

« Rencontre avec une délégation de la chambre sociale de la Cour de cassation »

Vendredi 29 novembre 2013

Cette rencontre a été organisée à l'Ecole Régionale des Avocats du Grand Est (ERAGE). La délégation était composée de Monsieur Alain LACABARATS, Président de la chambre sociale de la Cour de cassation et de Madame Catherine SOMME, Conseiller référendaire. Les débats étaient présidés par Monsieur Benoît JOBERT, Conseiller à la Cour d'Appel de Colmar et délégué à la formation continue des magistrats ainsi que par Madame Jeanne-Marie TUFFERY-ANDRIEU, Directrice de l'équipe Droit social (UMR DRES) et Professeur à l'Université de Strasbourg.

Plusieurs thèmes ont été abordés lors de cette journée : le licenciement économique tout d'abord, tant dans sa dimension théorique que jurisprudentielle avec une mise en adéquation du droit et de la réalité sociale. Il a également été question des dernières évolutions jurisprudentielles en matière de droit du travail : on peut citer ici l'actualité jurisprudentielle relative d'une part à la preuve en droit du travail et d'autre part à la liberté religieuse en entreprise.

Vous trouverez ci-après un compte-rendu reprenant les différentes interventions rédigés par des étudiants du Master 2 Droit social de l'Université de Strasbourg (Constance COUPE, Maéva DEROU, Sylvie GENZLING, Myriam HARTER, Madeline SPIESS et François YANG).

- ✚ « Du licenciement pour motif économique en général : mise en lumière des fonctions de la jurisprudence »
Fleur LARONZE, *Maître de conférences, Université de Haute Alsace – Equipe de droit social UMR 7354 DRES Université de Strasbourg*
- ✚ « Licenciement économique et groupe d'entreprises : périmètres et responsabilités »
Marguerite KOCHER, *Maître de conférences, Université de Haute Alsace*
- ✚ « Le licenciement économique dans les groupes de société »
Alain LACABARATS, *Président de Chambre, Cour de cassation*
- ✚ « Question d'actualité : la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation »
Catherine SOMME, *Conseiller référendaire*
- ✚ « Laïcité et liberté religieuse au travail »
Nicolas MOIZARD, *Maître de conférences, Université de Strasbourg*
- ✚ « Evolution contemporaine du droit de la preuve et droit du travail »
Mélanie SCHMITT, *Maître de conférences, Université de Strasbourg*

Du licenciement pour motif économique en général : mise en lumière des fonctions de la jurisprudence
Fleur LARONZE

On remarque une baisse substantielle des recours des salariés pour contester leur licenciement économique. Cela s'explique notamment par la mise en œuvre de la rupture conventionnelle : cette technique est utilisée par substitution à d'autres modes de rupture qui peuvent donner lieu à des contestations devant les juges. L'ANI du 11 janvier 2013 et la loi du 14 juin 2013 organisent l'évitement du recours au juge social soit en anticipant les difficultés éventuelles par la négociation d'un accord d'entreprise, soit en limitant directement son pouvoir et son office dans la mesure où la compétence du juge administratif est reconnue.

Quelles fonctions peuvent être considérées comme spécifiques au juge social ? Si la chambre sociale a toujours su adapter sa jurisprudence en introduisant un vocabulaire économique, la complexité de la procédure du licenciement pour motif économique et la diversité des sources mobilisées en la matière justifient la compétence du juge social.

I. Travail jurisprudentiel de clarification

La définition du motif économique du licenciement pour motif économique a conduit le juge à s'intéresser à des questions qui ne ressortent pas naturellement de ses compétences. Il a dû apprendre un nouveau langage, acquérir des connaissances économiques, managériales et juridiques. La loi ne pose aucune définition de la cause économique. L'analyse qui en est faite par le juge social doit alors être particulièrement rigoureuse.

II. Travail jurisprudentiel de classification

A) Le juge compétent

La question se pose de savoir quel est le juge compétent : le juge judiciaire ou administratif ? Concernant les litiges relatifs à la situation des salariés protégés, la question est laissée sans réponse par le législateur. Le Conseil d'Etat a alors pris position le 14 mai 2012 : le salarié protégé ne peut prétendre à une telle protection s'il n'a pas informé son employeur de sa protection au plus tard lors de l'entretien préalable. La chambre sociale de la Cour de cassation a très vite pris en compte cette décision.

Le juge a compétence pour évaluer le montant de l'indemnité en cas de licenciement régulier mais également les préjudices résultants des manquements de l'employeur à ses obligations pour les périodes antérieures au licenciement (notamment pour les salaires dus au salarié).

