

À LA UNE

L'APPARENCE PHYSIQUE EN ENTREPRISE

L'article L. 1132-1 du code du travail pose le principe selon lequel aucune personne ne peut être discriminée dans son emploi en raison « de son apparence physique ».

Figurant au nombre des multiples critères discriminants énumérés par ce texte, le fait de prendre en compte l'apparence physique d'un salarié, que ce soit au moment de l'embauche ou tout au long de sa carrière, est formellement prohibé par la loi.

Pour rappel, **l'apparence physique** est constituée :

- de **l'apparence corporelle** : ce sont les caractéristiques physiques innées ou apparues, non modifiables (traits du visage, silhouette, corpulence, couleur des yeux, de la peau, handicap visible...);
- de **l'apparence vestimentaire** et autres caractéristiques modifiables, qui constituent le « style » d'une personne (vêtements, coiffure, tatouages, piercings...).

Afin de lutter contre les discriminations fondées sur l'apparence physique dans le cadre du travail, **le Défenseur des droits a diffusé une décision-cadre (n° 2019-205) le 15 octobre 2019**, qui a été remise aux ministres du travail, de l'action et des comptes publics, de la santé et des armées, ainsi qu'aux diverses organisations régionales, patronales et syndicales de France.

A travers ce guide, accompagné de 5 annexes relatives à l'obésité et à la grossophobie, aux tenues vestimentaires, aux coiffures, aux barbes, aux tatouages et au piercing, le Défenseur des droits a souhaité **rappeler aux entreprises leurs obligations en matière de non-discrimination** :

- les règles applicables concernant l'interdiction de prendre en compte l'apparence physique lors du recrutement et lors de la relation d'emploi ;
- l'interdiction et la sanction du harcèlement discriminatoire fondé sur l'apparence physique ;
- les restrictions qui peuvent être permises en matière d'exigences vestimentaires et de présentation et la nature des sanctions éventuelles en cas de non-respect.

Vous trouverez ci-après une synthèse de la position du Défenseur des droits s'agissant de chacun de ces thèmes.

L'obésité et la grossophobie

L'obésité et le surpoids figurent parmi les premières causes de discrimination liées à l'apparence physique : un candidat obèse (IMC de 30 ou plus) a trois fois moins de chances d'obtenir un entretien d'embauche qu'un candidat au poids normal.

La « grossophobie » correspond aux comportements ou propos constitutifs de discrimination (refuser d'embaucher, sanctionner ou licencier) ou de harcèlement (propos vexants, dégradants, offensants ou humiliant) à l'encontre des personnes d'une certaine corpulence.

Le Défenseur des droits rappelle également dans cette annexe :

- qu'en cas de circonstances exceptionnelles et dûment justifiées, des exigences physiques liées au poids peuvent être admises (e.g. pour les mannequins) ;
- que les employeurs doivent être vigilants dans la mise en œuvre des clauses dites « couperet » qui consistent à sanctionner un salarié de manière quasiment automatique parce qu'il aurait dépassé un certain poids.

Les tenues vestimentaires

Les normes vestimentaires sont extrêmement diverses selon le secteur professionnel et le type de poste occupé par un salarié. L'apparence vestimentaire renvoie une image déterminée souvent normée et correspondant à un secteur d'activité, un métier ou un niveau hiérarchique.

Si certains codes vestimentaires peuvent être justifiés par des mesures d'hygiène ou de sécurité ou encore la nécessité de véhiculer l'image d'une entreprise (e.g. employé en relation permanente avec la clientèle), ils doivent cependant demeurer justifiés, légitimes et proportionnés au but recherché.

Les coiffures

Certaines restrictions liées à la coiffure peuvent être admises en matière d'hygiène, de santé et de sécurité (salariés travaillant dans le secteur médical ou manipulant des denrées alimentaires), ou encore si elles sont en lien avec l'image de la marque.

Les barbes

Autrefois attribuée aux plus séniors, la barbe est devenue un phénomène de mode au cours de la dernière décennie.

Certaines restrictions peuvent exister dans la sphère professionnelle, comme celles liées à l'hygiène, la santé et la sécurité ou encore au caractère « soigné et entretenu » de la barbe.

