

// le dossier  
jurisprudence thème

# Licenciement pour motif personnel

## Motifs, procédure, indemnités

Le contentieux du licenciement pour motif personnel a, comme à l'accoutumée, fortement mobilisé la Cour de cassation au cours de cette année judiciaire. Ce dossier réunit les décisions les plus significatives intervenues depuis septembre 2019, sur des thèmes variés : exercice d'une activité professionnelle durant un arrêt maladie, clause conventionnelle de garantie d'emploi, protection des salariés siégeant au sein des conseils de discipline, règles de calcul de l'indemnité de licenciement (économique ou personnel) des salariés en congé parental à temps partiel, etc.

## // Ce qu'il faut retenir

**L'exercice d'une activité, pour le compte d'une société non concurrente de celle de l'employeur**, pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt.

Cass. soc., 26 février 2020, n° 18-10.017 FS-PB

**En présence d'une garantie conventionnelle d'emploi couvrant les absences maladie**, l'employeur ne peut licencier un salarié en raison de la désorganisation du fonctionnement de l'entreprise occasionnée par son absence prolongée et la nécessité de procéder à son remplacement définitif.

Cass. soc., 18 décembre 2019, n° 18-18.864 FS-PB

**Les commissions internes à une entreprise, créées par voie conventionnelle et compétentes en matière de procédure disciplinaire**, n'ouvrent pas à leurs membres le bénéfice de la procédure protectrice prévue en faveur des représentants du personnel et des syndicats, leur existence n'étant pas prévue par le Code du travail.

Cass. soc., 22 janvier 2020, n° 18-21.206 FS-PB

**La consultation du comité interentreprises ou de la commission de contrôle du service de santé au travail**, préalablement au licenciement d'un intervenant en prévention des risques professionnels, constitue une garantie de fond dont la violation prive le licenciement de cause réelle et sérieuse.

Cass. soc., 14 novembre 2019, n° 18-20.307 FS-PB

**L'article L. 3123-13 du Code du travail prévoyant une indemnité de licenciement déterminée au moins en partie sur la base de la rémunération réduite** perçue par le salarié qui, engagé par un CDI à temps complet, bénéficie d'un congé parental à temps partiel lorsque le licenciement intervient, est contraire à l'article 157 du TFUE en ce qu'il instaure une discrimination indirecte fondée sur le sexe et doit être dans cette mesure écartée.

Cass. soc., 18 mars 2020, n° 16-27.825 F-PB

**Tout licenciement prononcé en raison de l'état de grossesse est nul** et permet à la salariée qui demande sa réintégration d'obtenir une indemnité égale au montant de la rémunération qu'elle aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, sans déduction des éventuels revenus de remplacement dont elle a pu bénéficier pendant cette période.

Cass. soc., 29 janvier 2020, n° 18-21.862 FS-PB

À CLASSER SOUS

01 / 20

LICENCIEMENT PERSONNEL

Retrouvez le texte intégral des arrêts commentés sur [www.liaisons-sociales.fr](http://www.liaisons-sociales.fr)

# Obligation de loyauté : travailler durant un arrêt maladie ne justifie pas nécessairement un licenciement

## La solution

L'exercice d'une activité, pour le compte d'une société non concurrente de celle de l'employeur, pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt. Dans un tel cas, pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit causer préjudice à l'employeur ou à l'entreprise. Ce préjudice ne saurait résulter du seul paiement par l'employeur, en conséquence de l'arrêt de travail, des indemnités complémentaires aux allocations journalières.

Cass. soc., 26 février 2020, n° 18-10.017 FS-PB

## Le commentaire

Pendant un arrêt maladie, bien que le **contrat de travail** soit **suspendu**, le salarié reste tenu à une **obligation de loyauté** envers son employeur. L'exercice d'une activité durant cette période ne constitue toutefois pas, en soi, un manquement à cette obligation (Cass. soc., 4 juin 2002, n° 00-40.894). Ce n'est que si cette activité cause un préjudice à l'employeur, ou à l'entreprise, que le salarié peut être licencié pour faute.

Sur ce point, il ressort de la jurisprudence que l'exercice d'une **activité concurrente** à celle de l'employeur lui cause nécessairement un **préjudice justifiant le licenciement**. En revanche, s'il s'agit d'une activité non concurrente, l'employeur ne peut envisager un licenciement sur ce fondement que s'il rapporte la **preuve d'un préjudice**. Et la Cour de cassation a une conception stricte de ce préjudice. Il ne peut résulter du seul versement par l'employeur des indemnités complémentaires maladie, a-t-elle jugé le 26 février dernier.

### EXERCICE D'UNE ACTIVITÉ NON CONCURRENTÉ PENDANT UN ARRÊT MALADIE

Dans cette affaire, une secrétaire commerciale, en arrêt de travail pour maladie depuis le 18 janvier 2012, avait été licenciée pour faute grave le 24 juillet 2012. Dans la **lettre de licenciement**, l'employeur indiquait avoir appris « fortuitement » que la salariée exerçait une **seconde activité professionnelle, durant son arrêt de travail** et pendant ses horaires contractuels habituels, dans une société de vente de cadeaux et de bibelots dont elle était l'associée unique. **Pour l'employeur**, il s'agissait d'une **violation manifeste de l'obligation de loyauté**, à laquelle la salariée était tenue même durant ses arrêts maladie, rendant impossible son maintien dans l'entreprise.

La **cour d'appel** a **validé** cette décision, considérant notamment que, dès lors qu'il avait versé un **complément de salaire** à la salariée pendant son arrêt maladie, l'employeur justifiait du préjudice en résultant. Ainsi, l'**exercice** de cette **activité** constituait bien une **faute grave** justifiant le licenciement, et ce peu important l'absence de caractère concurrentiel de l'activité, le régime de

sorties libres de l'arrêt de travail ou la connaissance qu'avait l'employeur de la qualité d'associée de la salariée. La Cour de cassation n'a toutefois pas suivi ce raisonnement.

### EXIGENCE D'UN PRÉJUDICE POUR L'EMPLOYEUR OU L'ENTREPRISE

La **Haute juridiction rappelle** le principe suivant lequel « l'exercice d'une activité, pour le compte d'une société non concurrente de celle de l'employeur, pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue **pas** en lui-même un **manquement** à l'obligation de **loyauté** qui subsiste pendant la durée de cet arrêt ». Dans un tel cas, poursuit l'arrêt, « pour fonder un licenciement, l'**acte** commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit **causer préjudice** à l'employeur ou à l'entreprise ».

Il s'agit d'une jurisprudence déjà bien établie (Cass. soc., 12 octobre 2011, n° 10-16.649 PB; v. le dossier pratique -Maladie, mal. & mat.- n° 232/2019 du 20 décembre 2019).

Le simple fait de travailler ne peut constituer un manquement du salarié à son obligation de loyauté, même s'il est rémunéré. Pour justifier un licenciement, l'activité professionnelle exercée durant l'arrêt maladie doit causer un préjudice à l'employeur ou à l'entreprise. Et, s'agissant de la preuve de ce préjudice, la jurisprudence distingue deux situations :

– **soit** le salarié exerce une **activité concurrente** à celle de l'entreprise : dans ce cas, le **préjudice** est **nécessairement causé** à l'employeur ou à l'entreprise (Cass. soc., 28 janvier 2015, n° 13-18.354 D; Cass. soc., 5 juillet 2017, n° 16-15.623 PB). Nul besoin de prouver le préjudice. Le seul exercice de l'activité concurrentielle peut constituer une faute grave entraînant le licenciement sans indemnité ;

– **soit** le salarié exerce une **activité non concurrente** à celle de l'entreprise : il appartient alors à l'**employeur** d'apporter la **preuve du préjudice**, sans quoi il ne pourra procéder au licenciement du salarié pour manquement à son obligation de loyauté (Cass. soc., 12 octobre 2011, n° 10-16.649 PB).

En l'espèce, l'employeur se trouvait dans cette seconde situation. Et la Cour de cassation a jugé que ce dernier avait échoué à rapporter la preuve de son préjudice.

## LE PAIEMENT D'UN COMPLÉMENT MALADIE NE VAUT PAS PRÉJUDICE

Pour la chambre sociale, le « **préjudice ne saurait résulter du seul paiement** par l'employeur, en conséquence de l'arrêt de travail, des **indemnités complémentaires** aux allocations journalières ».

