



SELARL Sidonie LEBLANC

Barreau de GRENOBLE

sidonieleblancavocat@yahoo.fr

ACTUALITES JURISPRUDENCES

MARS 2024

Quelle preuve de la cause réelle d'un licenciement concomitant à la dénonciation d'un harcèlement ? [Soc. 18 oct. 2023, F-B, n° 22-18.678](#)

- Dans un arrêt rendu le 18 octobre 2023, la chambre sociale de la Cour de cassation précise le régime de la preuve du lien de causalité entre la dénonciation d'un harcèlement moral ou sexuel et le licenciement du salarié intervenu peu après. Ces nouvelles précisions sont néanmoins assorties de leur lot d'incertitudes.
- La Cour d'appel d'Amiens vit dans la proximité temporelle entre la dénonciation du harcèlement sexuel et la notification du licenciement le véritable motif de ce dernier. Considérant en outre que la salariée n'avait pas dénoncé les faits de mauvaise foi, elle conclut à la nullité du licenciement.
- l'employeur arguait que la lettre de licenciement fixe les limites du litige et, qu'en l'occurrence, elle n'évoquait pas la dénonciation du harcèlement sexuel par la salariée, mais le refus de cette dernière d'accomplir certaines de ses tâches ainsi que ses abandons de poste et actes d'insubordination. Lorsque les faits invoqués dans la lettre de licenciement caractérisent une cause réelle et sérieuse de licenciement, il appartient au salarié de démontrer que la rupture de son contrat de travail constitue une mesure de rétorsion à une plainte pour harcèlement moral ou sexuel. Dans le cas contraire, il appartient à l'employeur de démontrer l'absence de lien entre la dénonciation par le salarié d'agissements de harcèlement moral ou sexuel et son licenciement » (§ 5). La Cour de cassation nous livre ainsi une méthode, d'apparence claire et concise, afin de prouver le lien de causalité entre la dénonciation et le licenciement.

Dénonciation de faits de harcèlement, mesures de rétorsion : charge de la preuve

Cass. soc., 8 nov. 2023, n° 22-17.738 F-D

- Dans cette affaire, alors qu'il était convoqué le 9 janvier 2015 à un entretien préalable, le salarié a sollicité par lettre du même jour une enquête contradictoire concernant des faits allégués de harcèlement moral. Il a été licencié par lettre du 4 février 2015 visant l'impossibilité de le reclasser. Soutenant notamment que son licenciement était nul comme intervenu en raison de la dénonciation de faits de harcèlement moral, subsidiairement dépourvu de cause réelle et sérieuse, le salarié a saisi la juridiction prud'homale aux fins de réintégration et d'indemnisation.
- C'est le salarié qui fait grief à l'arrêt de la cour d'appel de le débouter de ses demandes tendant à ce qu'il soit jugé qu'il a été licencié pour avoir dénoncé des agissements de harcèlement moral alors que, selon le moyen, lorsque le licenciement ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse et qu'il fait suite à la dénonciation par le salarié d'un harcèlement moral, c'est à l'employeur, même si la lettre de licenciement ne lui reproche pas d'avoir dénoncé un harcèlement moral, qu'il appartient d'établir que le licenciement est justifié par des éléments étrangers à cette dénonciation.

Absence de mise en place d'IRP et défaut de PV de carence : indemnisation non subordonnée à la preuve d'un préjudice

Soc. 28 juin 2023, FS-B, n° 22-11.699

Il résulte des articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du code du travail, dans leur rédaction applicable en la cause, que lorsque les faits invoqués dans la lettre de licenciement ne caractérisent pas une cause réelle et sérieuse de licenciement, il appartient à l'employeur de démontrer que la rupture du contrat de travail ne constitue pas une mesure de rétorsion à la demande antérieure du salarié d'organiser des élections professionnelles au sein de l'entreprise. Lorsque l'employeur ne démontre pas avoir mis en place d'instances représentatives du personnel ou avoir établi de procès-verbal de carence à la suite d'une demande d'organisation des élections professionnelles par un salarié, alors il commet une faute caractérisant un préjudice sans qu'il soit nécessaire de le prouver.

