



SELARL Sidonie LEBLANC

Société d'Avocat

Barreau de GRENOBLE

*Résidence les Portes du Vercors
2 bis rue Adrien Ricard
38000
GRENOBLE*

*Tel : 04-76-29-42-67
Fax : 04-76-49-90-25*

sidonieleblancavocat@yahoo.fr

BAREMES MACRON ET PREJUDICES

Décisions récentes écartant le barème

DECISIONS CPH

- Le Conseil des prud'hommes de Créteil du 01/02/2022 RG 20/00141
- Le Conseil des prud'hommes de Paris du 7/02/2022 RG 21/04674
- Le Conseil des prud'hommes de Nantes du 25/02/2022 RG 20/00674
- Le Conseil des prud'hommes de Marseille du 20/04/2022 RG 19/01747

DECISIONS CA

- CA GRENOBLE 4/11/2021 RG 19/02836

“L'article L 1235-3 du code du travail dans ses versions postérieures au 24 septembre 2017 instaure un barème d'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse en fonction de l'ancienneté du salarié et de son salaire brut.

Ce barème énonce en principe une indemnité minimale de sorte qu'il se déduit de ce texte que la perte injustifiée de l'emploi crée nécessairement un préjudice au salarié.

Il prévoit pour autant également un plafond maximal en fonction de l'ancienneté du salaire.

Toutefois, en application de l'article 10 de la convention OIT 158 et de l'article 24 de la charte sociale européenne, il appartient toujours au juge d'apprécier souverainement l'étendue dudit préjudice et, le cas échéant, de laisser inappliqué le barème s'il considère, au vu des éléments fournis par le salarié, que celui-ci n'est pas de nature à assurer la réparation appropriée de la perte injustifiée de l'emploi.

Au cas d'espèce, au jour de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, Madame COMBARMOND avait 6 ans d'ancienneté, était âgée de 59 ans et percevait un salaire de 2150,34 euros bruts.

Elle justifie de son inscription à PÔLE EMPLOI à compter du 23 février 2018, de la perception de l'ARE puis de l'ASS à compter du 31 mars 2021.

Eu égard à son ancienneté, il est prévu par l'article L 1235-3 du code du travail des dommages et intérêts pour son licenciement sans cause réelle et sérieuse variant entre 3 et 7 mois de salaire.

L'indemnité maximale ne permet pas d'indemniser de manière adéquate le préjudice démontré de Madame COMBARMOND à raison de la perte injustifiée de son emploi, compte tenu de la difficulté avérée dans laquelle elle s'est trouvée depuis lors pour retrouver un emploi.

Les dispositions de l'article L 1235-3 du code du travail ne peuvent dès lors recevoir application au cas d'espèce.

Il lui est, dès lors, alloué la somme de 20 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. »

- CA GRENOBLE 6/01/2022 RG 19/04372

L'article L. 1235-3 du code du travail dispose que si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ; et, si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux que cet article prévoit.

Or, Mme Desmoulins disposait d'une ancienneté au service du même employeur de un an et neuf mois et peut prétendre, par application des dispositions précitées, à une indemnisation du préjudice né de la perte injustifiée de son emploi comprise entre un et deux mois de salaire.

L'article 10 de la convention de l'organisation internationale du travail n° 158 et l'article 24 de la Charte européenne ratifiée par la France le 7 mai 1999, qui s'imposent aux juridictions françaises, prévoient, en cas de cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, que le salarié doit se voir allouer une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée.

Mme Desmoulins, pour établir la matérialité et l'étendue de son préjudice découlant de la perte injustifiée de son emploi, verse aux débats un grand nombre de candidatures faites alors qu'elle était demandeur d'emploi après le terme de son dernier contrat de travail conclu avec le Lycée général technologique du Grésivaudan, ainsi qu'un courrier daté du 10 juillet 2019 de l'assurance retraite Rhône-Alpes aux termes desquels celle-ci a évalué le montant brut mensuel de sa pension de retraite à la somme de 670,09 euros, la salariée indiquant dans ses conclusions qu'elle a fait valoir ses droits à la retraite à compter du 1^{er} janvier 2020.

Aussi l'intéressée apparaît-elle valablement fondée à soutenir, au regard de son ancienneté au service du même employeur, de la rémunération qu'elle percevait, et de sa situation sur le marché du travail, que la réparation à laquelle elle peut prétendre par application des dispositions précitées de l'article L. 1235-3 du code du travail ne

constitue pas une réparation adéquate de son préjudice et appropriée à la situation d'espèce.