L'employeur peut en effet être tenu, en application de la loi (*C. trav.*, art. L. 1226-1) ou de la convention collective applicable, de compléter en tout ou partie les indemnités journalières versées par la sécurité sociale, afin de permettre au salarié de bénéficier du maintien de son salaire durant l'arrêt maladie. Or, la Cour de cassation considère que le préjudice causé par le **manquement** à l'obligation de **loyauté doit résulter** de l'acte commis par le **salarié**, et non du paiement de ce complément par l'employeur.

 CONSULTER LE DOCUMENT SUR:  
[www.liaisons-sociales.fr](http://www.liaisons-sociales.fr)

# Absences répétées ou prolongées pour maladie : une clause de garantie d'emploi interdit de licencier

## La solution

**S**elon l'article 29, alinéa 2, de la convention collective nationale du personnel des cabinets médicaux du 14 octobre 1981, les absences justifiées par la maladie ou l'accident dans un délai maximum d'un an n'entraînent pas une rupture du contrat de travail. Il en résulte qu'un employeur ne peut licencier un salarié en raison de la désorganisation du fonctionnement de l'entreprise occasionnée par son absence prolongée et la nécessité de procéder à son remplacement définitif lorsque, à la date du prononcé du licenciement, l'absence pour maladie n'excède pas un an.

Cass. soc., 18 décembre 2019, n° 18-18.864 FS-PB

## Le commentaire

Le **salarié** placé en **arrêt de travail** pour **maladie non professionnelle** ne bénéficie d'**aucune protection spécifique** contre la rupture de son contrat de travail. La jurisprudence autorise même l'**employeur**, à des conditions certes très restrictives, à **procéder au licenciement en se fondant** sur les **perturbations** que les absences répétées ou prolongées apportent au fonctionnement de l'entreprise.

Attention toutefois, car l'employeur **ne peut se départir des limitations** qui figureraient le cas échéant dans la **convention collective** applicable à la relation de travail. En présence d'une clause conventionnelle de garantie d'emploi, aucun licenciement n'est autorisé avant l'expiration de la période de protection ainsi instituée. La Cour de cassation rappelle le principe, dans cet arrêt du 18 décembre, qui vise pour la première fois la clause de garantie d'emploi de la CCN des cabinets médicaux.

## GARANTIE CONVENTIONNELLE D'EMPLOI

Une **secrétaire** standardiste en **arrêt maladie** depuis le 8 février 2014 a été **licenciée** le 10 mars 2014 au **motif** que son absence prolongée **perturbait le fonctionnement** du **cabinet médical** qui l'employait et nécessitait son remplacement. La jurisprudence de la **Cour de cassation tolère** en effet le **licenciement fondé**, non pas sur l'état de santé du salarié (il s'agirait d'une mesure discriminatoire prohibée par l'article L. 1132-1 du Code du travail), mais sur les contraintes d'organisation interne et la situation objective de l'entreprise. Les

conditions sont très rigoureuses puisqu'il est indispensable que les **absences maladie** soient **répétées** ou **prolongées**, qu'elles **perturbent le bon fonctionnement** de l'**entreprise et rendent nécessaire le remplacement définitif** (c'est-à-dire en CDI) du salarié (*Cass. ass. plén.*, 22 avril 2011, n° 09-43.334 PBRI; v. le dossier pratique - *Lic. perso.*, motif- n° 95/2019 du 23 mai 2019).

L'article 29 de la **convention collective** du personnel des cabinets médicaux prévoit toutefois, en son alinéa 2, que « les **absences** justifiées par la maladie ou l'accident dans un **délai maximum d'un an n'entraînent pas une rupture** du contrat de travail ». Cette stipulation institue ainsi une garantie d'emploi qui interdit de licencier le salarié dont l'absence pour maladie n'atteint pas une année. Toutefois, en l'espèce, l'employeur estimait malgré tout possible de notifier un licenciement à raison, non pas de l'arrêt pour maladie, mais du trouble objectif occasionné par celui-ci. À tort, juge toutefois la Cour de cassation.

## LICENCIEMENT SANS CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE

Interprétant les dispositions conventionnelles litigieuses, la **Haute juridiction** a considéré ici que « l'**employeur ne pouvait se prévaloir** des conséquences de l'**absence** pour maladie de la salariée qui, à la date où le licenciement a été prononcé, **n'excédait pas un an** ».

La Cour de cassation s'inscrit dans la ligne jurisprudentielle tracée depuis de nombreuses années : **même si**

l'absence désorganise le fonctionnement de l'entreprise, l'employeur ne peut recourir à un licenciement pour trouble objectif durant la période de protection prévue par une clause conventionnelle de garantie d'emploi. Un tel licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

Il en a été jugé ainsi à l'égard de diverses conventions collectives, notamment :

– la CCN des cabinets d'experts-comptables et de commissaires aux comptes, dont l'article 7-2 institue une protection du salarié malade, interdisant à l'employeur d'engager la procédure de licenciement pendant les six premiers mois d'absence du salarié (*Cass. soc.*, 29 juin 2011, n° 10-11.052 PB);

– la CCN du notariat du 8 juin 2001, dont l'article 22-I institue une garantie d'emploi de douze mois, ce qui a conduit la Cour de cassation à déclarer un licenciement sans cause réelle et sérieuse dès lors que le remplacement définitif du salarié (condition du licenciement motivé par les perturbations apportées à l'entreprise) avait eu lieu alors que ce dernier se trouvait encore placé sous la protection de la clause conventionnelle (*Cass. soc.*, 20 septembre 2006, n° 05-41.385);

– la CCN du personnel des sociétés de crédit immobilier du 10 février 1966, prévoyant un délai de garantie de six mois en cas d'arrêt de travail pour maladie (*Cass. soc.*, 8 juin 1994, n° 90-44.837).

On notera qu'outre une clause de garantie d'emploi la convention collective applicable peut apporter d'autres types de limitation au pouvoir de licencier. Ainsi, la Cour de cassation a récemment jugé que l'article 4.08 de la convention collective nationale du commerce et de la réparation de l'automobile, du cycle et du motocycle et des activités connexes, ainsi que du contrôle technique automobile, du 15 janvier 1981, a « aligné les conditions de licenciement du salarié placé en arrêt de travail pour maladie sur celles légales du licenciement du salarié placé en arrêt de travail pour maladie professionnelle de l'article L. 1226-9 du Code du travail ». Dans cette situation, le licenciement n'est donc permis qu'en cas de faute grave ou d'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à la maladie (*Cass. soc.*, 27 mars 2019, n° 17-27.047 PB; v. le dossier *jurisprudence thème -Accords, branche- n° 205/2019 du 12 novembre 2019*). Ce qui excluait en l'espèce un licenciement pour insuffisance professionnelle, mais aussi, en toute logique, un licenciement fondé sur les perturbations occasionnées sur le fonctionnement de l'entreprise (v. en ce sens : *Cass. soc.*, 23 mars 2004, n° 01-46.007 PB).

 **CONSULTER LE DOCUMENT SUR :**  
[www.liaisons-sociales.fr](http://www.liaisons-sociales.fr)

## Siéger au sein d'une commission disciplinaire conventionnelle n'ouvre pas droit au statut protecteur

### La solution

Les institutions représentatives du personnel créées par voie conventionnelle doivent, pour ouvrir à leurs membres le bénéfice de la procédure spéciale protectrice prévue en faveur des représentants du personnel et des syndicats, être de même nature que celles prévues par le Code du travail. Tel n'est pas le cas des commissions internes à une entreprise compétentes en matière de procédure disciplinaire, dont l'existence n'est pas prévue par le Code du travail.

*Cass. soc.*, 22 janvier 2020, n° 18-21.206 FS-PB

### Le commentaire

La procédure légale de licenciement peut être agréementée d'étapes supplémentaires prévues par la convention collective, telle la convocation d'une commission ou d'un conseil de discipline chargé de donner un avis sur la mesure envisagée ou décidée par l'employeur. Ces instances conventionnelles sont généralement composées paritairement de représentants de l'employeur et des salariés, sans que ces derniers soient nécessairement titulaires par ailleurs d'un mandat de représentant du personnel.

Se pose dès lors la question de leur propre protection contre le licenciement.

Même si une telle garantie peut paraître essentielle pour assurer le bon accomplissement de leur mission, la Cour de cassation s'est toujours refusé à leur étendre le bénéfice de la protection légale accordée aux représentants du personnel ou syndicaux.

La Haute juridiction confirme sa position dans cet arrêt du 22 janvier 2020.