Portée de la mention d'une convention collective dans le contrat de travail Soc. 5 juill. 2023, FS-B, n° 22-10.424

- En ce qui concerne les relations collectives, seule la convention collective se rapportant à l'activité principale de l'entreprise est applicable. Cependant, les relations individuelles de travail peuvent être soumises à la convention collective stipulée au contrat de travail fût-elle distincte de la précédente. Une telle stipulation ne peut être écartée par l'employeur et lorsque le salarié se prévaut de l'une des deux conventions, il ne peut formuler de demandes sur la base d'une autre norme.

L'octroi de dommages-intérêts pour licenciement nul en lien avec des faits de harcèlement moral ne saurait faire obstacle à une demande distincte de dommages-intérêts pour harcèlement moral. Soc. 1er juin 2023, F-B, n° 21-23.438

- La Cour de cassation, dans un arrêt du 1er juin 2023 publié au *Bulletin*, confirme expressément que le fait de subir un harcèlement moral caractérise un préjudice distinct de celui tiré de la nullité du licenciement, et ce même lorsque la nullité de ce licenciement trouve sa cause dans le harcèlement moral subi.
- La solution n'est pas nouvelle. Dans un arrêt du 2 février 2017 déjà (n° 15-26.892), la chambre sociale l'avait jugé, considérant qu'un cumul était possible entre les dommages-intérêts pour licenciement nul et préjudice moral.
- Ainsi, dans l'arrêt du 1er juin, la Cour de cassation rappelle que le préjudice tiré du harcèlement subi est bien distinct de celui tiré de la nullité du licenciement, de sorte que chacun de ces préjudices doit faire l'objet d'une réparation distincte.

Forfait-jours : le nécessaire suivi régulier à effet utile

Soc. 5 juill. 2023, FS-B, n° 21-23.387, n° 21-23.294 n° 21-23.222

Pour la convention collective nationale du personnel des prestataires de services dans le domaine du secteur tertiaire (n° 21-23.387), le dispositif conventionnel de forfait jours se cantonnait à rappeler « *les 11 heures consécutives de repos quotidien, les 35 heures consécutives de repos hebdomadaire* » et prévoyait « *un contrôle du nombre de jours travaillés* » ainsi que « *l'établissement d'un document récapitulatif par le salarié des jours de repos* ». Par ailleurs, il instituait un entretien annuel au cours duquel seraient évoqués « *l'organisation du travail, l'amplitude des journées d'activités et la charge de travail en résultant, ainsi que l'obligation de respecter un équilibre satisfaisant entre la vie professionnelle et la vie personnelle* ».

Pour les dispositions conventionnelles de l'automobile (n° 21-23.222), le dispositif se cantonnait à rappeler la « *nécessité de respecter l'amplitude et une charge de travail raisonnables* », prévoyait « *un système auto-déclaratif* » par lequel les salariés devaient renseigner « *un document de suivi du forfait, lequel faisait apparaître le nombre et la date des journées travaillées, le positionnement et la qualification des jours non travaillés* » et instituait un entretien annuel permettant de « *vérifier l'adéquation de la charge de travail au nombre de jours prévu par la convention de forfait* » et, le cas échéant, « *de mettre en œuvre les actions correctives en cas d'inadéquation avérée* ».

Enfin, les dispositions de la CCN du bâtiment (ETAM) (n° 21-23.294), prévoyaient notamment que l'organisation du travail des salariés devait faire l'objet d'un « *suivi régulier par la hiérarchie qui veille notamment aux éventuelles surcharges de travail et au respect des durées minimales de repos* ». Il était prévu également un « *document de suivi* » spécifique qui permettait « *un point régulier et cumulé des jours de travail et des jours de repos* ».

