LE LICENCIEMENT LIE AU PORT DU VOILE

Claude Katz,
avocat en droit social et membre du réseau Unsavocats

Affaire aux multiples rebondissements, le licenciement d'une Directrice adjointe d'une crèche dénommée « BABY-LOUP » a enfin connu son épilogue judiciaire... à tout le moins devant la juridiction française, par un arrêt rendu le 25 juin 2014(1). C'est en l'assemblée plénière, formation la plus élevée de la Cour de Cassation, que la juridiction suprême a statué pour la seconde fois sur le bien-fondé du licenciement pour faute grave par la crèche privée BABY-LOUP de sa Directrice adjointe, laquelle en dépit de l'interdiction de la Direction, avait continué à porter le voile au sein de la crèche. Cette interdiction avait été formalisée dans une clause du Règlement Intérieur dans le cadre de restrictions à la liberté religieuse. Dans son arrêt du 19 mars 2013, la Cour de Cassation avait alors jugé que la clause du Règlement Intérieur instaurait une « restriction générale et imprécise », ne répondant dès lors pas aux exigences de l'article L 1321-3 du code du travail, et que le licenciement était en conséquence discriminatoire(2). Or, la Cour d'Appel de Paris, dans son arrêt en date du 27 novembre 2013, statuant sur renvoi de la Cour de Cassation, justifiera cette restriction à la liberté vestimentaire compte tenu

de la taille de l'association et de ses modalités de fonctionnement, en analysant la clause comme suffisamment précise, justifiée et proportionnée. La Cour de Cassation rejettera le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt précité, cette décision étant définitive en droit français. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de la Cour de Cassation.

Tout d'abord, il apparaît que le Règlement Intérieur peut contenir des restrictions à la liberté religieuse à la condition de respecter les limites énoncées par le code du travail et plus particulièrement par les dispositions des articles L 1121-1 rappelant que : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. » ; et L 1321-3 stipulant que : « 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 ».

C'est sur la base de ces dispositions que, se livrant à un contrôle de proportionnalité, la Cour de Cassation a ainsi motivé sa décision : « les restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ».

On peut en déduire a contrario que les clauses d'interdiction générale visant à transposer dans les entreprises privées, ne gérant pas un service public, le principe de laïcité et de neutralité, sont proscrites.

Ce sera au cas par cas que la validité d'une clause d'un Règlement Intérieur afin de savoir si elle répond aux critères mentionnés ci-dessus, doit être appréciée.

« les restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ».

Ainsi, la clause de neutralité insérée dans le Règlement Intérieur de la crèche BABY-LOUP était rédigée dans les termes suivants : « Le principe de la liberté de conscience de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par BABY-LOUP, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes, qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche. ». Tout comme la cour d'Appel de Paris dans son arrêt rendu en date du 28 novembre 2013 (3), l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation a estimé que la restriction au port du voile devait être interprétée comme limitée aux seules activités mettant le personnel en contact avec les enfants, mais a également pris en compte les conditions de fonctionnement de l'association d'une dimension réduite car employant seulement 18 salariés. En outre, la Cour de Cassation a justifié sa décision en prenant en compte la nature des fonctions exercées et l'objectif légitime poursuivi par la crèche, et cela en vertu de ses statuts : développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et œuvrer pour l'insertion professionnelle des femmes sans distinction d'opinion politique et confessionnelle. C'est cet objectif de neutralité qui a paru essentiel à la Cour de Cassation.

La saga judiciaire n'est peut-être pas close car un recours devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme est ouvert. Or, n'oublions pas que la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme ne reconnaît pas seulement la liberté religieuse comme fondamentale, mais aussi, ce qui est essentiel, la liberté de manifester et d'exprimer sa religion : Article 9-1 : « Toute personne a droit à la liberté de penser, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté

de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. ».

Les juges européens ne considéreront-ils pas dès lors que cette liberté serait entravée par les dispositions de l'arrêt de la Cour de Cassation ? Un premier élément de réponse a pu être fourni par décision de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans son arrêt en date du 1er juillet 2014 se refusant, mais avec beaucoup de réserves, à condamner la France à la demande d'une femme portant un voile islamique, justifiant notamment sa décision par le fait que la loi française « relève d'un choix de société, la France disposant ainsi d'une ample marge d'appréciation ». Rien n'est pourtant tranché dans cet arrêt marqué du sceau de la prudence politique, et cela d'autant plus que la Cour Européenne des Droits de l'Homme pourrait également faire application de l'article 9 paragraphe 2 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, admettant des restrictions à la liberté de manifester sa religion et ses convictions, à la condition que ces restrictions soient prévues par la loi et « nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » : la juridiction européenne procéderait-elle alors à une analyse de la notion de protection des droits et libertés d'autrui à l'aune du principe de nécessité de protection de la petite enfance, tout comme la Cour de Cassation ? Affaire à suivre...

1 Cass. Assemblée Plénière,
25.06.2014 N° 13-28369

2 Cass. Soc. 19.03.2013 N° 11-28245

3 CA Paris 28.11.2013 N° 16/4776

Ont participé à ce numéro :

Michèle Arnaud, *avocat en droit social et membre du réseau Unsavocats*

Sophie Cogez, *juriste UNSA Nord - Pas de Calais et du secteur juridique national*

Florence Dodin, *secrétaire nationale de l'UNSA*

Elisabeth Geneix, *juriste UNSA Auvergne et du secteur juridique national*

Claude Katz, *avocat en droit social et membre du réseau Unsavocats*

Simon Lequeux, *responsable pédagogique de la formation des conseillers prud'hommes de l'UNSA et conseiller prud'homal honoraire*

Frédérique Paquier, *juriste du secteur juridique national*

Les Cahiers Juridiques de l'UNSA remercient également :

Marie-José Baloche, *conseillère prud'homale d'Annemasse,*

Fabrice Madelaine, *conseiller prud'homal de Tours, section Encadrement.*

Pour la transmission des jugements qui ont permis la rédaction de la rubrique

« Chronique du fond ».

Si vous souhaitez contacter l'un des auteurs ou obtenir des informations sur la publication
Les Cahiers Juridiques de l'UNSA : **les-cahiers-juridiques@unsa.org**