### COMMISSION PARITAIRE DE RECOURS INTERNE ISSUE DE LA CCN DE LA BANQUE

En application de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000 (annexe II), une commission paritaire, composée d'une délégation syndicale et d'une délégation patronale, peut être mise en place par accord d'entreprise afin d'examiner les recours formés en interne par les salariés concernés par une procédure de rétrogradation ou de licenciement disciplinaire.

Un salarié membre de cette délégation syndicale estimait que son licenciement aurait dû être soumis à la procédure protectrice prévue en faveur des représentants du personnel ou des délégués syndicaux, et donc à l'autorisation de l'inspecteur du travail. La jurisprudence existante n'abondait pourtant pas en ce sens. En effet, il a déjà été précisé que pour ouvrir à leurs membres le bénéfice de la procédure spéciale protectrice prévue

en faveur des représentants du personnel et des syndicats, les institutions représentatives du personnel, créées par voie conventionnelle, « doivent être de même nature que celles prévues par le Code du travail » ; or, « tel n'est pas le cas des membres d'un conseil de discipline, dont l'existence n'est pas prévue par le Code du travail » (*Cass. soc.*, 19 juin 1991, n° 90-43.411 PB).

## IDENTITÉ DE NATURE AVEC LES COMMISSIONS PARITAIRES PROFESSIONNELLES ?

Le **salarié** a toutefois tenté de faire évoluer cette jurisprudence. Selon lui, la **commission disciplinaire** issue de la CCN de la banque serait en effet **de même nature** que les « **commissions paritaires professionnelles** » dont la mise en place, par accord collectif, est envisagée par le Code du travail (*C. trav.*, art. L. 2234-1). Instituées au niveau local, départemental ou régional, ces commissions ont **pour mission** légale de concourir à l'élaboration et à l'application de conventions et accords collectifs de travail, de négocier des accords d'intérêt local, mais aussi d'examiner des **réclamations individuelles et collectives** ou toute autre question relative aux conditions d'emploi et de travail des salariés intéressés (*C. trav.*, art. L. 2234-2). Surtout, les salariés membres de ces commissions se sont vus reconnaître le bénéfice d'une **protection** contre le licenciement (*C. trav.*, art. L. 2234-3), cette protection étant identique à celle prévue en faveur des délégués syndicaux (*Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 15-24.310 PBRI ; *CE*, 4 mai 2016, n° 380954 ; *v. le dossier jurisprudence thème-IRP, statut- n° 107/2017 du 13 juin 2017*).

La **Cour d'appel** de Colmar avait **suivi le raisonnement du salarié** : en ce qu'elle a **compétence** pour **examiner des réclamations** individuelles et collectives, une **commission paritaire** professionnelle doit être considérée comme étant de **même nature** que la **commission** de recours interne instituée en matière **disciplinaire** par la CCN de la banque. En conséquence, la protection légale instituée en faveur de ses membres doit être étendue aux membres de la commission disciplinaire.

## RÉPONSE NÉGATIVE DE LA COUR DE CASSATION

La **Cour de cassation** a toutefois **décliné le raisonnement** proposé.

Dans sa décision du 22 janvier 2020, la chambre sociale s'en remet en effet au principe déjà posé dans son arrêt de 1991 relatif au conseil de discipline institué par voie conventionnelle. Ainsi, précise l'arrêt, « les **institutions** représentatives du personnel **créées par voie conventionnelle** doivent, pour ouvrir à leurs membres le bénéfice de la procédure spéciale protectrice prévue en faveur des représentants du personnel et des syndicats, être de **même nature que celles prévues par le Code du travail** ; tel n'est **pas le cas** des **commissions internes** à une entreprise compétentes en matière de procédure **disciplinaire, dont l'existence n'est pas prévue par le Code du travail** ».

La chambre sociale maintient ainsi l'exigence d'une identité de nature entre l'institution conventionnelle en cause et les instances prévues par le Code du travail, pour ouvrir droit, le cas échéant, au statut protecteur prévu pour ces dernières. Or, poursuit l'arrêt, **toute assimilation avec les commissions paritaires professionnelles** de l'article L. 2234-1 du Code du travail est **exclue au regard** de leurs **missions** respectives : « les commissions paritaires professionnelles au plan local, départemental ou régional, qui ont principalement pour mission de concourir à la mise en place d'un dialogue social interentreprises, n'ont pas la même nature que des commissions instituées au sein d'une entreprise pour examiner les recours des salariés à l'encontre des décisions de l'employeur en matière de rétrogradation, licenciement ou mise à la retraite ».

Le **licenciement** d'un salarié siégeant dans une commission interne disciplinaire prévue par des dispositions conventionnelles n'est donc soumis à **aucune procédure protectrice particulière**.

 **CONSULTER LE DOCUMENT SUR :**  
[www.liaisons-sociales.fr](http://www.liaisons-sociales.fr)

# Services de santé interentreprises : licenciement l'IPRP impose de saisir l'instance de surveillance

## La solution

**S**elon l'article D. 4622-31 du Code du travail, dans sa rédaction issue du décret n° 2012-1247 du 7 novembre 2012, le comité interentreprises ou la commission de contrôle est consulté sur l'organisation et le fonctionnement du service de santé au travail, et notamment sur le licenciement d'un intervenant en prévention des risques professionnels lequel, selon l'article R. 4623-37 du Code du travail, dans sa rédaction issue du décret n° 2012-135 du 30 janvier 2012, assure ses missions dans des conditions garantissant son indépendance. Il résulte de la combinaison de ces textes que la consultation du comité interentreprises ou de la commission de contrôle, préalablement au licenciement d'un intervenant en prévention des risques professionnels, constitue pour le salarié une garantie de fond dont la violation prive le licenciement de cause réelle et sérieuse.

**Cass. soc.**, 14 novembre 2019, n° 18-20.307 FS-PB

À la **procédure de licenciement de droit commun** peuvent s'ajouter des **étapes supplémentaires**, qu'elles soient prévues par la convention collective ou des dispositions internes à l'entreprise, ou encore par des dispositions légales ou réglementaires propres à l'exercice de fonctions spécifiques. La jurisprudence attribue bien souvent un **caractère substantiel** à ces différentes **garanties**. Dernier exemple en date avec l'**intervenant en prévention des risques professionnels** (IPRP), employé par un service de santé au travail interentreprises (SSTI), pour lequel le **Code du travail** prévoit la **consultation** des **instances de surveillance** (commission de contrôle ou comité interentreprises) **avant** tout **licenciement**. Pour la Cour de cassation, l'inobservation de cette formalité par l'employeur rend automatiquement le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

### INTERVENANT EMPLOYÉ PAR UN SERVICE DE SANTÉ INTERENTREPRISES

Membre à part entière de l'équipe pluridisciplinaire des SSTI (*C. trav., art. L. 4622-8*), l'intervenancier en prévention des risques professionnels participe à la préservation de la santé et de la sécurité des salariés, dans un objectif exclusif de prévention, en mettant à disposition ses compétences techniques et organisationnelles : ergonomie, toxicologie, hygiène industrielle, organisation du travail, etc. (*Circ. DGT n° 13, 9 novembre 2012, II.2.3*). Généralement employé par le SSTI (l'intervenancier peut également être externe), il ne dispose d'**aucun statut protecteur**, contrairement au médecin du travail. **Cependant**, il bénéficie de **garanties statutaires renforcées** : il ne peut subir aucune discrimination en raison de ses activités de prévention et assure ses missions dans des conditions garantissant son indépendance (*C. trav., art. R. 4623-37*).

Les dispositions réglementaires du Code du travail prévoient également que l'**instance** chargée de la **surveillance** du SSTI – selon le cas, la commission de contrôle ou le comité interentreprises – est **consultée** « notamment sur le **licenciement** d'un intervenancier en prévention des risques professionnels » (*C. trav., art. D. 4622-31*). Le **litige** soumis à la Cour de cassation interrogeait précisément sur la **portée** de cette **obligation** de consultation. En l'espèce, un intervenancier licencié en 2014 par le SSTI qui l'employait estimait que l'inobservation de cette obligation rendait son licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

### GARANTIE DE FOND

Pour la chambre sociale, l'alternative était donc la suivante : soit l'obligation de consultation a pour seule finalité de faciliter le fonctionnement du service de santé au travail, de sorte que son inobservation ne pourrait rejaillir sur la validité du licenciement ; soit elle a pour finalité d'assurer une certaine protection de l'intervenancier en cas de rupture de son contrat, auquel cas elle serait une condition substantielle du licenciement. Dans son arrêt du 14 novembre 2019, la **Haute juridiction** opte pour la seconde interprétation : « la **consultation** du comité interentreprises ou de la commission de contrôle, préalablement au licenciement d'un intervenancier en prévention des risques professionnels, constitue pour le salarié une **garantie de fond** dont la **violation prive le licenciement de cause réelle et sérieuse** ». Cette formalité est, aux yeux des Hauts magistrats, une garantie de l'indépendance de l'intervenancier dans l'exercice de sa mission, autrement dit, une façon de s'assurer que le licenciement n'est pas lié aux actions développées dans le cadre de son activité.

