

Rentrée masquée !

Dès le 1^{er} septembre, le port du masque sera « systématisé dans les espaces clos et partagés au sein des entreprises », a indiqué la Ministre du travail, Elisabeth Borne.

Face à la menace d'une deuxième vague épidémique de la Covid-19, les entreprises sont de nouveau contraintes de revoir leur organisation pour une période indéterminée.

Entre nécessité de protéger les salariés en respectant les règles sanitaires strictes, encadrement du travail à distance et préservation de la compétitivité, la reprise s'annonce délicate.

A travers notre newsletter de septembre, nous vous proposons dans notre « A la Une » un point sur les dernières évolutions du protocole national du déconfinement : port du masque, télétravail, dispositif d'activité partielle de longue durée...

Notre coin du praticien est consacré au licenciement économique. Vous retrouverez également notre analyse des récents arrêts rendus par la Cour de cassation.

Nous sommes à votre disposition pour répondre à vos éventuelles questions.

Bonne lecture et bonne rentrée à tous,

L'équipe sociale d'Altana.

A LA UNE : Une rentrée sous le signe du masque et de l' « ARME »

- Evolution du protocole de déconfinement et généralisation du port du masque en entreprise

La Ministre du travail Elisabeth Borne s'est entretenue avec les partenaires sociaux le 18 août dernier au sujet de l'évolution des règles sanitaires en entreprises en période de COVID-19.

Plusieurs propositions d'évolutions du protocole national de déconfinement ont été soumises aux partenaires sociaux afin de prendre en compte l'évolution de la situation sanitaire et d'intégrer les nouvelles recommandations formulées par le Haut Conseil de la santé publique.

Les évolutions suivantes pourraient figurer dans le protocole national, en fonction des discussions avec les partenaires sociaux :

- **Systematisation du port du masque dans les espaces clos et partagés au sein des entreprises** (salles de réunion, open-space, couloirs, vestiaires, bureaux partagés etc.).
- **Adaptation des règles entourant le recours au télétravail en période épidémique.** Le recours au télétravail reste une pratique recomman-

dée en ce qu'il participe à la démarche de prévention du risque d'infection et permet de limiter l'affluence dans les transports.

Des adaptations pourraient toutefois être envisagées afin de répondre aux spécificités de certaines activités ou secteurs professionnels après avis des autorités sanitaires.

Le Ministère du travail a annoncé que le protocole national serait communiqué au plus tard le 31 août prochain, en vue d'une mise en application le 1er septembre.

- Mise en place d'un dispositif d'activité partielle de longue durée

La loi n°2020-734 du 17 juin 2020 a instauré un dispositif d'activité réduite pour le maintien dans l'emploi dit « ARME ». Ce dispositif est destiné à assurer le maintien dans l'emploi des salariés d'entreprises confrontées à **une réduction d'activité durable mais dont la pérennité n'est pas compromise.**

Le décret 2020-926 relatif au **dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable** a été publié au Journal officiel le 30 juin dernier.

Ce dispositif cofinancé par l'État et l'Unedic offre aux entreprises concernées la possibilité de **diminuer l'horaire de travail des salariés** (dans la limite de 40% de l'horaire légal par salarié), et de recevoir pour les heures non travaillées **une allocation en contrepartie d'engagements**, notamment en matière de maintien dans l'emploi.

Selon ce décret, l'activité partielle de longue durée peut être mise en place **dans la limite de 24 mois**, consécutifs ou non, **sur une période de référence de 36 mois consécutifs**. Ce dispositif est **prévu jusqu'au 30 juin 2022**.

Son bénéfice toutefois est conditionné à la signature d'un accord collectif devant notamment définir les activités et les salariés concernés par l'activité partielle spécifique, la réduction maximale de l'horaire de travail et surtout les engagements en matière d'emploi et de formation professionnelle. Ce docu-

ment doit ensuite être **soumis à la validation ou l'homologation de l'autorité administrative**.

L'indemnité horaire versée aux salariés concernés correspond à **70 % de la rémunération brute servant d'assiette pour le calcul de l'indemnité de congés payés dans la limite de 4,5 Smic**.

L'allocation perçue par l'employeur est fixée à (i) **60 % de la rémunération horaire brute du salarié dans la limite de 4,5 Smic** pour les accords transmis à l'autorité administrative **avant le 1^{er} octobre 2020** et à (ii) **56 % de cette rémunération** pour les accords transmis **à compter du 1^{er} octobre 2020**.