Il apparaît, ainsi, qu'une réparation de quatre mois de salaire constitue une réparation du préjudice adéquate et appropriée à la situation d'espèce telle qu'elle ressort des nombreuses pièces produites aux débats par l'appelante, de sorte qu'il y a lieu de considérer le barème introduit par les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail comme contraire aux conventions précitées, et d'y déroger.

- CA Caen, 04-02-2022, n° 20/00020,

“Cependant, il sera relevé que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui limitent le droit matériel des salariés quant au montant de l'indemnité susceptible de leur être allouée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6, 81, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et que, eu égard à l'importance de la marge d'appréciation laissée aux parties contractante par les termes de la charte sociale européenne révisée, les dispositions de l'article 24 de celle-ci ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.

Par ailleurs, en réservant la possibilité de réintégration, en prévoyant la possibilité de fixer une indemnité comprise entre un montant minimal et un montant maximal, montants variables en fonction de l'ancienneté, et en écartant l'application du barème en cas de nullité du licenciement, les dispositions des articles L.1235-3 et L.1235-3-1 du code du travail ne sont pas en elles-mêmes incompatibles avec les stipulations de l'article 10 de la convention internationale du travail n°158 de l'Organisation internationale du travail, quant à elle d'application directe en droit interne, la réparation adéquate ne signifiant pas la réparation intégrale.

Néanmoins, la mise en oeuvre concrète du barème de l'article L. 1235-3 ne saurait créer une atteinte disproportionnée au droit à une réparation adéquate reconnu par la convention précitée.

En l'espèce, Mme A, née en 1969, justifie de son inscription à Pôle emploi de mars à août 2018 et de janvier à novembre 2019, de ses recherches infructueuses d'emploi, de ce que la création d'une entreprise le 15 mai 2019 n'a généré qu'un chiffre d'affaires de 1 230 euros au 3ème trimestre 2019 et de 2 045 euros au 4ème trimestre et de son mal-être psychologique et financier (attesté par ses père, frère et fils et une amie) de sorte que l'application du barème de l'article L. 1235-3, qui conduit à l'octroi d'une indemnité comprise entre 1 mois et 2 mois de salaire, caractérise une atteinte excessive au droit à une réparation adéquate.

Il y a donc lieu d'écarter l'application du barème et d'allouer à Mme A une somme de 6 500 euros à titre de dommages et intérêts.”

PRÉJUDICE NÉCESSAIRE.

La chambre sociale de la Cour de cassation revient à nouveau sur sa jurisprudence de 2016 qui a abandonné la notion de « préjudice nécessaire » ? Deux arrêts récents s'engagent sur cette voie.

EXTRAIT DES ARRÊTS

La seule constatation de l'atteinte au droit à l'image ouvre droit à réparation

Vu l'article 9 du Code civil :

Il résulte de ce texte que le droit dont la personne dispose sur son image porte sur sa captation, sa conservation, sa reproduction et son utilisation, et que la seule constatation d'une atteinte ouvre droit à réparation.

Pour débouter les salariés de leur demande de dommages-intérêts au titre du droit à leur image, les arrêts retiennent d'abord que chacun des salariés a été photographié avec l'ensemble de l'équipe pour apparaître sur le site internet. Ils indiquent ensuite que le courrier mentionnant leur volonté de voir cette photographie supprimée a été présenté à la société le 27 juillet 2015 sans que celle-ci ne se conforme à la demande. Les arrêts relèvent que l'employeur affirme toutefois, sans être utilement contredit par les salariés, avoir supprimé la photographie litigieuse postérieurement à la communication des conclusions de première instance de ces derniers formulant cette demande. Les arrêts retiennent enfin que les salariés ne démontrent aucunement l'existence d'un préjudice personnel, direct et certain résultant du délai de suppression de la photographie en question.

En statuant ainsi, alors que la seule constatation de l'atteinte au droit à l'image ouvre droit à réparation, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Cass. soc., 19 janv. 2022, n° 20-21.636 F-D

Le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvre droit à la réparation

Vu l'article L. 3121-35, alinéa 1^{er} du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, interprété à la lumière de l'article 6 b) de la directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 :

Aux termes du texte susvisé, au cours d'une même semaine, la durée du travail ne peut dépasser quarante-huit heures.