Le salarié, dont le licenciement avait été prononcé en 2014, avait donc droit à l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

### PORTÉE DE LA SOLUTION DANS LE CONTEXTE JURIDIQUE ACTUEL

Cette solution a-t-elle vocation à perdurer s'agissant des licenciements prononcés depuis l'entrée en vigueur de l'**ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017** relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail ? L'**article L. 1235-2** du Code du travail sanctionne désormais comme une **simple irrégularité de procédure** (indemnité maximale d'un mois de salaire), le **non-respect** de « la **procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement** » (*C. trav., art. L. 1235-2, dern. al. ; v. le dossier juridique -Rupture- n° 75/2019 du 19 avril 2019*). Dans le cas de l'intervenancier en prévention des risques professionnels, la procédure de consultation ayant une source réglementaire (et non pas conventionnelle ou statutaire), on peut supposer que l'ordonnance ne régit pas ce cas de figure. Reste à voir si la Cour de cassation optera ou non à l'avenir pour une lecture extensive de l'article L. 1235-2.



CONSULTER LE DOCUMENT SUR :  
[www.liaisons-sociales.fr](http://www.liaisons-sociales.fr)

## // Décryptage des mentions des arrêts de la Cour de cassation

- **F** Formation à trois, dite **formation restreinte**
- **FS** Formation de **section** composée d'au moins cinq conseillers
- **FP** Formation **plénière** de chambre
- **D** Arrêt **diffusé** aux abonnés, banques de données juridiques, revues
- **P** Arrêt **publié** au bulletin mensuel de la Cour de cassation
- **B** Arrêt **publié** au bulletin d'information **bimensuel** de la Cour de cassation
- **R** Arrêt commenté au **rapport annuel** de la Cour de cassation
- **I** Arrêt mis en ligne sur le site **internet** de la Cour de cassation

# Congé parental à temps partiel : l'indemnité de licenciement se calcule sur la base d'un temps plein

## La solution

Les articles L. 3123-13 et R. 1233-32 du Code du travail prévoient une indemnité de licenciement et une allocation de congé de reclassement déterminées au moins en partie sur la base de la rémunération réduite perçue par le salarié, qui engagé par un contrat à durée indéterminée à temps complet, bénéficie d'un congé parental à temps partiel lorsque le licenciement intervient. Ces dispositions établissent une différence de traitement avec les salariés se trouvant en activité à temps complet au moment où ils sont licenciés. Dans la mesure où un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes choisissent de bénéficier d'un congé parental à temps partiel, ces articles instaurent indirectement une différence de traitement entre les salariés féminins et masculins pour le calcul de ces droits à prestation résultant du licenciement qui n'est pas justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

Il en résulte que l'application de ces articles, contrairement à l'article 157 du TFUE en ce qu'ils instaurent une discrimination indirecte fondée sur le sexe, doit être dans cette mesure écartée.

Cass. soc., 18 mars 2020, n° 16-27.825 F-PB

## Le commentaire

Faute de disposition spécifique dans le Code du travail sur les **modalités de calcul** de l'**indemnité de licenciement** du salarié qui, embauché à temps plein, est licencié au cours d'un **congé parental à temps partiel**, le droit commun avait logiquement vocation à s'appliquer. Le calcul devait prendre en compte, au moins en partie, les périodes accomplies en temps partiel, ce qui venait réduire l'indemnité que le salarié aurait perçue s'il avait poursuivi son activité à temps plein (*C. trav., art. L. 3123-5 et R. 1233-32*).

Ce type de congé étant majoritairement demandé par des femmes, la **Cour de cassation** a toutefois émis de sérieux **doutes** quant à la **compatibilité** de ce mode légal de calcul avec le **droit communautaire**. Elle a donc saisi la **CJUE** d'une série de questions préjudicielles en 2018. Et c'est sans surprise que la Cour du Luxembourg a confirmé ses craintes, le **8 mai 2019**, en jugeant que la perception d'une **indemnité minorée** constitue une **discrimination indirecte** fondée sur le sexe, prohibée par l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'UE.

Le **18 mars 2020**, la **chambre sociale** a tiré les **conséquences** de cette décision en écartant l'application des dispositions de droit commun dans cette hypothèse. Il en résulte qu'en cas de passage à temps partiel à l'occasion d'un congé parental, le montant de l'indemnité de licenciement doit être entièrement calculé sur la base de la rémunération à temps complet. Rendu à l'égard d'un licenciement économique, la solution est transposable à toutes les hypothèses de licenciement quel qu'en soit le motif.

## PRORATISATION DES INDEMNITÉS PERMISE PAR LE CODE DU TRAVAIL

Tout salarié ayant un enfant de moins de trois ans ou ayant adopté un enfant de moins de 16 ans peut bénéficier d'un congé parental d'éducation à temps partiel

s'il justifie d'une ancienneté minimale d'un an à la date de naissance ou d'adoption de l'enfant. Pendant ce congé, il peut soit interrompre totalement son activité professionnelle, soit réduire sa durée de travail (*C. trav., art. L. 1225-47 et s.*). Dans cette affaire, une **salariée**, assistante commerciale **embauchée à temps complet**, avait ainsi opté pour cette seconde possibilité dans le cadre d'un **congé parental d'éducation**. **Licenciée** pour motif **économique** pendant ce congé, elle avait accepté un congé de reclassement de neuf mois.

Pour le **calcul** des **indemnités** correspondantes, l'employeur avait **tenu compte** de la **rémunération** perçue au titre du **temps partiel**. En effet, selon le droit commun, les indemnités de licenciement et de départ à la retraite du salarié ayant été occupé à temps complet et à temps partiel dans la même entreprise sont calculées « **proportionnellement** aux périodes d'emploi accomplies selon l'une ou l'autre de ces deux modalités depuis son entrée dans l'entreprise » (*C. trav., art. L. 3123-5, al. 5; L. 3123-13 anc.*). **De même**, pendant la période du **congé de reclassement excédant** la durée du **préavis**, le salarié bénéficie d'une **rémunération** mensuelle à la charge de l'employeur, dont le montant est au moins égal à 65 % de sa rémunération brute **moyenne** soumise à cotisations « au titre des **12 derniers mois** précédant la notification du licenciement » (*C. trav., art. R. 1233-32*).

La salariée a contesté ces modalités de calcul qu'elle estimait discriminatoires. Lors d'un premier passage de l'affaire devant la **Cour de cassation**, cette dernière a **interrogé** la **CJUE** par le biais du mécanisme de la question préjudicielle (*v. Cass. soc., 11 juillet 2018, n° 16-27.825 PB*). La **Cour de Luxembourg** ayant effectivement conclu à l'existence d'une **discrimination indirecte** (*CJUE, 8 mai 2019, aff. C-486/18, Praxair MRC; v. le dossier jurisprudence thème -Lic. perso.- n° 129/2019 du 16 juillet 2019*), la Cour de cassation en tire aujourd'hui toutes les conséquences.

## UNE DISCRIMINATION INDIRECTE FONDÉE SUR LE SEXE

La Cour de cassation commence par rappeler sans détours qu'il résulte de l'article 157 du TFUE « un principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins et la prohibition des discriminations directes ou indirectes fondées sur le sexe ». Selon la Cour de justice de l'Union européenne, poursuit la Haute juridiction, cet article s'oppose à une réglementation nationale qui prévoit que « lorsqu'un travailleur engagé à durée indéterminée et à temps plein est licencié au moment où il bénéficie d'un congé parental à temps partiel, ce travailleur reçoit une indemnité de licenciement et une allocation de congé de reclassement déterminées au moins en partie sur la base de la rémunération réduite qu'il perçoit au moment où le licenciement intervient ».