L'objectif de ce dispositif est d'enrayer la spirale des licenciements économiques annoncée pour la rentrée. Nous verrons si ce nouvel outil est mobilisé par les partenaires sociaux.

LE COIN DU PRATICIEN : FOCUS SUR LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

Depuis le début de la crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19, le gouvernement a mis en place un arsenal de dispositifs destinés à éviter les licenciements économiques. Activité partielle, aides d'Etat, mise en congé obligatoire, arrêt de travail pour garde d'enfant, et récemment l'activité partielle de longue durée destinée aux entreprises confrontées à une réduction d'activité durable « ARME ». Autant de mesures destinées à préserver l'emploi. Le gouvernement a toutefois indiqué qu'il n'avait pas l'intention d'interdire les licenciements économiques. En l'absence d'interdiction expresse prévue par un texte, les licenciements économiques sont donc pleinement autorisés. L'occasion de revenir sur les règles entourant le licenciement économique, et les pièges à éviter.

1. Définition du licenciement pour motif économique

Le motif économique est un motif non inhérent à la personne du salarié, résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail consécutives notamment à des difficultés économiques, à des mutations technologiques, à la cessation d'activité de l'entreprise ou à une réorganisation de celle-ci nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité (C. trav., art. L. 1232-3).

a. Contexte économique

Difficultés économiques

Les difficultés économiques pouvant justifier un licenciement économique sont caractérisées soit par

l'évolution significative **d'au moins un indicateur économique** tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par **tout autre élément** de nature à justifier de ces difficultés (C. trav., art. L. 1233-3).

Une **baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires** est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à : un trimestre (entreprise de moins de 11 salariés), 2 trimestres consécutifs (entreprise de 11 à moins de 50 salariés), 3 trimestres consécutifs (entreprise de 50 à moins de 300 salariés), 4 trimestres consécutifs (entreprise d'au moins 300 salariés).

Le souci d'améliorer la rentabilité de l'entreprise ne constitue pas en soi un motif économique de licenciement (Cass. soc., 1^{er} février 2011, n° 10-30.045).

Mutations technologiques

L'introduction d'une technologie nouvelle ayant une incidence sur l'emploi est une cause économique de licenciement même si la compétitivité de l'entreprise n'est pas menacée (Cass. soc., 15 mars 2012, n° 10-25.996).

L'acquisition de nouvelles machines permettant l'automatisation des tâches (Cass. soc., 14 mai 1998, n° 96-43.797) ou la mise en œuvre d'un nouveau logiciel informatique entraînant la suppression d'une grande partie des attributions du salarié (Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-43.022) peut justifier un licenciement

économique. En revanche, le changement de logiciel dans une entreprise déjà habituée à la technologie informatique ne constitue pas une évolution pouvant être qualifiée d'innovation technologique et ne peut donc justifier un tel licenciement (Cass. soc., 13 mai 2003, n° 00-46.766).

Réorganisation de l'entreprise

Lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation peut constituer un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour **sauvegarder la compétitivité de l'entreprise** ou du secteur d'activité auquel elle appartient.

Constitue un motif économique la réorganisation décidée pour prévenir des difficultés à venir liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi (Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 04-46.201) ou à l'apparition de nouveaux acteurs sur le marché **menaçant la compétitivité** (Cass. soc., 2 février 2011, n° 09-69.520) mais pas celle visant des **profits supplémentaires** (Cass. soc., 30 novembre 2011, n° 09-43.183) ou à **réduire les charges sociales** (Cass. soc., 12 novembre 1997, n° 95-43.605) dès lors que l'entreprise est prospère (Cass. soc., 29 janvier 2003, n° 00-44.962).

Cessation d'activité de l'entreprise

La cessation d'activité de l'entreprise doit être **totale, définitive** et ne doit pas résulter d'une **faute de l'employeur**. Une **cessation partielle** de l'activité de l'entreprise (Cass. soc., 20 mai 2015, n° 14-11.996) ou la fermeture d'un seul établissement (Cass. soc., 14 décembre 2005, n° 04-40.396) ne justifie un licenciement économique qu'en cas de difficultés économiques, de mutation technologique ou de réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité. La **fermeture temporaire** de l'entreprise pour travaux n'est pas non plus une cause économique de licenciement (Cass. soc., 22 mars 2005, n° 02-46.226).

b. Cadre d'appréciation

Les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de **l'entreprise** dans son ensemble, et non dans le cadre d'un secteur (Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-13.736) ou d'un établissement (Cass. soc., 26 février 2013, n° 11-22.265), si elle n'appartient pas à un groupe.