Les tatouages et piercings

Seules des exigences liées au poste (hygiène et sécurité, image de marque : exemple des tatouages comportant des images ou messages violents ou offensants) peuvent justifier des restrictions en matière de tatouages et piercings.

ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

Cass. soc., 25 septembre 2019, n° 18-23.48

Dans le cadre de l'organisation des élections professionnelles, l'employeur doit inviter les organisations syndicales à négocier le protocole d'accord préélectoral, au plus tard quinze jours avant la date de la première réunion de négociation.

En l'espèce, cette invitation indiquait que la première réunion se tiendrait le « *mardi 24 avril 2018* ».

Le tribunal d'instance avait considéré que **cette coquille dans la date ne permettait pas de vérifier le respect du délai de quinze jours, et que l'organisation syndicale**

n'avait donc pas été régulièrement convoquée à la négociation. Il avait de ce fait annulé les élections, ce qu'a approuvé la Cour de cassation.

Cass. soc., 9 octobre 2019, n° 19-10.780

La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que dans le cadre des négociations préélectorales et en application de son obligation de loyauté, l'employeur doit fournir aux organisations syndicales qui le demandent les éléments d'information nécessaires au contrôle de l'effectif et des listes électorales.

En l'espèce l'employeur avait refusé de fournir à un syndicat non représentatif les éléments nécessaires au contrôle de la répartition du

personnel et des sièges dans les collèges, au motif qu'il ne souhaitait pas transmettre ces éléments confidentiels à des personnes n'appartenant pas à l'entreprise. Ce syndicat avait alors contesté le protocole d'accord préélectoral qui avait été signé à la double majorité à l'issue des négociations.

Les juges du fond avaient considéré que le protocole était nul dès lors que l'employeur avait manqué à son obligation de loyauté, de même que les élections du CSE qui s'étaient tenues ensuite. L'employeur a formé un pourvoi en cassation, mais celui-ci a été rejeté par la Haute juridiction, qui a confirmé que **le manquement à l'obligation de loyauté constitue une cause de nullité du protocole d'accord préélectoral, peu important qu'il ait été valablement signé.**

Cass. soc., 9 octobre 2019 n° 19-10.816

Si la conclusion d'un accord majoritaire n'est pas possible, une ou plusieurs organisations syndicales représentatives signataires de l'accord, ayant recueilli plus de 30% des suffrages exprimés en faveur d'organisations

représentatives au premier tour des élections, peuvent solliciter l'organisation d'une consultation des salariés de l'entreprise en vue de sa validation. L'accord est alors valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit.

La Cour de cassation se prononce pour la première fois sur ces dispositions. En l'espèce, **la question qui se posait était de savoir si les salariés devant être consultés - à savoir selon le code du travail les salariés « couverts par l'accord et électeurs » - sont ceux qui sont concernés par l'accord, ou bien tous ceux de l'établissement qui est couvert par l'accord.**

La Cour de cassation a énoncé que doivent être consultés l'ensemble des salariés de l'établissement qui remplissent les conditions pour être électeurs (et non pas seulement ceux concernés par l'accord, en l'espèce un accord relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail).

EN BREF

Le 11 octobre 2019, le ministère du travail a mis en ligne sur son site internet un **Guide relatif aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés**, rédigé par le bureau du statut protecteur de la DGT.

Un **décret 2019-1050 du 11 octobre 2019** amplifie et clarifie le droit à l'erreur qui existait déjà dans le code de la sécurité sociale, qui se traduit par une remise automatique des majorations et pénalités pour les infractions les moins graves ainsi que, en cas de travail illégal, par une modulation des annulations

d'exonération de cotisations au regard du montant des rémunérations concernées. L'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions est prévue en 2020.

Ce **même décret** apporte également plusieurs modifications à la procédure de contrôle Urssaf, applicables pour les contrôles qui seront engagés à partir du 1^{er} janvier 2020. En particulier, le cotisant peut désormais demander à disposer d'un délai de 60 jours (au lieu de 30 précédemment) pour répondre à la lettre d'observations.

LE COIN DU PRATICIEN

LA REQUALIFICATION DU CDD EN CDI

La violation d'un certain nombre de dispositions légales encadrant le CDD expose l'employeur à voir le contrat requalifié par un juge en CDI, et ce aux termes d'une procédure accélérée.