Constatant que les articles L. 3123-13 (L. 3123-5 al. 5 depuis la loi du 8 août 2016) et R. 1233-32 du Code du travail « établissent une différence de traitement avec les salariés se trouvant en activité à temps complet au moment où ils sont licenciés », la chambre sociale reprend donc l'argumentation de la Cour de justice. Elle estime que, « dans la mesure où un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes choisissent de bénéficier d'un congé parental à temps partiel, ces articles instaurent indirectement une différence de traitement entre les salariés féminins et masculins pour le calcul de ces droits à prestation résultant du licenciement qui n'est pas justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ». En effet, en France selon des statistiques nationales de mars 2016, 96 % des travailleurs prenant un congé parental sont des femmes. La Cour de cassation en déduit que « l'application de ces articles, contrairement

à l'article 157 du traité précité en ce qu'ils instaurent une discrimination indirecte fondée sur le sexe, doit être dans cette mesure écartée ».

## LES INDEMNITÉS DOIVENT ÊTRE CALCULÉES SUR LA BASE D'UN TEMPS PLEIN

Pour écarter l'application des dispositions litigieuses, la chambre sociale s'appuie sur l'effet direct reconnu à l'article 157 du TFUE (CJCE, 8 avril 1976, aff. C-43/75, Defrenne II; CJCE, 28 septembre 1994, aff. C-408/92, Avdel Système; CJUE, 7 octobre 2019, aff. C-171/18, Safeway). En application d'une jurisprudence constante de la Cour de justice, explicite la Haute juridiction, « dès lors qu'une norme interne refusant l'octroi d'une prestation ou d'un avantage à un groupe de personnes est contraire au principe de l'égalité de traitement, le juge national doit immédiatement, de sa propre autorité, accorder cette prestation ou cet avantage au groupe ainsi défavorisé, sans attendre l'élimination de la contrariété par la voie législative ».

Conséquence: il y avait lieu de « calculer le montant de l'indemnité de licenciement et de l'allocation de congé de reclassement de la salariée entièrement sur la base de sa rémunération à temps complet », conclut la Cour de cassation.

Que les employeurs ne s'y trompent pas. Ce n'est pas un cas d'espèce. La solution a vocation à s'appliquer à tous les salariés embauchés à temps plein et licenciés au cours d'un congé parental à temps partiel. Il n'y a pas lieu d'attendre une quelconque modification des textes sur ce point, par le législateur.

 CONSULTER LE DOCUMENT SUR:  
[www.liaisons-sociales.fr](http://www.liaisons-sociales.fr)

# Nullité du licenciement lié à la grossesse : en cas de réintégration, la réparation est forfaitaire

### La solution

Tout licenciement prononcé à l'égard d'une salariée en raison de son état de grossesse est nul. Dès lors qu'un tel licenciement caractérise une atteinte au principe d'égalité de droits entre l'homme et la femme, garanti par l'alinéa 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la salariée qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'elle aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, sans déduction des éventuels revenus de remplacement dont elle a pu bénéficier pendant cette période.

Cass. soc., 29 janvier 2020, n° 18-21.862 FS-PB

### Le commentaire

Lorsqu'un salarié dont le licenciement a été jugé nul demande sa réintégration, il peut prétendre au paiement d'une indemnité égale aux salaires perdus entre la date de son éviction et celle de son retour dans l'entreprise. Cette indemnisation doit en principe être amputée des rémunérations et revenus de remplacement perçus dans

l'intervalle, notamment les allocations chômage et revenus tirés d'une autre activité professionnelle (Cass. soc., 3 juillet 2003, n° 01-44.717). La jurisprudence a cependant admis une exception à ce principe de déduction des rémunérations et revenus de substitution, dans le cas où la nullité du licenciement a pour origine la violation

d'une **liberté fondamentale** garantie par la Constitution. Les hypothèses concernées sont dégagées au fil des arrêts. Cette décision du 29 janvier en fournit un nouvel exemple s'agissant de la nullité du licenciement lié à la grossesse, qui caractérise une atteinte au principe d'égalité de droits entre l'homme et la femme.

## LITIGE SUR LE MONTANT DE L'INDEMNITÉ D'ÉVICTION

Une salariée licenciée le 26 novembre 2012 pour insuffisance professionnelle et manquement à ses obligations contractuelles a obtenu, par jugement du 18 septembre 2015, l'annulation de son licenciement au motif que celui-ci était lié à son état de grossesse. Il s'agit en effet d'un motif discriminatoire (*C. trav., art. L. 1132-1*), pour lequel s'applique la sanction habituelle de la nullité (*C. trav., art. L. 1132-4*).

La salariée a demandé sa réintégration, effective au 31 décembre 2015. Au titre de l'indemnité d'éviction, elle s'est vu attribuer une somme de 77 098 € nets correspondant aux salaires perdus entre le 27 février 2013 (fin de son préavis) et le 31 décembre 2015 (date de sa réintégration). Sur recours de l'employeur, la **Cour d'appel** de Paris a cependant estimé qu'il y avait lieu d'en **déduire les allocations chômage et les indemnités journalières de la sécurité sociale** perçues dans l'intervalle, soit une somme d'environ 36 000 €. La **salariée a contesté** le principe de cette **déduction** devant la Cour de cassation.

## RECHERCHE D'UNE ATTEINTE À UN DROIT OU UNE LIBERTÉ FONDAMENTALE

Par exception à la jurisprudence précitée de 2003, la **Cour de cassation** a précédemment posé pour principe que l'**indemnité d'éviction est forfaitaire** et ne supporte donc **aucune déduction, lorsque la nullité** du licenciement a pour origine la **violation** d'une liberté ou d'un droit fondamental constitutionnellement garanti. Il en va ainsi en cas de :

– nullité du licenciement fondé sur l'exercice du **droit de grève** constitutionnellement garanti (*Cass. soc., 2 février 2006, n° 03-47.481; Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-20.527*);

– nullité du licenciement discriminatoire fondé sur l'exercice d'une **activité syndicale**, « en ce qu'il caractérise une atteinte à la liberté, garantie par la Constitution, qu'a tout homme de pouvoir défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale » (*Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-16.434; Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-43.277*);

– nullité du licenciement discriminatoire fondé sur l'**état de santé**, en ce qu'il caractérise « une atteinte au droit à la protection de la santé, garanti par l'article 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946,

confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 » (*Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 10-15.905*);

– nullité du licenciement prononcé en raison d'une **action en justice** introduite ou susceptible d'être introduite par le salarié à l'encontre de son employeur, en ce qu'il caractérise une violation du droit d'agir en justice au sens du premier alinéa du préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 16 de la DDHC (*Cass. soc., 21 novembre 2018, n° 17-11.122*).

Pour définir la notion de liberté ou droit fondamental, la **Haute juridiction se réfère exclusivement aux textes constitutionnels**. Raison pour laquelle en cas de licenciement discriminatoire fondé sur l'âge, l'indemnité d'éviction n'a pas un caractère forfaitaire et se limite à la rémunération dont le salarié a été privé, déduction faite des revenus de remplacement perçus. En effet, bien qu'elle constitue un principe général du droit de l'Union, l'interdiction des discriminations en raison de l'âge n'est pas un principe constitutionnel consacré par le préambule de la Constitution de 1946 ni par la Constitution de 1958 (*Cass. soc., 15 novembre 2017, n° 16-14.281*). Il en va de même dans le cas du licenciement frappé de nullité pour avoir été prononcé en raison de la dénonciation d'un harcèlement moral, la jurisprudence ayant réfuté l'argument selon lequel ce licenciement caractériserait une violation de la liberté d'expression garantie par l'article 11 de la DDHC (*v. Cass. soc., 14 décembre 2016, n° 14-21.325*).

Ce nouveau pourvoi posait pour la première fois la question du rattachement de l'interdiction des discriminations fondées sur l'état de grossesse à une liberté ou un droit fondamental constitutionnellement garanti.

## ATTEINTE AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DE DROITS ENTRE L'HOMME ET LA FEMME

Par le présent arrêt, la Cour de cassation décide qu'une discrimination fondée sur l'**état de grossesse** caractérise bien la violation d'une **liberté ou d'un droit fondamental**. Plus précisément, « un tel licenciement caractérise une atteinte au principe d'égalité de droits entre l'homme et la femme, garanti par l'alinéa 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ». Alinéa 3 qui prévoit en effet que « la Loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

En conséquence, conclut l'arrêt, « la salariée qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'elle aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, sans déduction des éventuels revenus de remplacement dont elle a pu bénéficier pendant cette période ».