Dans le cas contraire, ces causes économiques s'apprécient au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, **mais seulement de celles établies en France**, sauf fraude (C. trav., art. L. 1233-3).

c. Conséquences sur l'emploi

Le licenciement pour motif économique n'est légitime que si le contexte économique conduit à une **suppression** ou **transformation d'emploi** ou

à une **modification** d'un élément essentiel **du contrat de travail refusée** par le salarié (C. trav., art. L. 1233-3).

2. Procédure de licenciement pour motif économique

L'employeur doit respecter les procédures fixées par le Code du travail, qui diffèrent selon l'ampleur du licenciement et l'effectif de l'entreprise. Dans tous les cas, il doit chercher à reclasser les salariés avant de les licencier et respecter un ordre des licenciements, seules procédures abordées dans cette étude.

a. Ordre des licenciements

Avant de procéder à tout licenciement, collectif ou individuel, l'employeur doit fixer les critères lui permettant d'établir un ordre des salariés à licencier (C. trav., art. L. 1233-5 à L. 1233-7), parmi ceux prévus dans le Code du travail (C. trav., art. L. 1233-5 du Code).

L'obligation d'établir un ordre des licenciements ne s'impose pas systématiquement, notamment en cas de fermeture de l'entreprise (Cass. soc., 5 février 2014, n° 12-29.703), si tous les emplois d'une même catégorie professionnelle sont supprimés (Cass. soc., 14 janvier 2003, n° 00-45.700), si le salarié concerné est le seul cadre de l'entreprise (Cass. soc., 8 juin 1999, n° 97-40.739) ou lorsque les licenciements concernent les salariés ayant refusé une modification du contrat de travail proposée à tous (Cass. soc., 27 mars 2012, n° 11-14.223).

Le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements est fixé par accord collectif ou, en l'absence d'accord, unilatéralement par l'employeur : il ne peut pas alors être inférieur à celui de chaque zone d'emploi dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emplois (C. trav., art. L. 1233-5).

b. Obligation de reclassement

Le licenciement économique ne peut intervenir que si tous les **efforts de formation et d'adaptation** ont été réalisés et si le **reclassement** ne peut être opéré sur les **emplois disponibles** situés sur le **territoire national**, dans **l'entreprise** ou le **groupe** auquel elle appartient (C. trav., art. L. 1233-4, al. 1). A défaut, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 19 novembre 2008, n° 07-44.416).

3. Alternatives au licenciement économique

Si, à ce jour, les licenciements économiques ne sont pas expressément interdits au regard des conséquences économiques liées à l'épidémie de Covid-19, un salarié pourrait tenter de remettre en cause la validité de son licenciement au motif que d'autres mesures, moins radicales, auraient pu préalablement être mises en œuvre, telles que l'activité partielle de longue durée dès lors que l'entreprise y était éligible.

Toutefois la Cour de cassation juge de manière constante que lorsque l'entreprise remplit les conditions visées par le Code du travail pour procéder au licenciement économique, celui-ci ne peut être jugé sans cause réelle et sérieuse au motif que, pour assurer la pérennité de son entreprise, l'employeur aurait pu choisir une solution impliquant moins de licenciements. Partant, le juge n'a pas à contrôler le **choix effectué par l'employeur** entre les différentes solutions possibles pour assurer la sauvegarde de la

compétitivité de son entreprise (Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 08-40.046).

Le choix de l'entreprise de procéder aux licenciements économiques, sans avoir préalablement envisagé la conclusion d'un accord de performance collective, d'une rupture conventionnelle collective ou d'un plan de départ volontaire, ne devrait pas non plus supporter la moindre critique au regard de la jurisprudence actuelle.

JURISPRUDENCE

L'interdiction de porter la barbe face au principe de non-discrimination (Cass. soc., 8 juillet 2020, n° 18-23.743)

Dans cette affaire, la chambre sociale de la Cour de cassation applique au port de la barbe les règles dégagées en matière de signes ostentatoires religieux, politiques ou philosophiques au travail. L'occasion de préciser que, même en l'absence de clause de neutralité dans le règlement intérieur, l'objectif légitime de sécurité du personnel et des clients peut justifier des restrictions et permettre d'imposer une apparence neutre lorsque celle-ci est rendue nécessaire afin de prévenir un danger objectif.