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne que le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire fixée à l'article 6, sous b), de la directive 2003/88 constitue, en tant que tel, une violation de cette disposition, sans qu'il soit besoin de démontrer en outre l'existence d'un préjudice spécifique (CJUE,

14 octobre 2010, C-243/09, Fuß c. Stadt Halle, point 53). Cette directive poursuivant l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise d'un repos suffisant, le législateur de l'Union a considéré que le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire, en ce qu'il prive le travailleur d'un tel repos, lui cause, de ce seul fait, un préjudice dès lors qu'il est ainsi porté atteinte à sa sécurité et à sa santé (CJUE, 14 octobre 2010, C-243/09, Fuß c. Stadt Halle, point 54). La Cour de Justice de l'Union européenne a précisé que c'est au droit national des États membres qu'il appartient, dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, d'une part, de déterminer si la réparation du dommage causé à un particulier par la violation des dispositions de la directive 2003/88 doit être effectuée par l'octroi de temps libre supplémentaire ou d'une indemnité financière et, d'autre part, de définir les règles portant sur le mode de calcul de cette réparation (CJUE, 25 novembre 2010, Fuß c. Stadt Halle, C-429/09, point 94).

Pour débouter le salarié de sa demande en dommages-intérêts pour violation de la durée maximale du travail, l'arrêt, après avoir constaté que le salarié avait travaillé 50,45 heures durant la semaine du 6 au 11 juillet 2015, retient que celui-ci doit démontrer très exactement en quoi ces horaires chargés lui ont porté préjudice et, qu'en l'état des éléments soumis, ce préjudice n'est pas suffisamment démontré.

En statuant ainsi, alors que le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvre droit à la réparation, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Cass. soc., 26 janv. 2022, n° 20-21.636 FS-B

Ainsi, de manière non limitative, il est loisible de constater que la Cour de cassation a validé l'existence d'un préjudice automatique pour le salarié :

- Qui n'a pas reçu son contrat de sécurisation professionnelle (Cass. soc., 7 mars 2017, no 15-23.038)
- dont la vie privée a été violée par l'employeur (Soc. 12 nov. 2020, n° 19-20.583)
- qui n'a pas été informé de l'étendue de son droit individuel à la formation dans la lettre de licenciement (Soc. 19 oct. 2016, n° 15-16.390) ;
- licencié pour motif économique alors que, bien qu'il y soit légalement tenu, l'employeur n'a pas accompli les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, ce qui le prive de la possibilité d'être représenté et de voir ses intérêts défendus (Soc. 17 oct. 2018, n° 17-14.392) ;
- qui subit la perte injustifiée de son emploi (Soc. 13 sept. 2017, n° 16-13.578).

Le préjudice automatique a également été retenu, au profit des organisations syndicales, lorsque l'employeur ne respecte pas les dispositions issues d'un texte conventionnel, son inapplication causant nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession. (Soc. 26 avr. 2017, n° 16-13.681 ; 23 janv. 2019, n° 17-22.769 ; 20 janv. 2021, n° 19-16.283).

RECLASSEMENT DU SALARIE INAPTE

Cass. soc., 26 janv. 2022, pourvoi n° 20-20.369, arrêt n° 111 FS-B]

Depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'employeur n'est plus tenu de multiplier les offres de reclassement au salarié déclaré inapte. Une seule proposition suffit et elle est réputée satisfaisante aux exigences de la loi, à condition, toutefois, que l'employeur ait fait preuve de bonne foi tant dans sa recherche que dans l'observation des préconisations du médecin du travail. C'est la première fois que la Cour de cassation se prononce sur la loyauté de l'offre de reclassement depuis la loi du 8 août 2016 précitée et cette décision nous éclaire quant à la nécessité de tenir compte, si possible, des souhaits du salarié.

L'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un emploi dans ces conditions (C. trav., art. L. 1226-12). Si, compte tenu de ces exigences, l'employeur n'est pas en mesure de trouver un poste ou si le salarié le refuse, l'employeur peut alors licencier le salarié sans craindre d'être condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse... sauf si son offre n'était pas loyale :

« 11. La présomption instituée par ce texte [l'article L. 1226-12] ne joue que si l'employeur a proposé au salarié, loyalement, en tenant compte des préconisations et indications du médecin du travail, un autre emploi approprié à ses capacités, aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, aménagements, adaptations ou transformations de postes existants ou aménagement du temps de travail. »

En quoi l'attitude de l'employeur était-elle déloyale ?