B) La norme compétente

Doit-on appliquer la loi ou l'accord collectif ? L'affaire *Sony* du 15 mai 2013 répond à cette question : sauf si un accord collectif est conclu au niveau de l'entreprise ou à un niveau plus élevé, les critères d'ordre du licenciement doivent être mis en œuvre à l'égard de l'ensemble des salariés de l'entreprise. En outre, l'accord collectif est compétent pour définir la procédure de licenciement. Cette possibilité était déjà reconnue par la loi de 2003 sur le fondement des accords de méthode mais aussi désormais pour établir le PSE (Plan de Sauvegarde de l'Emploi).

Lorsque l'accord est négocié avec les organisations syndicales et signé à la majorité absolue, le comité d'entreprise (CE) doit être consulté sur le projet de licenciement dans des délais qui dépendent du nombre de licenciements envisagés. La DIRECCTE contrôle ensuite les conditions des licenciements et leur contenu (mesures du PSE). La seconde alternative pour l'employeur est l'utilisation du document unilatéral portant sur le projet de licenciement. Il doit consulter le CE en respectant ces mêmes délais. Le document est adressé à la DIRECCTE qui vérifie le contenu du document unilatéral, contrôle la régularité de la procédure d'information et de consultation et vérifie que l'employeur a effectivement proposé un contrat de sécurisation professionnelle.

Toutefois, une compétence subsidiaire est laissée à la loi, notamment sur le fondement de la loi de la sécurisation de l'emploi qui prévoit une qualification légale de la rupture : le refus du salarié de réintégrer son poste d'origine après avoir accepté une mobilité interne entraîne une rupture d'office, à savoir une démission. L'autre qualification que retient cette loi concerne le refus d'application de l'accord de maintien de l'emploi entraînant une rupture du contrat de travail et donc un licenciement pour motif économique.

Conclusion : les fonctions de la jurisprudence apparaissent tel un clair-obscur à la lumière duquel le juge social rétablit la rigueur du discours déstructuré par le législateur mais aussi par la pratique. Il se garde de tout empiètement dans le domaine du juge administratif et se dérobe au bénéfice du rôle des partenaires sociaux.

Licenciement économique et groupe d'entreprises :
périmètres et responsabilités
Marguerite KOCHER

La question des groupes d'entreprises est un sujet particulièrement aride et dont il est fait peu question aujourd'hui. Afin de définir la notion d'appartenance à un groupe, il convient tout d'abord de déterminer le cadre légal de ce concept : la chambre sociale a joué un rôle moteur dans la définition de l'appartenance d'une entreprise à un groupe. La jurisprudence s'attache dans un second temps à déterminer le ou les responsables dans le groupe.

Mais des questions restent en suspens, notamment concernant le sens donné à la notion de groupe en droit du travail pour la définition de la règle de droit au niveau du groupe ou de la responsabilité au niveau du groupe. La recherche d'un critère formel et automatique d'appartenance à un groupe est illusoire, il convient de changer de perspective.

I. Déterminer l'appartenance à un groupe

Si l'on adopte une lecture littérale des solutions dégagées par la chambre sociale de la Cour de cassation, on voit qu'elle procède en deux temps. Elle détermine l'appartenance de la société à un groupe puis circonscrit le périmètre du secteur d'activité ou de reclassement.

Concernant l'appartenance de la société à un groupe, la chambre sociale enseigne que la qualification juridique de groupe s'applique à des situations de fait diverses. Existe-t-il une notion de groupe au sens du droit du travail ? Au sein même de ce droit, la notion n'est pas unitaire. On peut affirmer que la seule prise en compte des relations en capital ne suffit pas à caractériser l'existence d'un groupe : on exclut alors de cette définition les sociétés qui n'ont pas la forme de capitaux ou celles qui sont liées entre elles par un contrat. A l'inverse, cela intégrerait celles qui sont liées entre elles uniquement par des considérations financières. Il faudrait donc donner de la richesse au sens de cette notion, l'épaissir un peu.

II. Circonscrire le secteur d'activité et/ou le périmètre de reclassement

La cause économique du licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise ou au niveau du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient. La cessation d'activité est un cas particulier : elle ne s'apprécie qu'au niveau de l'entreprise. Par conséquent, le critère du secteur d'activité ne s'applique que lorsqu'elle appartient à un groupe. Si le groupe se compose de plusieurs secteurs d'activité, le cadre ne s'étendra pas à toutes les entreprises du groupe. Qu'est-ce qu'un secteur d'activité ? Les juges du fond retiennent l'activité réelle de l'entreprise et ne se limitent pas à une approche formelle ou abstraite de la notion.

III. Identifier le ou les responsables dans le groupe

De la reconnaissance du groupe comme périmètre à la responsabilité des entités du groupe, il n'y a qu'un pas et pourtant les enjeux sont nombreux. Il faut donc identifier les responsables : l'employeur est seul responsable, même si les décisions ont été prises par la société-mère. Mais cela ne ferme pas la porte à l'engagement de la responsabilité d'autres entités : la technique du co-emploi peut être utilisée, tout particulièrement en matière de reclassement ou de PSE.