CONSULTER LE DOCUMENT SUR :  
[www.liaisons-sociales.fr](http://www.liaisons-sociales.fr)

## Surveillance des salariés

### Une vidéosurveillance dont les salariés n'ont pas été avertis mais qui n'est pas utilisée pour contrôler leur activité peut servir de preuve à l'appui d'une sanction

En retenant que le moyen de preuve n'était pas opposable au salarié faute d'information préalable, sans constater que le système de vidéosurveillance avait été utilisé pour contrôler le salarié dans l'exercice de ses fonctions, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

Cass. soc., 11 décembre 2019, n° 17-24.179 FS-D

Dès lors que des enregistrements de **vidéosurveillance** révèlent une **faute** du salarié, l'employeur ne peut les utiliser à l'appui d'une sanction qu'à la condition que cette **preuve** ait été obtenue de manière **licite**. Il faut pour cela distinguer selon que le **système** est **utilisé** pour contrôler l'activité des salariés dans l'exercice de leurs fonctions ou simplement pour **assurer** la **sécurité** de **locaux** dans lesquels ils n'ont **pas** vocation à exercer leur **activité** professionnelle (tel un entrepôt). Dans le premier cas, les enregistrements ne sont opposables au salarié que s'il a été préalablement averti de l'existence du système (*C. trav., art. L. 1222-4; Cass. soc., 10 janvier 2012, n° 10-23.482*), tandis que, dans le second, cette **information** n'est **pas requise** (*Cass. soc., 19 avril 2005, n° 02-46.295*). C'est ce que rappelle ce nouvel arrêt, à propos de caméras installées dans un sous-sol réservé au stationnement des deux-roues, lesquelles avaient filmé un salarié fracturant la porte d'un casier, ce qui avait conduit à son licenciement. Tandis que la cour d'appel avait conclu à l'absence de cause réelle et sérieuse faute d'information préalable du salarié, la Haute juridiction a cassé l'arrêt faute d'avoir constaté que le système avait été utilisé « pour contrôler le salarié dans l'exercice de ses fonctions ».

### Pour sanctionner un salarié, l'employeur ne peut s'appuyer sur un logiciel de surveillance mis en place sans consultation des IRP

Ayant constaté que l'outil de traçabilité GC45, destiné au contrôle des opérations et procédures internes, à la surveillance et la maîtrise des risques, permettait également de restituer l'ensemble des consultations effectuées par un employé et était utilisé par l'employeur afin de vérifier si le salarié procédait à des consultations autres que celles des clients de son portefeuille, la cour d'appel en a exactement déduit que l'employeur aurait dû informer et consulter le comité d'entreprise sur l'utilisation de ce dispositif à cette fin et qu'à défaut, il convenait d'écarter des débats les documents résultant de ce moyen de preuve illicite.

Cass. soc., 11 décembre 2019, n° 18-11.792 FS-PB

Un salarié employé par un établissement de crédit a été **licencié pour faute grave** pour avoir **consulté**, via le serveur informatique de l'entreprise, les **comptes** de **clients ne relevant pas** de son **portefeuille**, ce qui était contraire aux procédures internes de sécurité. L'employeur avait **découvert** les **faits** grâce à l'utilisation d'un **logiciel informatique** permettant d'assurer la **sécurité** des données bancaires, lequel contenait par ailleurs un système de **traçabilité** permettant de restituer l'ensemble des consultations effectuées par les employés.

Problème : lors de la **mise en place** du système, l'**employeur** n'avait **pas informé et consulté** les **représentants du personnel** sur la possibilité de l'utiliser comme outil de surveillance des consultations effectuées par les salariés. Or, au terme du Code du travail, le comité doit être informé et consulté « préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés » (*C. trav., art. L. 2312-37: CSE; C. trav., art. L. 2323-32: CE*). Pour la **Cour de cassation**, le **non-respect** de cette **obligation suffit à rejeter la preuve obtenue** à l'aide du dispositif de surveillance, celle-ci étant illicite. De fait, la faute du salarié n'étant pas établie par un autre moyen, le licenciement a été jugé sans cause réelle et sérieuse.

Si l'employeur a le droit de surveiller l'activité de ses salariés, il doit ainsi veiller, conformément à ce que prévoient les textes, à en informer au préalable les salariés (*C. trav., art. L. 1222-4*) et à consulter les élus du personnel (textes précités). Ceci sous peine de nullité de la sanction prononcée sur ce fondement (*Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866*). Et comme le fait apparaître cet arrêt, lors de la consultation des représentants du personnel sur l'introduction d'un nouveau logiciel ou outil numérique, l'employeur doit veiller à informer les élus sur l'ensemble des finalités du dispositif, y compris celle tenant à la surveillance de l'activité de son personnel.

Par ailleurs, le fait que l'employeur, à raison de son activité bancaire, soit tenu de se doter d'un tel outil de sécurisation de ses données, ne l'autorise pas à se soustraire à cette obligation de transparence.

### Faute grave du salarié qui installe une caméra de surveillance à l'insu de l'employeur et du personnel

La cour d'appel qui relève que le salarié avait mis en place, à l'insu de ses collègues de travail et sans autorisation, une caméra dans les locaux de l'administration pénitentiaire, a pu décider que ce fait était constitutif d'une faute grave.

Cass. soc., 5 février 2020, n° 19-10.154 F-D

L'employeur ne peut surveiller l'activité de ses salariés, à leur insu, par le biais d'un dispositif de vidéosurveillance (*C. trav., art. L. 1222-4*). Un salarié ne peut pas davantage recourir à un tel procédé, sous peine de sanction disciplinaire.

En l'espèce, un **technicien** chargé de la maintenance au sein d'une maison d'arrêt a été **licencié pour faute grave** après que plusieurs de ses collègues aient découvert une **caméra de surveillance** dans un **atelier**, dissimulée entre deux dossiers suspendus et reliée à un enregistreur numérique. Le salarié à l'origine de cette initiative ne justifiait d'**aucun motif légitime** : le fait qu'il ait dû réparer puis tester ce matériel défectueux, propriété de son employeur, n'expliquait pas sa mise en fonctionnement et sa dissimulation. Outre le fait qu'il avait ainsi outrepassé ses fonctions en ne sollicitant pas l'autorisation de l'administration pénitentiaire préalablement à l'installation du dispositif, il a porté atteinte au droit à l'image de ses collègues.

Le licenciement pour faute grave a donc été jugé **justifié**, peu important son ancienneté et l'absence d'antécédents disciplinaires.

## Messagerie instantanée installée sur l'ordinateur professionnel : les échanges échappent au pouvoir disciplinaire de l'employeur

Ayant constaté que les messages électroniques litigieux, échangés au moyen d'une messagerie instantanée, provenaient d'une boîte aux lettres électronique personnelle distincte de la messagerie professionnelle dont la salariée disposait pour les besoins de son activité, la cour d'appel en a exactement déduit qu'ils étaient couverts par le secret des correspondances.

Cass. soc., 23 octobre 2019, n° 17-28.448 F-D

Durant l'arrêt de travail pour **maladie** d'une salariée employée en tant que secrétaire, un **employeur a accédé** à l'**ordinateur professionnel** de celle-ci pour récupérer des documents de travail, grâce au mot de passe qu'elle avait accepté de lui communiquer. À cette occasion, il **découvre** qu'elle a installé la messagerie instantanée **MSN Messenger** sur son ordinateur professionnel, et qu'elle échange par ce biais de nombreux messages avec une collègue à qui elle a **transmis** des fiches de paie, reçus pour solde de tout compte et attestations Assédic d'autres salariés de l'entreprise. Des **documents** auxquels cette **collègue n'a normalement pas accès** dans le cadre de ses fonctions.

L'employeur a pris la décision de la **licencier pour faute grave**, pour vol de documents à des fins personnelles et divulgation à d'autres salariés.

Question : l'employeur était-il en droit de se prévaloir de messages adressés, certes, grâce à l'ordinateur professionnel, mais au moyen d'une messagerie personnelle installée sur celui-ci ?

La Cour d'appel de Paris, puis la Cour de cassation saisie par l'employeur, ont répondu par la négative et jugé le **licenciement sans cause réelle et sérieuse** : les **messages provenant** « d'une **boîte** à lettre électronique **personnelle** distincte de la messagerie professionnelle dont la salariée disposait pour les besoins de son activité » étaient en effet « **couverts par le secret des correspondances** », empêchant ainsi l'employeur de les consulter et de s'en prévaloir à l'appui d'un licenciement.