Si l'on comprend aisément la condamnation pour déloyauté lorsque le poste offert est assorti d'une forte baisse de rémunération (Cass. soc., 30 mai 2007, n° 06-43.276), voire d'une rémunération inférieure au Smic (Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-21.849, JSL n° 338, 26 févr. 2013, « *Loyauté de la proposition de reclassement à un salarié inapte* ») ou encore d'une série de contraintes injustifiées (Cass. soc., 21 janv. 2009, n° 07-41.173), dans le cas présent, on pourrait soutenir qu'après tout, le médecin du travail n'avait pas expressément hiérarchisé les possibilités de reclassement qu'il avait identifiées. Pouvait-on en vouloir à l'employeur d'avoir écarté l'une des solutions, plus compliquée à mettre en œuvre, et d'avoir opté pour un emploi administratif, également approprié aux capacités du salarié, selon l'avis médical ?

Pouvait-on en vouloir à l'employeur d'avoir écarté l'une des solutions, plus compliquée à mettre en œuvre, et d'avoir opté pour un emploi administratif ?

De fait, et contrairement à la conviction de l'employeur, on le pouvait. D'abord parce qu'il avait négligé le dernier paragraphe de l'article L. 1226-10 du Code du travail, qui précise que le poste doit être aussi comparable que possible avec l'emploi précédemment occupé. Or, pour un ouvrier, le poste de conducteur d'engin était plus comparable avec les anciennes fonctions que des tâches administratives, d'autant plus que le salarié avait déjà auparavant longuement occupé un tel poste.

Ensuite parce que le salarié avait manifesté sa préférence. Rappelons que, selon l'article R. 4624-42 précité, les échanges entre, d'une part, le médecin du travail et, d'autre part, l'employeur et le travailleur « *permettent à ceux-ci de faire valoir leurs observations sur les avis et les propositions que le médecin du travail entend adresser* ».

À la lecture de ce texte, certains commentateurs se sont interrogés : pouvait-on en conclure que l'expression des *desiderata* du salarié dispense l'employeur de rechercher dans une direction que le salarié a écartée ? Un arrêt rendu sous l'empire de l'ancienne législation semblait aller dans ce sens, affirmant que l'employeur, dans sa recherche de reclassement, « *peut tenir compte de la position prise par le salarié déclaré inapte* » (Cass. soc., 23 nov. 2016, n° 14-26.398, JSL n° 423, 2 janv. 2017, obs. M. Hautefort, « *Reclassement : l'employeur ne peut se voir reprocher d'avoir tenu compte des souhaits du salarié* »).

On peut donc considérer que le présent arrêt, non seulement confirme cette position, mais la renforce car l'employeur a bel et bien été condamné pour avoir fait fi des souhaits du salarié. On passe donc d'une simple possibilité à une obligation, du moins quand un poste correspondant à la fois aux vœux du salarié et aux préconisations du médecin du travail est disponible.

SALARIE VICTIME D'UN LICENCIEMENT NUL : LA COUR D'APPEL NE PEUT LIMITER LE MONTANT DES DOMMAGES-INTERETS.

[Cass. soc., 16 mars 2022, n° 21-10.507 F-D]

Le salarié victime d'un licenciement nul et qui ne réclame pas sa réintégration a droit, quelles que soient son ancienneté et la taille de l'entreprise, d'une part, aux indemnités de rupture, d'autre part, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à six mois de salaire.

INAPTITUDE CONTESTATION AVIS ET SALAIRE

Cour d'appel de Colmar - ch. sociale sect. A - 8 février 2022 - n° 22/129

La condamnation à payer les salaires dans le mois suivant l'avis d'inaptitude au motif que l'article L 1226-4 s'applique à la nouvelle procédure de contestation des avis d'inaptitude

L'article L 1226-4 du code du travail dispose notamment que :

Lorsque, à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail, le salarié déclaré inapte n'est pas reclassé dans l'entreprise ou s'il n'est pas licencié, l'employeur lui verse, dès l'expiration de ce délai, le salaire

correspondant à l'emploi que celui ci occupait avant la suspension de son contrat de travail.

Ces dispositions s'appliquent également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail.

La réforme de la contestation des avis d'inaptitude n'a pas modifié ce texte, et n'a eu aucun effet sur son application. D'ailleurs l'employeur ne précise pas quel est le fondement juridique qui devrait conduire à écarter l'application de l'article L1226-4. L'obligation de l'employeur de reprendre le paiement du salaire à l'issue d'un délai d'un mois à compter de l'avis d'inaptitude, s'il n'a pas licencié, ou reclassé le salarié demeure toujours en vigueur. Et contrairement à l'affirmation de la société appelante, sa contestation de l'avis d'inaptitude ne la libère pas de cette obligation.