Conclusion

Il existe bien d'autres manières à titre prospectif de pouvoir conforter la responsabilité dans le groupe. Il conviendrait d'imposer des obligations juridiques entre les entités membres d'un groupe en se fondant sur un principe général de solidarité notamment en matière de reclassement ou de PSE. Dans cette hypothèse, l'employeur demeurerait responsable de ses obligations contractuelles mais si les entités membres du groupe ne respectent pas ces obligations de solidarité et si cela cause un tort au salarié, celui-ci pourrait retenir la responsabilité délictuelle de ces entités membres.

Le licenciement économique dans les groupes de société

Alain LACABARATS

Il y a une difficulté pour les juges de statuer dans une matière où les textes laissent une grande marge d'appréciation. En effet, on constate qu'il y a une véritable volonté du législateur de se reporter à la volonté des partenaires sociaux. Or, les travaux de ces derniers ne sont pas toujours des plus précis. Pour exemple, on constate que l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 fait une douzaine de pages contre cinquante pour la loi de sécurisation de l'emploi.

Cette loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 comporte de nombreuses dispositions qui ont trait aux difficultés des entreprises. En effet, les accords de mobilité interne peuvent souvent être conclus pour prévenir l'apparition de difficultés économiques. Il est reproché à la jurisprudence de ne pas sécuriser les entreprises ; or, le législateur n'a pas saisi l'occasion, avec cette loi, de la contredire. Ainsi, il n'y a pas de raison de ne pas l'appliquer, comme cela a été fait jusqu'à présent.

En ce qui concerne le licenciement pour motif économique, l'article L1233-16 du code du travail précise qu'il faut mentionner les motifs économiques invoqués par l'employeur. Ce texte ne peut cependant pas être lu indépendamment de l'article général sur le motif économique, l'article L1233-3 du code du travail, qui prévoit que la lettre de licenciement doit stipuler également les circonstances économiques qui justifient la mesure et les conséquences sur l'emploi du salarié ou sur son contrat de travail. On ne peut parler de difficultés économiques sans préciser que cela va avoir un impact sur l'emploi.

Cet article ne donne pas une énumération exhaustive des causes économiques de licenciement. Sur ce point, il faut rappeler qu'avec la loi de modernisation sociale, le législateur avait tenté d'en exclure l'arrêt de l'activité de l'entreprise. Mais le Conseil constitutionnel a censuré cela au motif qu'il s'agit d'un des éléments de la liberté d'entreprendre. D'où l'apparition dans la jurisprudence d'autres causes de licenciement économique comme la réorganisation quand elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Ce sont des causes qui ont été inventées par la jurisprudence mais qui sont nées de l'observation de la réalité des relations entre les entreprises, en particulier si elle appartient à un groupe. Dans un arrêt *Goodyear* rendu le 1^{er} février 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation, a pu considérer qu'il y avait légèreté blâmable du chef d'entreprise d'une filiale qui cesse son activité sur injonction de la société-mère pour des soucis de rentabilité. En effet, cette décision ne peut pas être comprise par les salariés.

De même concernant la préservation de la compétitivité, celle-ci s'apprécie au niveau du « secteur d'activité » du groupe, mais il est très difficile de déterminer l'étendue et la consistance d'un tel secteur d'activité. C'est pourquoi des indices sont donnés dans certains arrêts : c'est le cas dans l'arrêt du 10 février 2010 qui prévoit que l'on tient compte notamment de la clientèle et du mode de distribution. De même, l'arrêt du 24 octobre 2012 prévoit une différence entre le secteur de l'imagerie argentique et du numérique car ils mettent en œuvre des outils et des techniques de production différents.

Il émane cependant une critique vis-à-vis de cette appréciation en fonction du secteur d'activité ; en effet certains pensent qu'il serait plus judicieux d'utiliser le critère du « marché pertinent ». Cette notion est issue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui en 1978 reconnaît l'existence d'un marché pertinent de la banane, dans la

mesure où celui-ci ne se confond pas avec le marché des autres fruits. A l'inverse elle n'a pas retenu un marché pertinent pour les Beatles, car celui-ci se confond avec le marché plus général de la musique de variété. On se rend donc compte que le critère du secteur d'activité n'est pas nécessairement le critère le plus difficile à appréhender.

Sur tous ces points, les appréciations dépendent beaucoup des circonstances de fait et des preuves apportées par les parties. Les procès se perdent à 95% non pas sur des questions de droit mais sur des questions de preuve. C'est le demandeur qui doit alléguer l'existence et l'appartenance de l'entreprise à un groupe en rapportant des indices présumant cette appartenance. Cependant, c'est l'employeur qui dispose des éléments d'information nécessaires : c'est pourquoi la charge probatoire lui incombe. Il doit prouver l'importance du groupe et le secteur d'activité concerné. C'est également à lui de prouver l'existence d'une cause économique et le sérieux des recherches de reclassement faites pour le salarié. Toute la jurisprudence tend à assurer le principe du reclassement, le licenciement ne doit intervenir qu'en dernier recours. Cependant cette obligation de reclassement ne s'entend pas de la même façon selon qu'il s'agisse d'une petite ou d'une grande entreprise, et l'étendue des obligations de reclassement se voit également perturber par les situations de co-emploi.