En l'espèce, un salarié engagé en qualité de consultant sûreté par une société assurant des prestations de services dans le domaine de la sécurité et de la défense, a été licencié pour faute grave. Soutenant avoir été licencié pour un motif discriminatoire en ce qu'il lui était reproché le port de la barbe, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant à la nullité de son licenciement.

Saisie du litige, la Cour d'appel a prononcé la nullité du licenciement du salarié, ordonné sa réintégration et condamné la société au paiement de dommages et intérêts au motif d'un licenciement discriminatoire.

L'employeur s'est alors pourvu en cassation estimant notamment que : 1° « ne constitue ni une discrimination, ni une violation de la liberté individuelle ou religieuse du salarié, l'injonction faite par un employeur qui fournit des prestations de conseil aux entreprises dans le domaine de l'information, de l'analyse et de la gestion des risques de toute nature, dans des environnements mouvants, instables et dégradés, à un consultant en sécurité, affecté à des missions dans des zones à risques, d'adopter, pour sa propre sécurité et celle des personnes auprès desquelles il est affecté dans le cadre de sa mission, une apparence tenant compte des us et coutumes des pays dans lesquels il doit se rendre » ; 2° « compte tenu du contexte de la mission assignée au salarié, de sa nature, du pays de destination des missions, la restriction relative à l'apparence de la barbe portée par le salarié, afin qu'elle reflète une neutralité, est justifiée par la nature de la tâche à accomplir, proportionnée au but poursuivi, ladite restriction répondant à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, l'objectif de la restriction étant légitime ».

La question était donc celle de savoir si l'employeur pouvait interdire à un consultant en sécurité, affecté à des missions dans des pays de culture arabo-musulmane, de porter la barbe en tant

qu'elle manifesterait des convictions religieuses et politiques. La Cour de cassation répond de manière détaillée avant de rejeter le pourvoi de l'employeur et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel.

Elle rappelle en premier lieu, qu'en l'absence de clause de neutralité dans le règlement intérieur interdisant au salarié en contact avec la clientèle de porter un signe politique, philosophique ou religieux visible sur le lieu de travail, seule une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause sont à même de justifier la discrimination directe en découlant. Si cette exigence professionnelle ne saurait couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client, elle peut, en revanche, correspondre à un objectif légitime de sécurité du personnel et des clients de l'entreprise.

Or, en l'espèce, la Cour de cassation relève que « l'employeur ne produisait aucun règlement intérieur précisant la nature des restrictions qu'il entendait imposer au salarié en raison des impératifs de sécurité invoqués ». Elle en déduit que « l'interdiction faite au salarié, lors de l'exercice de ses missions, du port de la barbe, en tant qu'elle manifesterait des convictions religieuses et politiques, et l'injonction faite

par l'employeur de revenir à une apparence considérée par ce dernier comme plus neutre, caractérisaient l'existence d'une discrimination directe fondée sur les convictions religieuses et politiques du salarié ».

S'appuyant sur la jurisprudence européenne, la Cour de cassation poursuit en rappelant qu'une telle discrimination peut toutefois être justifiée par « une exigence professionnelle essentielle et déterminante », au sens de l'article 4§1 de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000. Cette notion « renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause », précise-t-elle. L'arrêt confirme que « les demandes d'un client relatives au port d'une barbe pouvant être connotée de façon religieuse ne sauraient, par elles-mêmes, être considérées comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante ».

En revanche, « l'objectif légitime de sécurité du personnel et des clients de l'entreprise peut justifier [...] des restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives et, par suite, permet à l'employeur d'imposer aux salariés une apparence neutre lorsque celle-ci est rendue nécessaire afin de prévenir un danger objectif », ce que l'employeur ne démontrait pas en l'espèce. La Cour constate ainsi que « l'employeur ne démontrait pas les risques de sécurité spécifiques liés au port de la barbe dans le cadre de l'exécution de la mission du salarié au Yémen de nature à constituer une justification à une atteinte proportionnée aux libertés du salarié ».

Elle confirme donc l'arrêt de la Cour d'appel ayant prononcé la nullité du licenciement reposant, au moins pour partie, sur un motif discriminatoire.

Harcèlement sexuel (preuve) : office du juge (Cass. soc., 8 juillet 2020, n° 18-23.410)

Dans cette affaire, la chambre sociale de la Cour de cassation rappelle que pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement sexuel, il appartient au juge d'examiner l'ensemble des éléments présentés par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits, et d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement. Dans l'affirmative, il revient au juge d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Sous réserve d'exercer son office dans les conditions qui précèdent, le juge apprécie souverainement si le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont étrangers à tout harcèlement.