Il convient de souligner que le même raisonnement s'applique lorsque l'inaptitude est consécutive à un accident du travail ou d'une maladie professionnelle emportant obligation de reprendre le paiement des salaires dans les mêmes conditions, selon l'article L 1226-11 du code du travail.

L'OBLIGATION DE SECURITE A LAQUELLE EST SOUMIS L'EMPLOYEUR S'APPLIQUE AUX MODALITES DES FORFAIT-JOURS

L'employeur manque à son obligation de sécurité s'il ne justifie pas avoir pris des dispositions de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail d'un salarié en forfait-jours restent raisonnables et assurent une bonne répartition dans le temps du travail, en assurant la protection de sa sécurité et de sa santé.

Cass. soc., 2 mars 2022, pourvoi n° 20-16.683, arrêt n° 261 FS-B

DEUX ORDONNANCES DE REFERES QUI ANNULENT LA SUSPENSION DE CONTRATS DE TRAVAIL DE SALARIES NON VACCINES

L'ordonnance du 16 février 2022 du Conseil de Prud'hommes de Colmar

LES FAITS.

Une salariée, comptable au sein d'un EPHAD depuis 2006, soumise à l'obligation vaccinale, saisit la Conseil de Prud'hommes de Colmar, en référé, afin d'annuler la suspension de son contrat de travail, d'ordonner la reprise de ses salaires et condamner l'employeur à des rappels de salaires durant la suspension de son contrat de travail.

Cette salariée ne souhaitait pas se faire vacciner, elle avait sollicité une rupture conventionnelle qui a été refusée. Après un arrêt de travail pour maladie, le contrat de travail de la salariée est suspendu.

Elle occupait un poste de comptable et n'était pas en contact avec la clientèle. Son poste pouvait être exercé dans le cadre du télétravail.

LA MOTIVATION DU CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE COLMAR.

Le Conseil de Prud'hommes de Colmar fonde sa décision sur les articles L1121-1 (atteinte disproportionnée aux droits et libertés) et L1132-1 du code du travail (discrimination), ainsi que le règlement européen sur le RGPD (qui interdit à l'employeur de collecter les données sur la santé de ses salariés) ainsi que le secret médical notamment. Il se déclare compétent afin de mettre fin à un trouble manifestement illicite.

Le Conseil de Prud'hommes précise qu'il prend sa décision eu égard à la situation de l'espèce: une salariée qui occupe un bureau avec un accès propre, l'employeur aurait pu prendre des mesures afin d'éviter que la salariée croise des résidents dans les couloirs et surtout l'employeur aurait pu mettre en place du télétravail pour cette salariée.

La salariée est représentante du personnel, le Conseil de Prud'hommes relève la situation totalement incongrue dans laquelle la salariée se trouve: en tant que représentante du personnel elle pouvait assister à des réunions sans justifier de passe vaccinal alors qu'elle ne pouvait pas travailler seule dans son bureau. Un parallèle est effectué avec la décision du Tribunal administratif de Lyon qui a annulé la suspension d'un salarié, cuisinier dans un Hôpital.

A noter que le Conseil de Prud'hommes de Colmar fait références aux propos de notre Président sur les non vaccinés qu'il emmerde:” (..) *nonobstant les récents propos avouant que le but n'était que d'importuner les non vaccinés*”

Le Conseil de Prud'hommes de Colmar ordonne l'annulation de la suspension de son contrat de travail, la reprise du paiement de ses salaires, la condamnation au paiement de rappels de salaires.

-L'ordonnance du 1er mars 2022 du Conseil de Prud'hommes d'Alençon.,

LES FAITS

La salariée travaille dans un EPHAD en qualité d'infirmière depuis 2014. Elle est soumise à l'obligation vaccinale.

En 2015, on lui diagnostique un cancer avec un traitement lourd, elle déclare avoir mis 4 ans pour éliminer de son corps la chimiothérapie.

A l'audience, elle indique qu'elle s'inquiète des effets secondaires du vaccin et qu'elle élève sa fille âgée de 16 ans seule.

Elle ne souhaite pas se faire vacciner.

Elle est suspendue et saisit le Conseil de Prud'hommes afin que cette suspension soit annulée et pour obtenir sa réintégration ainsi que les rappels de salaires sur la suspension.

La suite

LA MOTIVATION DU CONSEIL DE PRUD'HOMMES D'ALENCON.