L'appartenance de différentes entreprises à un groupe ne suffit pas à caractériser les situations de co-emploi. En effet il s'agit d'une situation où l'employeur apparent n'est pas le véritable employeur. C'est également le cas lorsqu'il y a une véritable imbrication entre l'employeur officiel et l'employeur tiers, et que celui-ci s'immisce dans la gestion économique et sociale de la première, de sorte que celle-ci ait perdu en réalité toute autonomie. L'arrêt *Sodimédical* rendu le 25 septembre 2013 par la chambre commerciale précise bien que des liens commerciaux de communauté d'intérêts caractéristiques du groupe ne suffisent pas pour qu'il y ait une véritable situation de co-emploi.

***Question d'actualité : la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la
Cour de cassation***
Catherine SOMME

I. Arrêts relatifs à la nouvelle procédure de rupture du contrat de travail : la rupture conventionnelle

La Cour de cassation a connu en 2013 plusieurs affaires concernant la rupture conventionnelle. La chambre sociale affiche par ces arrêts une volonté de donner plein effet à un mode de rupture voulu par le législateur en le sécurisant et en garantissant les droits des salariés qui y ont souscrit.

D'une part, il a été demandé à la chambre sociale de statuer sur les causes de nullités pouvant affecter la rupture conventionnelle.

La cour a jugé que le vice du consentement peut être une cause de nullité. Il est apprécié souverainement par les juges du fond. Ainsi, si le différend existant entre les parties au moment de la rupture n'affecte pas la validité de la convention, cette rupture ne peut toutefois pas être imposée par l'une des parties à l'autre via des pressions sans encourir la nullité pour vice du consentement (Cass. soc., 23 mai 2013).

Les juges ont également dégagé une seconde cause de nullité en raison de la non-remise d'un exemplaire de la convention (Cass. soc., 3 juillet 2013).

En revanche, par un arrêt du mois de juin 2013, il a été décidé que la présence d'une clause de renonciation au sein d'une convention de rupture conventionnelle ne constitue pas une cause de nullité. La clause de renonciation sera réputée non écrite mais elle n'entachera pas la validité de la rupture (Cass. soc., 26 juin 2013).

D'autre part, les juges ont apprécié les effets des ruptures conventionnelles sur les licenciements économiques. Il a ainsi été jugé que celles-ci doivent être prises en compte, pour l'appréciation du seuil de déclenchement d'un plan social, qu'après homologation car c'est cette homologation qui entraîne rupture du contrat (Cass. soc., 29 octobre 2013).

II. Arrêts relatifs à l'obligation de sécurité de résultat : les compétences respectives du tribunal des affaires de la sécurité sociale et du conseil de prud'hommes

L'obligation de résultat concernant la santé et sécurité des salariés est une obligation très rigoureuse. En effet, le droit à la santé et à la sécurité revêt un caractère essentiel. Ainsi, l'employeur ne peut pas s'exonérer par la simple preuve de l'absence de faute de sa part, hors cas de force majeure. En outre, sa violation cause toujours un préjudice au salarié (Cass. soc., 11 juillet 2012).

Toutefois il existe des cas où l'employeur est exonéré de sa responsabilité, par exemple lorsque le salarié avait refusé sans contre-indication une vaccination obligatoire (Cass. soc., 11 juillet 2012), ou encore dans le cas où l'employeur avait pris toutes les mesures pour prévenir le danger (Cass. soc., 5 juin 2012).

Concernant la compétence juridictionnelle, la cour a précisé que le TASS a compétence exclusive pour l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail, et que le conseil de prud'hommes a compétence exclusive pour l'indemnisation d'un préjudice résultant de la rupture du contrat de travail (Cass. soc., 29 mai 2013).

En la matière, il peut également être relevé des difficultés rencontrées avec le dispositif amiante de départ anticipé à la retraite moyennant une allocation de cessation anticipée d'activité (ACAATA) pour les salariés exposés. Il a été question de savoir si les salariés concernés par le dispositif pouvaient demander une indemnisation supplémentaire de droit commun devant le conseil de prud'hommes. Par trois arrêts du 25 septembre 2013, il a été jugé que le salarié ne peut pas se voir attribuer une indemnisation complémentaire en raison d'un préjudice de perte d'emploi, mais cela est possible concernant le préjudice d'anxiété. Toutefois, il ne peut pas y avoir, au titre du préjudice moral, une autre indemnisation que le préjudice d'anxiété.