Pour dire que la salariée n'a pas subi de harcèlement sexuel et la débouter de ses demandes à titre de dommages-intérêts pour harcèlement sexuel, une Cour d'appel a retenu que les éléments présentés par l'intéressée, considérés dans leur ensemble, s'ils constituaient un comportement inadapté sur le lieu de travail, ne laissent pas présumer l'existence d'un harcèlement sexuel.

La Cour de cassation juge qu'en se déterminant ainsi, alors que la salariée soutenait que son supérieur hiérarchique avait reconnu avoir été entreprenant à son égard et que l'employeur avait sanctionné ce dernier par un avertissement pour comportement inapproprié vis-à-vis de sa subordonnée, la Cour d'appel, qui n'a pas pris en considération tous les éléments présentés par la salariée, n'a pas donné de base légale à sa décision. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel.

Syndicats - Possibilité de désigner un simple adhérent si la désignation d'un candidat n'est pas possible (Cass. soc., 8 juillet 2020, n° 19-14.605)

Lorsque tous les élus ou tous les candidats qu'elle a présentés aux dernières élections professionnelles ont renoncé à être désignés en tant que délégué syndical, l'organisation syndicale peut désigner l'un de ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement pour occuper cette fonction. Elle n'a pas l'obligation de désigner un candidat d'une autre liste.

Le litige est survenu après la notification par un syndicat à une société de la désignation d'un simple adhérent qui ne s'était pas porté candidat aux élections en qualité de délégué syndical au sein de l'un de ses établissements. Invoquant la présence au sein de celui-ci de candidats lors des dernières élections professionnelles, la société a saisi le tribunal d'instance afin d'obtenir l'annulation de cette désignation. Sa demande ayant été rejetée, la société a formé un pourvoi en cassation au motif que ce n'est qu'à défaut d'autres candidats susceptibles d'être désignés que le syndicat peut désigner comme délégué syndical un de ses adhérents dans l'entreprise.

Il s'agissait de savoir si un syndicat qui se trouve, au jour de la désignation, dans l'impossibilité de désigner un candidat adhérent à l'organisation ayant obtenu 10 % des voix, ni même un candidat appartenant à l'organisation n'ayant pas obtenu ce score, a l'obligation de désigner un candidat d'une autre liste (avec l'accord de celui-ci) ou si la loi lui offre le choix entre une telle désignation et la possibilité de désigner un de ses adhérents. La Cour de cassation opte pour la seconde alternative. Elle rejette le pourvoi de la société.

Elle rappelle que, par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, le législateur a entendu éviter l'absence de délégué syndical dans les entreprises. Il en résulte qu'« *il y a lieu à nouveau de juger que, s'il n'est pas exclu qu'un syndicat puisse désigner un salarié candidat sur la liste d'un autre syndicat, qui a obtenu au moins 10 % des voix et qui l'accepte librement, l'article L. 2143-3 du Code du travail n'exige pas de l'organisation syndicale qu'elle propose, préalablement à la désignation d'un délégué syndical en application de l'alinéa 2 de l'article précité, à l'ensemble des candidats ayant obtenu au moins 10 %, toutes listes syndicales confondues, d'être désigné délégué syndical* ».

Elle ajoute qu'eu égard aux

travaux préparatoires de la loi du 29 mars 2018, la mention du même texte selon laquelle « *si l'ensemble des élus qui remplissent les conditions mentionnées audit premier alinéa renoncent par écrit à leur droit d'être désigné délégué syndical* », le syndicat « *peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou parmi ses anciens élus ayant atteint la limite de durée d'exercice du mandat au comité social et économique fixée au deuxième alinéa de l'article L. 2314-33* », doit être interprétée en ce sens que lorsque tous les élus ou tous les candidats qu'elle a présentés aux dernières élections professionnelles ont renoncé à

être désignés délégué syndical, l'organisation syndicale peut désigner comme délégué syndical l'un de ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou l'un de ses anciens élus ayant atteint la limite de trois mandats successifs au comité social et économique.

En l'espèce, le tribunal d'instance avait constaté que le précédent délégué syndical désigné par le syndicat avait démissionné de ses fonctions et que les autres candidats de la liste du syndicat avaient renoncé à exercer les fonctions de délégué syndical sur le site dont il était question. Partant, il en a justement déduit que le syndicat avait valablement désigné l'un de ses adhérents en qualité de délégué syndical de l'établissement.