Elle est plus fragile que celle du Conseil de Prud'hommes de Colmar et repose sur l'interdiction de sanctions pécuniaires édictées par le code du travail sans commission d'une faute... alors que cette suspension est issue de la loi du 5 août 2021 et qu'il suffit de ne pas être vacciné pour être suspendu, aussi à mon sens la référence à cet article n'est pas très pertinente.

Le Conseil de Prud'hommes se fonde aussi sur le libre consentement de la salariée et le droit de pouvoir refuser un vaccin qui bénéficie d'une autorisation conditionnelle.

JPD sur TRANSFERT DE DOCUMENTS par le SALARIE pour sa défense :

CPH Référé PARIS 3/01/2022

DISCRIMINATION : L'AMÉNAGEMENT PROBATOIRE N'EXCLUT PAS LE RÉFÉRÉ PROBATOIRE

L'allègement de la charge de la preuve prévu en matière de discrimination à l'article L. 1134-1 ne fait pas obstacle à une demande en référé – sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile – de la communication par l'employeur de tous les éléments permettant une comparaison des salariés embauchés à la même période.

Le salarié qui a le sentiment d'être discriminé peut-il demander en référé, avant tout procès, la communication d'éléments RH afin de conforter – ou infirmer – ce sentiment ? C'est ce qu'a souhaité faire en l'espèce un salarié de Canal+. Estimant sa carrière freinée par son employeur en raison de ses activités syndicales, le salarié a voulu constituer un « panel » pour démontrer la différence de traitement qui l'affecte. La technique des panels largement éprouvée et admise par la Cour de cassation n'est cependant pas des plus évidentes à mettre en œuvre. Le salarié va se heurter à la difficulté de récupérer les éléments lui permettant de comparer sa situation (passée et présente) à celle de ses collègues. Cela nécessite en effet un travail de recherche dans les registres du personnel et l'extraction des fiches de paie de tous les salariés embauchés à la même période sur les mêmes fonctions, les formations auxquels les uns et les autres ont eu droit, etc. Au-delà des difficultés d'accès à ces documents, tous détenus par les services RH, ils constituent pour certains des données personnelles (CNIL, *Mesure de la diversité et protection des données personnelles*, Rapport, 15 mai 2007, p. 6) pour les salariés dont on cherchera à connaître la rémunération et l'évolution de carrière. Le bulletin de salaire à lui seul révèle non seulement les fonctions exercées, la rémunération, mais aussi l'adresse, le numéro de sécurité sociale, et aujourd'hui le taux d'imposition. Autant d'informations que beaucoup de salariés ne souhaitent pas nécessairement voir communiquer à leur collègue.

Deux questions se posent donc à la chambre sociale. Le référé probatoire est-il justifié ? Et l'atteinte portée à la vie privée des salariés dont on va communiquer les informations personnelles est-elle proportionnée ?

Concernant le bien-fondé du référé probatoire, celui-ci est prévu à l'article 145 du code de procédure civile pour tout justiciable « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ». Pour la cour d'appel, le régime probatoire prévu à l'article L. 1134-1 du code du travail rend inutile le référé probatoire puisque le salarié n'a pas à « établir » l'existence d'une discrimination, et doit simplement présenter des éléments de fait la laissant supposer (art. L. 1134-1).

La Cour de cassation rompt avec cette dynamique en admettant le référé probatoire. Elle estime que « la procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile ne peut être écartée en matière de discrimination au motif de l'existence d'un mécanisme probatoire spécifique ».

Ce faisant elle permet d'imposer à l'employeur la communication de toutes les pièces utiles au salarié pour évaluer sa situation en évitant toute rétention d'information. Dès le début du procès pour discrimination, s'il a lieu, l'ensemble des parties auront accès à l'ensemble des éléments de comparaison, le juge sera dès lors plus à même d'apprécier la pertinence du périmètre de comparaison choisi par chacune des parties pour la constitution de son panel.

TRAVAIL DISSIMULE

Le fait pour la société de laisser, en toute connaissance de cause, le salarié effectuer de nombreuses heures supplémentaires, de manière structurelle, sans le rémunérer de celles-ci, caractérise son intention de dissimuler une partie du temps de travail effectué.

CA Lyon, 09-09-2021, n° 19/01808, Infirmité partielle

Cour d'appel de Lyon, Chambre sociale B, Arrêt du 29 octobre 2021, Répertoire général n° 19/00493

CA PARIS 18/03/2021 RG 18/13749

L'EMPLOYEUR PEUT PRODUIRE EN JUSTICE DES ELEMENTS DU PROFIL LINKEDIN D'UN SALARIE

L'employeur peut produire en justice des éléments du profil LinkedIn d'un salarié.