III. Arrêts relatifs au harcèlement moral

Le harcèlement suppose des agissements répétés et ceux-ci peuvent se dérouler sur une courte période ou être espacés. En effet, la période de constitution du harcèlement n'importe pas. Pour qu'il soit constitué, le salarié doit être personnellement visé par les actes de harcèlement. La cour a considéré que le harcèlement moral sur autrui ne retentit pas sur les conditions de travail des autres salariés. La chambre sociale a également estimé que des méthodes de gestion peuvent constituer dans certaines circonstances le harcèlement moral si elles atteignent le salarié concerné. L'employeur est responsable de ses propres agissements, mais aussi des actes des personnes sous son autorité. A ce propos, la cour a jugé par un arrêt du 26 mars 2013 que les mesures vexatoires imputables à l'employeur ne peuvent pas être justifiées par l'exercice du pouvoir de direction

Concernant la charge de la preuve, celle-ci ne pèse pas sur le salarié, mais il existe un système de preuve partagée en deux temps. Le salarié doit apporter la matérialité des faits qu'il invoque. Le juge appréciera alors souverainement ces éléments dans leur globalité. Dans un second temps, l'employeur doit justifier ses actes par des éléments objectifs indépendant de tout harcèlement moral (Cass. soc. 24 septembre 2013). En avril 2012, la cour a estimé que ce système probatoire en deux temps ne s'applique toutefois pas lorsque l'employeur souhaite ordonner une sanction disciplinaire à l'égard de l'auteur supposé d'un harcèlement moral.

IV. Arrêts relatifs au droit disciplinaire

La chambre sociale a été amenée à statuer le 20 janvier 2013 sur une affaire concernant la prescription. Il a ainsi été décidé que le délai de prescription est interrompu par la notification par l'employeur de la mesure de rétrogradation, par le refus du salarié de la procédure et par la convocation du salarié à la seconde procédure disciplinaire.

De plus, concernant la prescription des faits, il convient de souligner que l'envoi d'une lettre notifiant au salarié une sanction disciplinaire n'empêche pas l'employeur de sanctionner le salarié pour des faits fautifs intervenus après l'envoi de la lettre.

En revanche, l'employeur choisissant de ne sanctionner que certains faits ne peut pas ensuite invoquer les faits antérieurs qu'il avait choisi de ne pas sanctionner au cours d'une procédure ultérieure. Son pouvoir disciplinaire est épuisé si l'employeur décide de ne pas sanctionner des éléments dont il avait connaissance (Cass. soc. 26 juin 2013).

Enfin, le seul fait pour un employeur d'engager une procédure disciplinaire non-menée à terme ne permet pas de caractériser un manquement de sa part. Ainsi, le salarié ne peut pas engager une action en résiliation judiciaire de son contrat de travail en invoquant le lancement de la procédure comme un manquement (Cass. soc. 25 sept. 2013).

Laïcité et liberté religieuse au travail

Nicolas MOIZARD

Evoquer la laïcité et la liberté religieuse n'est pas chose aisée en France tant les opinions sont déjà fossilisées sur le sujet. Les contours juridiques de ces notions diffèrent de la conception que beaucoup de personnes en ont actuellement. A ce titre, les décisions *Babyloup* et *CPAM* (Cass. Soc. 19 mars 2013) étaient très attendues, tant par le mouvement syndical, qui aurait souhaité ne pas avoir à gérer cette problématique, que par les entreprises, écartelées entre promotion de la diversité et conservation d'une certaine neutralité en la matière.

Le principe posé par la Cour de cassation peut être résumé de la façon suivante : application de la liberté religieuse en entreprise (affaire *Babyloup*) exceptée pour le personnel des entreprises ayant une mission de service public et qui se voit donc appliquer le principe de laïcité (affaire *CPAM*). Pourtant, la décision rendue par la Cour d'appel de Paris sur renvoi dans l'affaire *Babyloup* le 27 novembre 2013 va sur d'autres motifs : les juges font appel à la notion d'« entreprise de conviction » au sens de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Dans ce type d'entreprise, une obligation spécifique de neutralité peut être imposée au personnel excluant de fait toute atteinte à la liberté religieuse. Ces différents arrêts ont ainsi le grand mérite de vouloir fixer les frontières de la laïcité mais sont également concernées ici la liberté de religion, la discrimination, l'égalité hommes/femmes. La revendication de neutralité religieuse d'une entreprise privée, hors service public, devra désormais passer sous le contrôle des règles anti-discrimination et de la liberté religieuse.