La solution peut paraître sévère pour l'employeur qui a tenté de protéger l'utilisation, à des fins autres que professionnelles, de renseignements personnels afférents à ses salariés, notamment leur rémunération (élément qui relève de la vie privée : *Cass. soc., 7 novembre 2018, n° 17-16.799 D ; v. le dossier jurisprudence thème - IRP- n° 29/2019 du 12 février 2019*). Néanmoins, la solution est conforme aux principes jurisprudentiels gouvernant l'accès de l'employeur aux mails privés transitant par l'ordinateur professionnel.

En effet, si, s'agissant de la messagerie professionnelle, l'employeur a libre accès à tous les courriels non identifiés par le salarié comme ayant un caractère personnel (*Cass. soc., 21 octobre 2009, n° 07-43.877 PB*), il en va différemment lorsque ces messages proviennent d'une messagerie personnelle auquel le salarié accède *via* son ordinateur professionnel. La jurisprudence ne transige pas : peu importe qu'ils soient ou non estampillés « Personnels » ou encore qu'ils aient été émis, reçus ou consultés à partir de l'ordinateur professionnel, les messages échangés *via* une messagerie personnelle sont couverts par le secret des correspondances (*Cass. soc., 26 janvier 2016, n° 14-15.360 PB*). L'employeur ne saurait donc, de sa propre initiative, les consulter puis les utiliser à l'appui d'un licenciement.

## Mise à pied conservatoire

### La procédure de licenciement doit être engagée sans délai après la notification d'une mise à pied conservatoire

Ayant constaté que l'employeur ne justifiait d'aucun motif au délai de quatre jours séparant la notification de la mise à pied de l'engagement de la procédure de licenciement, la cour d'appel a pu en déduire que la mise à pied présentait un caractère disciplinaire, nonobstant sa qualification de mise à pied conservatoire, et que l'employeur ne pouvait sanctionner une nouvelle fois le salarié pour les mêmes faits en prononçant ultérieurement son licenciement.

Cass. soc., 27 novembre 2019, n° 18-15.303 F-D

La **mise à pied conservatoire** n'est pas une sanction mais une **mesure provisoire** qui suspend l'exécution du contrat de travail dans l'attente d'une sanction (*C. trav., art. L. 1332-3*). Selon la jurisprudence, elle doit être concomitante ou suivie immédiatement de l'ouverture de la procédure disciplinaire (*Cass. soc., 19 septembre 2007, n° 06-40.155*). En cas d'**engagement tardif** de la **procédure de licenciement**, la mise à pied conservatoire est **requalifiée en mise à pied disciplinaire**, ce qui interdit de prononcer ensuite un licenciement pour les mêmes faits. Comme le fait apparaître cet arrêt, un délai de **quatre jours** entre la notification de la mise à pied conservatoire et l'engagement de la procédure de licenciement est **excessif**. Une tolérance peut être admise lorsqu'il est nécessaire pour l'employeur de mener des investigations complémentaires sur les faits reprochés (*Cass. soc., 13 septembre 2012, n° 11-16.434*) ou si ces faits ont donné lieu à l'exercice de poursuites pénales (*Cass. soc., 4 décembre 2012, n° 11-27.508*), mais tel n'était pas le cas en l'espèce. La mise à pied conservatoire a donc été requalifiée en mise à pied disciplinaire et le **licenciement** jugé **sans cause réelle et sérieuse**.

## Protection maternité

### Rassembler des attestations contre une salariée en congé de maternité n'est pas nécessairement une mesure préparatoire au licenciement

Appréciant souverainement la portée des éléments de fait et de preuve, la cour d'appel a relevé que la simple réunion par l'employeur, au fur et à mesure de leur signalement, d'éléments relatifs aux dysfonctionnements qui étaient portés à sa connaissance ne pouvait pas être considérée comme une mesure préparatoire à un licenciement. Le moyen tiré de la nullité du licenciement doit donc être rejeté.

Cass. soc., 6 novembre 2019, n° 18-20.909 F-D

La législation protectrice interdit, à peine de nullité, de notifier un licenciement durant un congé de maternité (*C. trav., art. L. 1225-4 ; v. le dossier pratique - Rupture- n° 204/2019 du 8 novembre 2019*). En 2010, sous l'impulsion du droit européen, la Cour de cassation a étendu l'**interdiction** à la prise de **simples « mesures préparatoires » au licenciement**. Tel est par exemple le cas d'un recrutement intervenu durant le congé et ayant pour objet de remplacer définitivement la salariée. Cette

mesure préparatoire rend nul le licenciement ultérieur car elle fait apparaître que la décision de licencier a en réalité été prise avant la fin de la période protégée au titre du congé (Cass. soc., 15 septembre 2010, n° 08-43.299 PBR). Cette **notion** de mesure préparatoire, habituellement laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (v. Cass. soc., 14 septembre 2016, n° 15-15.943 PB), reste cependant **difficile à cerner**.

Ainsi, ce nouvel arrêt rendu le 6 novembre 2019 concernait une salariée licenciée pour insuffisance professionnelle deux mois et demi après la fin de son congé de maternité (en dehors de toute période de protection légale). Elle entendait obtenir l'annulation de son licenciement en faisant valoir que des mesures préparatoires avaient été prises par l'employeur pendant le congé. **Durant son remplacement**, la reprise de la gestion de ses dossiers avait en effet **mis au jour de multiples erreurs** et **l'employeur** avait **demandé** aux personnes concernées par ces manquements de rédiger des **attestations** à l'encontre de la salariée. Pour cette dernière, le fait, durant le congé, de rassembler des éléments de preuve et de collecter des attestations en vue d'étayer un licenciement ultérieur, constituait une mesure préparatoire. Ce n'est pas l'avis des juges du fond : la **simple réunion** par l'employeur, au fur et à mesure de leur signalement, d'**éléments** relatifs à des **dysfonctionnements** portés à sa connaissance **ne pouvait être considérée** comme une **mesure préparatoire**, dès lors que rien ne permettait d'affirmer que le licenciement avait déjà été décidé dès ce moment. S'en remettant à l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation a approuvé le verdict.

## Préavis de licenciement

### Le salarié qui refuse la mise en œuvre de sa clause de mobilité est nécessairement responsable de l'inexécution du préavis

Le refus d'un salarié de poursuivre l'exécution de son contrat de travail en raison d'un simple changement des conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction, rend ce salarié responsable de l'inexécution du préavis qu'il refuse d'exécuter aux nouvelles conditions et le prive des indemnités compensatrices de préavis et de congés payés afférents. Par conséquent, en ne se présentant pas sur son nouveau lieu d'affectation, la salariée qui n'avait pas respecté la clause de mobilité stipulée à l'avenant de son contrat de travail, ne pouvait prétendre à une indemnité compensatrice de préavis.

Cass. soc., 4 mars 2020, n° 18-10.636 FS-PB

Une salariée avait été **licenciée pour faute grave** pour ne **pas s'être rendue** sur son **nouveau lieu de travail**, alors que ce changement d'affectation avait été décidé par l'employeur en application d'une **clause de mobilité** figurant dans son contrat de travail. Le juge prud'homal a estimé que le licenciement reposait bel et bien sur une cause réelle et sérieuse, dans la mesure où le changement d'affectation entrant dans le champ d'application d'une clause de mobilité s'impose par principe au salarié. Le juge a néanmoins écarté la qualification de faute grave compte tenu de l'ancienneté de la salariée et de l'absence d'antécédents disciplinaires.

Se posait dès lors la question du paiement de l'indemnité compensatrice de préavis. La salariée estimait que

l'inexécution du préavis était imputable à l'employeur qui avait invoqué à tort une faute grave, de sorte que devaient lui être versés l'indemnité correspondante ainsi que les congés payés afférents (v. en ce sens : Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 11-11.915 D). La cour d'appel puis la Cour de cassation, dans son arrêt du 4 mars 2020, n'ont toutefois pas retenu cette solution et ont au contraire considéré que l'**inexécution du préavis** était **imputable** à la **salariée**. Il résulte en effet d'une jurisprudence rappelée en 2016 que « le **refus** d'un salarié de **poursuivre l'exécution** de son **contrat** de travail en raison d'un **simple changement des conditions de travail** décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction rend ce salarié responsable de l'inexécution du préavis qu'il refuse d'exécuter aux nouvelles conditions et le **prive des indemnités compensatrices** de préavis et de congés payés afférents » (Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-19.711 PB).