Cass. soc., 30 mars 2022, n° 20-21.665 :

La Cour de cassation admet implicitement, dans un arrêt du 30 mars 2022, qu'un employeur puisse se servir d'un extrait du profil LinkedIn d'un ancien salarié comme moyen de preuve dans un contentieux prud'homal portant sur le licenciement de ce dernier.

La Cour de cassation a déjà admis qu'un employeur puisse utiliser, au soutien d'un licenciement disciplinaire, des éléments extraits du profil, même privé, d'un salarié sur un réseau social (en l'occurrence Facebook), dès lors notamment qu'il n'a eu recours à aucun stratagème pour les obtenir (petit bateau Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058).

La chambre sociale prolonge ce principe dans un arrêt d'espèce du 30 mars 2022, dans lequel elle accepte implicitement, comme moyen de preuve, l'utilisation par un

employeur des informations issues du profil LinkedIn d'une salariée licenciée, afin de limiter l'indemnisation due au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse.

Plusieurs arrêts récents ont légitimement suscité l'attention. En effet, ont dernièrement été admises des preuves auparavant considérées irrecevables : un enregistrement d'une conversation à l'insu de la personne à qui on l'oppose (CA Bourges, 26 mars 2021, no 19/01169) un enregistrement vidéo provenant d'un système de vidéosurveillance non déclaré préalablement à la Cnil (Cass. soc., 25 nov. 2020, no 17-19.523), ou encore un post Facebook privé (Cass. soc., 30 sept. 2020, no 19-12.058).

Le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle du salarié, à condition toutefois que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi (Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2016, no 15-12.403 ; Cass. soc., 9 nov. 2016, no 15-10.203). Ainsi, la Cour de cassation admet que des données personnelles dont le traitement est illicite puissent être produites en justice.

Il appartient au juge d'apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie privée du salarié et le droit à la preuve (Cass. soc., 25 nov. 2020, no 17-19.523).

On savait déjà que les éléments de preuve collectés par un système de vidéo-surveillance ne peuvent être utilement produits en justice s'ils n'ont pas fait au préalable l'objet d'une consultation du CSE et d'une information des salariés. La Cour de cassation y ajoute aujourd'hui le respect du RGPD, en précisant ce qu'il convient de faire par rapport à ce Règlement européen. [Cass. soc., 10 nov. 2021, pourvoi n° 20-12.263, arrêt n° 1249 FS-B]

À défaut, le moyen de preuve tiré des enregistrements est illicite.

La preuve ainsi recueillie n'en est pas pour autant irrecevable. La Cour de cassation rappelle en effet, dans le droit fil de ses dernières décisions, que l'illicéité d'un moyen de preuve n'entraîne pas *nécessairement* son rejet des débats, et que le juge doit apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la première, à la condition que cela soit indispensable à l'exercice de ce droit, et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.

L'arrêt précise en outre que, en application de la loi informatique et libertés, la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel doit être précédée d'une information préalable des salariés concernés sur l'identité du responsable du traitement des données ou de son représentant, la (ou les) finalité(s) poursuivie(s) par le traitement, les destinataires ou catégories de destinataires de données, l'existence

d'un droit d'accès aux données les concernant, d'un droit de rectification et d'un droit d'opposition pour motif légitime, ainsi que les modalités d'exercice de ces droits.

Comment s'articule le forfait en jours avec des heures de grève ?

Dans le cadre du forfait en jours, le décompte du nombre de jours travaillés est en principe indépendant du nombre d'heures de travail effectuées chaque jour par le salarié. Peu importe qu'il ait travaillé seulement une heure ou pendant 13 heures. Il est, dans les deux cas, réputé avoir effectué une journée de travail. C'est la conséquence de l'autonomie dont il dispose dans l'organisation de son temps de travail.

Cela devrait donc interdire toute retenue sur la rémunération d'un salarié en forfait en jours qui aurait été en grève pendant quelques heures au cours de sa journée de travail, dès lors que l'on ne peut pas en mesurer l'impact réel sur le volume de travail qui aurait été effectué ce jour-là.

Cette solution nous semble critiquable, car elle aboutit à une discrimination entre les grévistes selon qu'ils sont ou non soumis à un forfait en jours.