Afin de sécuriser le recours et la gestion de vos CDD, nous vous proposons une synthèse du cadre juridique applicable.

Les hypothèses de requalification

Un très grand nombre de situations peuvent conduire un juge à requalifier un CDD en CDI.

S'agissant des cas de recours au CDD :

- conclure un CDD sur un emploi permanent lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ;
- conclure un CDD en dehors des cas énumérés aux articles L. 1242-2 et L. 1242-3 ;
- recourir à un CDD pour remplacer un salarié gréviste ;
- conclure un CDD pour effectuer des travaux particulièrement dangereux figurant sur une liste établie par arrêté ministériel.

S'agissant de la rédaction du CDD :

- ne pas établir de contrat écrit ;
- ne pas indiquer de définition précise du motif de recours dans le contrat.

S'agissant de la durée, du terme et du renouvellement du CDD :

- ne pas prévoir de terme précis ou ne pas prévoir de durée minimale pour les contrats à terme imprécis ;
- renouveler un nombre de fois supérieur aux possibilités légales, renouveler un CDD portant la durée totale du contrat au-delà de la durée maximale, ou encore opérer un renouvellement sans précisions sur ses conditions dans le contrat ou sans avenant avant le terme initial ;
- dépasser la durée maximale autorisée pour le type de CDD concerné.

S'agissant des successions de CDD :

- poursuivre la relation contractuelle avec le même salarié après l'échéance du terme ;
- ne pas respecter le délai de carence sur le même poste entre chaque CDD dans les cas requis par les dispositions légales.

La procédure applicable

Seuls le salarié concerné (voire une organisation syndicale représentative) peut saisir le Conseil

de prud'hommes pour demander la requalification du CDD. **Le juge ne peut pas requalifier d'office un CDD** qu'il estimerait irrégulier si le salarié ne l'a pas lui-même demandé (Cass. soc., 20 février 2013, n° 11-12.262).

La procédure applicable est dérogatoire au droit commun. **Le salarié peut en effet porter directement sa demande devant le bureau de jugement**, sans passer par un bureau de conciliation et d'orientation.

Le Conseil de prud'hommes est en outre tenu de se prononcer dans un délai d'un mois à compter de la saisine.

Les conséquences de la requalification

L'article L. 1245-2 du code du travail prévoit que *« lorsque le conseil de prud'hommes fait droit à la demande du salarié, il lui accorde une indemnité, à la charge de l'employeur, ne pouvant être inférieure à un mois de salaire »*.

La plupart des cas de requalification précédemment exposés ouvrent droit à cette indemnité. En revanche, l'indemnité de requalification n'est pas due lorsqu'un CDD régulier s'est poursuivi après l'échéance du terme (article L. 1243-11 du code du travail).

Outre cette indemnisation, la requalification du CDD en CDI peut entraîner de **nombreuses autres conséquences**. Par exemple :

- **la reprise de l'ancienneté du salarié se calcule depuis la conclusion du CDD ;**
- le droit à un **rappel de salaire au titre des périodes non travaillées séparant chaque contrat**. Cette demande de rappel de salaire est cependant être conditionnée à ce que le salarié se soit tenu à la disposition de l'employeur pendant ces périodes (Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 12-12.771) ;
- **l'attribution éventuelle de dommages-intérêts correspondant à une perte de chance de bénéficier des mesures prévues par un PSE**, à la condition toutefois que le salarié ait été présent sur le site concerné à la date d'adoption du plan ou de sa mise en œuvre (Cass. soc., 10 janv. 2018, n° 16-21.244).

PETIT-DEJEUNER FORMATION

Droit à la déconnexion, congés illimités, horaires individualisés, sieste au travail, semaines de travail comprimées, job sharing, télétravail, aménagement moderne des bureaux... Ces nouvelles façons de concevoir l'organisation du travail en entreprise vous intéressent ?

Afin d'aborder plus en détails ces nouvelles tendances en matière de temps et d'environnement de travail, un petit-déjeuner formation animé par le pôle social vous est proposé au cabinet :

« Les nouvelles formes d'organisation du travail »

Jeudi 14 novembre 2019

N'hésitez pas à vous inscrire !