I. Le concept de laïcité : un concept aux frontières limitées

A) Un principe limité au service public

Le lien entre laïcité et service public résulte directement de la loi de séparation de l'Etat et de l'Eglise du 9 décembre 1905. Définie par le Conseil constitutionnel en 2004, la laïcité consiste en l'interdiction pour quiconque de se prévaloir de ses convictions religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers. La laïcité impose donc une neutralité aux fonctionnaires et agents dans les services publics et cela peu important qu'ils soient ou non directement en contact avec le public (affaire *CPAM*). Mais peu à peu, le concept de laïcité a glissé vers les usagers du service public avec la loi du 15 mars 2004 interdisant le port de signes religieux ostensibles à l'école publique ou encore la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans les espaces publics, sans référence à la religion. Les débats se dirigent également de plus en plus vers l'Islam : la laïcité est invoquée comme un moyen de lutte contre le communautarisme alors même que la Constitution s'oppose à ce que des règles s'appliquent à une communauté spécifique d'intérêts, de croyance, d'origine.

Une autre difficulté réside dans la définition même de « l'activité de service public ». La loi pose trois critères : l'intérêt général de l'activité, le contrôle d'une personne publique et des prérogatives de puissance publique. Mais pour le Conseil d'Etat, à défaut de telles prérogatives, on pourra retenir l'intérêt général de l'activité, les conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement ainsi que les obligations qui lui sont imposées et les mesures prises pour vérifier si les objectifs sont atteints. Toutefois, cette solution n'est en rien garantie par le droit européen qui ne connaît pas cette frontière entre privé et public.

B) L'impossible revendication de l'existence d'entreprise de conviction

Le droit communautaire reconnaît un statut aux entreprises de tendance mais il ne vise que les Etats membres dans lesquels il en existait déjà en 2000 avec un cadre législatif bien déterminé. Or, des décisions de justice ne suffisent pas à établir un tel cadre. De même, si l'on peut utiliser les exceptions de la directive 2000/78 (notamment l'exigence professionnelle essentielle et déterminante) pour justifier une obligation de neutralité spécifique pour un poste particulier, l'employeur ne peut imposer une obligation générale de neutralité dans son règlement intérieur ne répondant pas à ces exigences. Par ailleurs, la laïcité n'est pas présente en tant que telle au sein de la Convention Européenne des Droits de l'Homme : si l'article 9 protège la liberté de conscience et de religion, la laïcité ne constitue qu'un objectif conforme aux valeurs sous-jacentes de la convention. Cette interprétation jurisprudentielle permet ainsi une certaine protection des Etats qui pratiquent la laïcité tels que la France ou la Turquie.

Dans son arrêt du 27 novembre 2013, la Cour d'appel de Paris souhaite reconnaître la crèche *Babyloup* comme une entreprise de tendance au sens de la jurisprudence communautaire. Mais alors quelle est la conviction protégée au sein de cette crèche ? On peut évoquer l'athéisme mais l'argumentaire de la Cour est trop bref pour retenir cette qualification. De plus, même si on reconnaît une entreprise de conviction, l'obligation de loyauté renforcée appliquée aux salariés doit respecter le principe de proportionnalité. Enfin, les juges concluent à l'absence d'atteinte à la liberté religieuse. Or, le raisonnement est inverse : il y a bien atteinte à la liberté religieuse mais la question est : peut-on la justifier ?

II. **Le contrôle de l'obligation de neutralité religieuse dans l'entreprise**

A) Respect de la liberté religieuse et respect des convictions

Le principe de la liberté religieuse dans les relations de travail a été posé par la Cour EDH dans l'arrêt *Eweida* du 15 janvier 2011. Au niveau du droit de l'Union européenne, il y a un double angle d'attaque : celui des discriminations sur le fondement de la directive 2000/78 et celui de la liberté religieuse sur le fondement de la Charte des droits fondamentaux de l'UE ayant même valeur que les traités. La Cour de cassation a préféré se placer sur le terrain de l'article 9 CEDH. Celui-ci prévoit la possibilité d'apporter des restrictions légales à la liberté religieuse s'il s'agit de mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection de la sécurité, de la santé ou de l'ordre public. A-t-on dans le cadre du règlement intérieur, acte réglementaire de droit privé, une disposition législative ? L'élaboration du règlement intérieur est prévue par le Code du travail mais le législateur a-t-il délégué à l'employeur la possibilité de décider en matière de religion ? De plus, quels motifs seraient recevables dans l'affaire *Babyloup* : la sécurité des enfants ? la santé ? la vulnérabilité des jeunes enfants ? Par ailleurs, la Cour de cassation devra se poser la question du prosélytisme c'est-à-dire la question de la liberté d'expression mais également de ses abus. Enfin, elle devra déterminer le cadre du pouvoir de direction de l'employeur : que peut-il faire pour maintenir la paix sociale dans l'entreprise ?

B) Autres fondements et techniques de raisonnement

Il existe d'autres techniques de raisonnement à la disposition du juge : on peut citer les accommodements raisonnables au Canada. La nouveauté réside ici dans la pondération des effets qui impose une mise en balance des effets bénéfiques et négatifs de la mesure. Ainsi, seule une contrainte excessive ou l'existence de conséquences négatives sérieuses permet de refuser un accommodement. Au Canada, ce type de raisonnement peut être relié au multiculturalisme : or, ce principe n'est pas reconnu en France.