En refusant sa nouvelle affectation en application d'une clause de mobilité, c'est-à-dire un simple changement des conditions de travail, la salariée est donc automatiquement responsable de l'inexécution du préavis puisque celui-ci doit s'effectuer, par définition, aux nouvelles conditions. De fait, **peu importe** que l'**employeur** ait **invoqué à tort** une **faute grave**, la cause première de l'inexécution du préavis étant le refus fautif du salarié. Aucune indemnité ne lui était donc due à ce titre.

## Indemnité conventionnelle de licenciement

### Si la CCN est trop ancienne, l'indemnité conventionnelle prévue en cas de motif disciplinaire peut trouver à s'appliquer en cas d'insuffisance professionnelle

La CCN du 25 juin 1968 des agents de direction et des agents comptables des organismes de sécurité sociale et d'allocations familiales n'envisageait en 1968 que le licenciement en matière disciplinaire et celui prononcé en cas de suppression d'emploi suivie du refus par l'agent de direction d'un reclassement dans un poste de son grade. Eu égard d'abord aux dispositions de l'article 2 de l'ordonnance n° 67-581 du 13 juillet 1967 relatives à certaines mesures applicables en cas de licenciement prévoyant que tout travailleur salarié, lié par un contrat à durée indéterminée et qui est licencié alors qu'il compte deux ans d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur avait droit, sauf faute grave, à une indemnité de licenciement et ensuite à la jurisprudence de la Cour de cassation qui, lors de la signature de la convention collective, n'avait pas encore reconnu l'insuffisance professionnelle comme une catégorie autonome de licenciement, l'article 28 de la convention collective doit être interprété comme n'excluant pas le salarié licencié pour insuffisance professionnelle du bénéfice de l'indemnité conventionnelle de licenciement qu'il prévoit.

Cass. soc., 25 mars 2020, n° 18-12.467 FS-PB

Le **licenciement pour insuffisance professionnelle** ne relève **pas du disciplinaire**. Il s'agit d'une catégorie autonome de licenciement pour motif personnel. En effet, pour la jurisprudence sociale, l'insuffisance professionnelle, sauf mauvaise volonté délibérée du salarié, « ne constitue pas une faute » (Cass. soc., 17 février 2004, n° 01-44.543).

Dans la présente affaire, la **convention collective** applicable à la relation de travail prévoyait le versement d'une **indemnité de licenciement** plus favorable que le montant légal, mais **n'envisageait que** le cas du **licenciement disciplinaire** ou du licenciement prononcé à la suite d'une **suppression d'emploi**. De fait, une cour d'appel en avait conclu que l'indemnité conventionnelle n'était pas due à un salarié licencié pour insuffisance professionnelle. Interprétant les dispositions conventionnelles en question, la **Cour de cassation a décidé de dépasser la lettre du texte**. En effet, explique l'arrêt, lorsque la convention collective litigieuse a été conclue, en 1968, « la jurisprudence de la Cour de cassation [...] n'avait pas encore reconnu l'insuffisance professionnelle comme une catégorie autonome de licenciement ». En conséquence, ses **dispositions** pouvaient être interprétées comme **n'excluant pas** le salarié licencié pour **insuffisance professionnelle** du bénéfice de l'indemnité conventionnelle de licenciement.

## Clause de garantie d'emploi

### Garantie contractuelle d'emploi : l'indemnité prévue peut être réduite par le juge

La cour d'appel, procédant à l'interprétation, que son ambiguïté rendait nécessaire, de la clause du contrat prévoyant le versement d'une indemnité forfaitaire de trois années de salaire annuel net en cas de départ de la salariée à l'initiative de l'employeur, a retenu que cette clause avait pour objet de conférer à la salariée une **garantie de sécurité dans son emploi et de sanctionner l'employeur en cas de rupture du contrat, et pu décider qu'elle constituait une clause pénale**. C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation qu'elle a estimé son montant manifestement excessif au regard du préjudice subi et en a réduit le montant.

**Cass. soc., 4 mars 2020, n° 18-20.531 F-D**

Une clause du contrat de travail peut interdire à l'employeur de licencier le salarié pendant une certaine période, sauf à lui verser des dommages et intérêts. De jurisprudence constante, **lorsque la clause de garantie d'emploi précise le montant de l'indemnité** à verser en cas de manquement, il s'agit d'une **clause pénale** que le **juge peut réduire** s'il considère qu'il est manifestement excessif (*Cass. soc., 14 juin 2006, n° 05-43.670*). Tel était le cas dans cette affaire qui concernait un contrat de travail prévoyant que « quel que soit le motif de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, sauf démission non équivoque de la salariée, la société s'engage à verser à la fin du contrat de travail, une indemnité forfaitisée à trois années de salaire annuel net moyen ». Considérant qu'une telle clause avait pour objet de conférer au salarié « une garantie de sécurité dans son emploi et de sanctionner l'employeur en cas de rupture du contrat », les **juges du fond** ont considéré que le **montant** de l'indemnité forfaitaire était toutefois **excessif** eu égard au montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement déjà versée (209 000 €). Le montant de l'indemnité a en conséquence été réduit à 1 000 €, alors que la salariée, licenciée pour inaptitude, réclamait l'équivalent de 981 100 €.

La **Cour de cassation a approuvé la décision des juges du fond**, précisant que l'appréciation du caractère excessif de la clause pénale relève **du pouvoir souverain d'appréciation** de ces derniers.

## Transaction

### La transaction est nulle si le licenciement n'a pas été préalablement notifié par lettre recommandée avec accusé de réception

La transaction ayant pour objet de prévenir ou terminer une contestation ne peut être valablement conclue par le salarié licencié que lorsqu'il a eu connaissance effective des motifs du licenciement par la réception de la lettre de licenciement prévue à l'article L. 1232-6 du Code du travail.

**Cass. soc., 12 février 2020, n° 18-19.149 F-D**

Tout licenciement doit être notifié au salarié par « **lettre recommandée avec avis de réception** » (*C. trav., art. L. 1232-6*). Si la jurisprudence admet que cette notification puisse également intervenir par lettre remise en mains propres contre décharge, reste que l'employeur doit **nécessairement se plier** au formalisme précité s'il souhaite recourir à une **transaction** pour régler les conséquences de la rupture. En effet, la notification préalable du licenciement en recommandé avec AR est une **condition de validité** de la transaction, à défaut de laquelle l'accord négocié par les parties est nul (*Cass. soc., 10 octobre 2018, n° 17-10.066 PB*). La Cour de cassation le rappelle dans ce nouvel arrêt. En l'espèce, la lettre de licenciement avait été remise en mains propres contre décharge le 30 avril 2014, et la transaction signée le 14 mai. Pour la cour d'appel, la transaction avait bien été conclue après la notification à la salariée de son licenciement, de sorte qu'elle avait connaissance des faits qui lui étaient reprochés. Mais la Haute juridiction a sanctionné cette analyse. Maintenant son attachement au formalisme légal, elle a considéré que « la transaction avait été conclue en l'absence de notification préalable du licenciement par lettre recommandée avec AR, ce dont il résultait qu'elle était nulle ».

## Contentieux prud'homal

### Recevabilité d'une attestation émanant d'un salarié ayant représenté l'employeur lors de la procédure de licenciement litigieuse

En matière prud'homale, la preuve est libre. Rien ne s'oppose à ce que le juge prud'homal examine une attestation établie par un **salarié ayant représenté l'employeur lors de la procédure de licenciement**. Il appartient seulement à ce juge d'en apprécier souverainement la valeur et la portée.

**Cass. soc., 13 novembre 2019, n° 18-13.785 F-D**

Dans un litige portant sur la cause réelle et sérieuse d'un licenciement disciplinaire, un employeur avait produit, pour prouver la faute du salarié, une attestation d'un autre salarié témoin des agissements reprochés (des insultes). Ce dernier était également celui qui avait représenté l'employeur lors de la procédure de licenciement et signé la lettre de rupture. L'**employeur** pouvait-il se prévaloir d'une **attestation** rédigée par **un de ses représentants**? La Cour de cassation répond par l'affirmative et conclut à la **recevabilité** de l'attestation, sur le fondement du principe de liberté de la preuve en matière prud'homale (*v. déjà Cass. soc., 23 octobre 2013, n° 12-22.342*: recevabilité de l'attestation de la RRH ayant conduit l'entretien préalable).