La Cour de cassation ne l'exclut toutefois pas lorsqu'aucune retenue sur salaire n'est pratiquée dans l'entreprise pour les autres absences de même durée. Ainsi, lorsqu'il résulte de la convention collective « qu'aucune suspension de contrat de travail inférieure à une journée entière ou à une demi-journée, selon la répartition choisie par le contrat de travail, ne peut entraîner une retenue sur salaire », l'employeur ne peut pas, selon elle, procéder à une retenue sur la rémunération des salariés n'ayant été en grève qu'une heure et demie (Cass. soc., 4 mars 2009, n° 07-45.291).

Il convient donc de se référer, en premier lieu, aux dispositions fixées par l'accord collectif relatif au forfait en jours. Et ce d'autant plus que celui-ci doit en principe préciser les conditions de prise en compte des absences, pour la rémunération des collaborateurs concernés (C. trav., art. L. 3121-64). Ce seront ces modalités qui s'appliqueront aux retenues sur le salaire correspondant aux heures de grève.

À défaut, et si **les dispositions conventionnelles** applicables dans l'entreprise fixent les modalités des retenues pour absences, ce sont ces dernières qui s'appliqueront en cas de grève de courte durée : « Lorsque l'absence pour fait de grève d'un salarié soumis à une convention de forfait en jours sur l'année est d'une durée non comptabilisable en journée ou en demi-journée, la retenue sur salaire opérée en cas de grève doit être identique à celle pratiquée pour toute autre absence d'une même durée »(Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-44.608).

En l'absence de toutes dispositions conventionnelles sur ce point, la Cour de cassation propose les modalités de calcul des retenues à prendre en compte : il faut procéder, pour des arrêts de travail non comptabilisables en journées ou en demi-journées, en multipliant le nombre d'heures de grève par le salaire horaire, lequel est déterminé à partir du salaire mensuel ou annuel des intéressés, en tenant compte du nombre de jours travaillés prévus par la convention de forfait et prenant pour base soit la durée légale du travail, si la durée du travail applicable dans l'entreprise aux cadres soumis à l'horaire collectif lui est inférieure, soit, si elle lui est supérieure, la durée de

travail applicable à ces cadres. Ce qui revient à convertir le nombre d'heures de grève en fraction journalière d'un salarié à temps complet (Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-44.608).

EXEMPLE :

Un salarié en forfait en jours fait grève deux heures au cours d'une journée dans une entreprise où la durée collective hebdomadaire du travail est de 35 heures répartie sur 5 jours.

La retenue à opérer est dans ce cas égale à 2/7 du salaire journalier.

L'accord collectif peut fixer d'autres modalités de calcul que celles prévues par la Cour de cassation, lesquelles ne doivent toutefois pas conduire à opérer une retenue plus que proportionnelle à la durée de l'arrêt de travail.

Une solution simple, qui n'est pas en contradiction avec les principes posés par la Cour de cassation, consiste à demander aux grévistes concernés de déclarer leur temps de participation à la grève en fraction de journée de travail : 1/4, 1/8... et d'effectuer une retenue équivalente sur leur rémunération journalière.

C'est en effet en principe à chaque gréviste de décider de la durée de leur participation au mouvement revendicatif. Il n'est donc pas absurde de s'en remettre à la déclaration du salarié lorsque celui-ci est maître de l'organisation de son temps.

Incidence des faits de grève

Le forfait annuel en jours est un mode de décompte du temps de travail qui exclut par principe de s'interroger sur le nombre d'heures effectuées dans une journée. Cependant, lorsque des salariés qui ont conclu de tels forfaits débrayent, il faut bien déduire leur temps de grève !

Selon la Cour de cassation, la retenue sur salaire en cas de grève d'un cadre en forfait jours se calcule en fonction d'un salaire horaire « fictif » lorsque la grève est d'une durée inférieure à la journée complète ou à la demi-journée (Cass. soc., 13 nov. 2008, n°06-44.608, Bull. civ. V, n° 611).

Ainsi, à défaut d'accord collectif ayant fixé d'autres modalités, les modalités de retenue pour fait de grève fixées par l'employeur pour les salariés en forfait jours doivent être les mêmes que celles en vigueur pour toute absence d'une durée non comptabilisable en journée ou demi-journée. Le montant des retenues appliquées est proportionnel à la durée de l'absence.

Dès lors que les dispositions conventionnelles prévoient que les retenues sur salaire n'interviennent qu'en cas de suspension du contrat d'au moins une demi-journée, il ne peut y avoir de retenue pour grève de 2 heures (Cass. soc., 4 mars 2009, n° 07-45.291, Bull. civ. V, n° 56).