D'autres fondements sont envisageables : on peut citer l'atteinte à la dignité ayant valeur constitutionnelle depuis 1994 et ayant justifié la résiliation judiciaire d'un contrat de travail dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 7 février 2012. On pourrait considérer qu'à un certain niveau, la tenue vestimentaire ne serait plus digne. On peut également invoquer l'égalité entre les sexes : il s'agit ici d'un solide fondement reconnu tant par l'UE que par la CEDH, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ou la Constitution. Cette égalité peut être entendue comme une égalité entre hommes et femmes mais peut aussi constituer une protection de la femme contre elle-même (on retrouve ici la notion de dignité de la femme).

Conclusion

Le Conseil économique, social et environnemental a récemment rendu un rapport sur le fait religieux en entreprise et a conclu à l'absence de toute nécessité d'intervention législative en la matière mais encourage plutôt au dialogue social. La Cour de cassation elle-même ne s'est pas faite législateur. Mais que ce soit le législateur ou le juge, il y a un contexte européen qui impose l'absence de discrimination. A ce titre, la Cour n'avait pas le choix quant à la solution qu'elle a adoptée : la notion d'entreprise de conviction ou de tendance ne doit pas être réduite à une petite manipulation juridique utilisable au quotidien.

Evolution contemporaine du droit de la preuve et droit du travail

Mélanie SCHMITT

Face à la preuve en droit du travail, les situations du salarié et de l'employeur sont par nature inégales. D'une part, le salarié est souvent demandeur et les éléments de preuve lui sont inaccessibles ; d'autre part l'employeur bénéficie du privilège du préalable en vertu de son pouvoir de direction et de son pouvoir disciplinaire. Pour lutter contre cette inégalité, des mécanismes probatoires spécifiques dérogoires du droit commun ont été mis en place en droit du travail.

I. Les évolutions relatives à l'attribution de la charge de la preuve

Selon l'article 1315 du Code civil, la charge de la preuve pèse sur le demandeur. Cela constitue davantage un problème de risque de la preuve aujourd'hui. L'analyse de ce risque conduit à déterminer le rôle de chacune des parties ainsi que du juge dans le débat probatoire.

A) Le contentieux des heures de travail accomplies par le salarié

Le risque de la preuve peut tout d'abord être illustré par le contentieux qui entoure les heures de travail accomplies (article L.3171-4 du Code du travail). La Cour de cassation considère qu'il résulte de ce texte que cette preuve n'incombe spécialement à aucune des parties, et que cet article opère une neutralisation de la charge de la preuve. Par conséquent, il revient au juge de former sa conviction sur les éléments de preuve exigés des deux parties. Certains auteurs ont même considéré que la charge de la preuve incombait au juge dans ce domaine.

S'agissant des obligations pesant sur les parties au litige, la Cour de cassation pose un schéma en deux temps quant à l'ordre de présentation des preuves. Le salarié doit préalablement fournir au juge des éléments suffisamment précis de nature à étayer sa demande, puis l'employeur doit ensuite prouver leur inexactitude. La jurisprudence apparaît fortement casuistique à ce sujet en raison du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

B) Le contentieux relatif au droit au repos du salarié

La charge exclusive de la preuve incombant à l'employeur en matière de respect des droits du salarié au repos illustre également ce risque de la preuve. Un revirement majeur est à préciser en la matière, car selon la Cour de cassation, pour certaines contestations liées aux heures de travail accomplies, les dispositions de l'article L.3171-4 du Code du travail ne sont pas applicables. Il s'agit de la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne, qui incombe à l'employeur défendeur. Ce régime dérogoire apparaît davantage conforme à une lecture plus modérée de l'article 1315 du Code civil. Finalement, cette solution permet surtout à la chambre sociale de la Cour de cassation de garantir l'effectivité du droit à la protection de la santé des travailleurs.

II. L'affirmation d'un véritable droit à la preuve

Le droit à la preuve est une construction doctrinale. Il s'agit du droit de tout plaideur de prouver les faits pertinents qu'il invoque et d'accéder aux éléments de preuve dont il a besoin.

A) Le pouvoir de produire des preuves

Le droit de la preuve a été consacré par un arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation le 5 avril 2012. L'exercice du droit de la preuve peut constituer une exception au droit au respect de la vie privée, à condition de démontrer que cette production est indispensable. Il s'agit d'opérer une conciliation entre deux droits fondamentaux d'égale valeur. La Cour fonde sa décision sur le droit à un procès équitable (article 6 CEDH) et commande d'effectuer dorénavant un contrôle de proportionnalité.

La chambre commerciale estime quant à elle que ce principe de l'article 6 peut avoir un apport non mesuré à ce jour en matière prud'homale. Puisque les parties sont dans une situation inégale, il permettrait d'apporter un surcroît de protection au salarié. En effet, celui-ci devrait être avantagé afin de rétablir un véritable équilibre.

B) Le droit d'obtenir des preuves

Le droit d'obtenir des preuves a été consacré par la chambre sociale de la Cour de cassation à propos de la procédure du référé probatoire de l'article 145 du Code de procédure civile (Cass soc 19 décembre 2012). Il permet d'obtenir, avant tout litige, une mesure du juge ordonnant à l'employeur de remettre des éléments de preuve permettant au salarié de les utiliser dans le cadre du litige. On peut citer par exemple, le référé probatoire permet de démontrer l'existence d'une discrimination par la remise des bulletins de paie par l'employeur. Dans cette hypothèse, la Cour évacue l'atteinte à la vie privée des autres salariés et le secret de l'activité.

Complément : *La jurisprudence récente de la Cour de cassation* **Catherine SOMME**

Le salarié conserve le risque de la preuve dans la prise d'acte. Il doit apporter la preuve des griefs : le doute ne lui profite pas. C'est le cas aussi à titre d'exemple quand on est en présence d'une clause de mobilité ou plus généralement d'une modification des conditions de travail. C'est un des pans du droit des contentieux dans lesquels le salarié conserve la charge de la preuve. Sur ce risque de la preuve, il est exact que, compte tenu de l'inégalité fondamentale des parties en présence au contrat de travail, des aménagements ont été apportés au mécanisme probatoire.

Système de présomption prétorien : il y a un retournement du mécanisme de la preuve. A défaut d'écrit, le contrat de travail est réputé à durée indéterminée : le Code civil facilite ainsi la situation du salarié. Les règles contraignantes ne peuvent pas non plus se retourner contre le salarié : s'il ne veut pas d'un CDI, il peut se contenter des indemnités de fin de contrat de CDD. Par ces présomptions, on a déjà un jeu du droit de la preuve.

Partage de la preuve : la jurisprudence adopte un raisonnement en deux temps : dans un premier temps, la preuve est partagée. La preuve des heures de travail n'incombe ni à l'un ni à l'autre en particulier. L'arrêt du 24 novembre 2010 apporte des précisions : le salarié doit étayer sa demande, et apporter des éléments suffisamment précis pour que l'employeur puisse y répondre. La Cour de cassation tente ici d'unifier la jurisprudence en posant un niveau d'exigence et en contrôlant ce niveau d'exigence des juges du fond. Cela revient à dire que l'on contrôle ce que les juges du fond déduisent des pièces apportées par le salarié pour étayer sa demande.

Les discriminations : il n'y a pas de condition de répétition d'actes mais on est sur le même partage de la charge de la preuve puisque le salarié doit établir la matérialité d'éléments laissant présumer la discrimination. Le juge doit faire cette démarche d'inciter l'employeur à se justifier.

Comparaison entre discrimination et principe d'égalité de traitement : le mécanisme probatoire est le même. La différence entre les deux, c'est qu'en matière de discrimination, le salarié n'a pas l'obligation d'amener des éléments de comparaison, alors qu'en matière d'égalité de traitement, il faut amener des éléments comparatifs. Il n'a pas à supporter la charge de la preuve, c'est exactement le même système de charge partagée.

Sur l'inversion de la charge de la preuve : l'application de l'article 1315 alinéa 2 du Code civil peut apparaître comme un renversement de la charge de la preuve. Mais la Cour de cassation rappelle à de nombreuses reprises que c'est bien à l'employeur d'apporter la preuve qu'il s'est libéré de son obligation de fournir du travail.

Les modes de preuves admissibles : il convient de rappeler le courriel est admis comme mode de preuve. La Cour de cassation l'a admis par exemple s'agissant d'un licenciement réalisé par courriel. En effet, il s'agissait en l'espèce de prouver un fait : or, concernant la preuve des faits, tout mode de preuve est admis, à charge pour les juges du fond d'en faire une appréciation souveraine.

Sur la loyauté : il existe un contentieux important sur l'ouverture de la messagerie du salarié sur l'ordinateur mis à disposition par l'employeur. Il existe à ce sujet une présomption de caractère professionnel, ce qui en soi n'est pas très favorable au salarié. Concernant les messages que le salarié avait sur sa boîte professionnelle mais qui provenaient de sa boîte privée, la Cour de cassation a considéré qu'ils étaient recevables car la présomption de caractère professionnel s'étendait aussi à ces messages. La seule exception notable est la situation dans laquelle le salarié a identifié comme personnels les messages qu'il a reçus. Mais encore une fois, la Cour de cassation est très restrictive pour admettre cette exception. La limite à cette jurisprudence reste le droit à la vie personnelle du salarié. Il s'agit d'un subtil équilibre entre les droits et libertés de chacun, avec comme garde-fou la vie personnelle du salarié ainsi que la loyauté des preuves.