L'effectivité du suivi et de la régulation de la charge de travail du salarié au forfait en jours Soc. 10 janv. 2024, FS-B, n° 22-13.200

- Il ressort de l'arrêt commenté, rendu au visa de ces nouvelles dispositions légales et respectant l'esprit et la lettre de celles-ci, que le juge entend désormais scruter avec rigueur le comportement adopté par l'employeur pour assurer le suivi et la régulation de la charge de travail.
- En l'espèce, un directeur d'hôtel avait conclu en 2016 un contrat de travail prévoyant un forfait annuel en jours. Après avoir démissionné début 2019, il saisit le conseil de prud'hommes de diverses demandes relatives à l'exécution et la rupture du contrat. En raison de divers manquements reprochés à l'employeur, il demandait notamment aux juges de priver d'effet la convention de forfait pour la période couverte par celle-ci. Soumis à la convention collective des hôtels, cafés et restaurants, le salarié devait bénéficier, au titre du suivi et de la régulation de la charge de travail, de différentes garanties :
- un entretien annuel avec le supérieur hiérarchique au cours duquel sont évoquées sa charge de travail, l'amplitude de ses journées d'activité, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle et familiale ainsi que sa rémunération ;
- un document de suivi tenu par l'employeur faisant apparaître le nombre et la date des journées travaillées, le positionnement et la qualification des jours de repos (repos hebdomadaire, congés payés, jours fériés), permettant au supérieur hiérarchique d'assurer un suivi de l'organisation du travail du salarié, afin de veiller à ce que l'amplitude et la charge de travail soient raisonnables.

Le nouveau droit des congés payés Soc. 13 sept. 2023, FP-B+R, n° 22-17.340 Soc. 13 sept. 2023, FP-B+R, n° 22-17.638 Soc. 13 sept. 2023, FP-P+B, n° 22-14.043 Soc. 13 sept. 2023, FP-B+R, n° 22-11.106

- Par une série d'arrêtés rendus le 13 septembre 2023, la chambre sociale de la Cour de cassation écarte certaines dispositions du droit français non conformes au droit européen en matière de congés payés.

En contradiction directe avec le droit national en vigueur, la Cour ouvre de nouveaux droits en faveur des salariés et désormais :

- les salariés dont le contrat de travail est suspendu en raison d'une maladie, que celle-ci soit d'origine professionnelle ou pas, continuent à acquérir des droits à congés payés durant cette période (Soc. 13 sept. 2023, n° 22-17.340, D. 2023. 1595) ;
- l'acquisition de congés payés en raison d'une maladie ou d'un accident professionnel n'est pas limitée à un an (Soc. 13 sept. 2023, n° 22-17.638, D. 2023. 1594) ;
- à l'issue d'un congé parental d'éducation, les congés payés précédemment acquis doivent être reportés (Soc. 13 sept., 2023 n° 22-14.043, D. 2023. 1598) ;
- la prescription de ce droit ne court qu'une fois que l'employeur a mis le salarié en mesure d'exercer ses droits à congés payés (Soc. 13 sept. 2023, n° 22-11.106).

Les règles d'acquisition des congés payés pendant la maladie ne portent pas atteinte au droit au repos garanti par la Constitution Cons. const. 8 févr. 2024, n° 2023-1079 QPC

La réponse du juge constitutionnel est sans ambages : les règles d'acquisition des congés payés pendant la maladie ne portent pas atteinte au droit au repos et à la santé garantis par la Constitution.

Le raisonnement des hauts magistrats a pris pour assise les objectifs qu'avait eus le législateur pour fixer une telle règle, et il apparaît que selon les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1946, les dispositions contestées avaient pour but d'éviter que le salarié, victime d'un accident ou d'une maladie professionnelle et entraînant la suspension de son contrat de travail, ne perde tout droit à congé payé au cours de cette période.

Dès lors, selon lui, au regard de cet objectif, le législateur pouvait assimiler à des périodes de travail effectif les seules périodes d'absence du salarié pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle, sans étendre le bénéfice d'une telle assimilation aux périodes d'absence pour maladie non professionnelle ; de même était-il loisible au législateur de limiter cette mesure à une durée ininterrompue d'un an pour le salarié en AT/MP.

Compte tenu des contraintes du droit de l'Union européenne, le législateur pourrait limiter dans le temps le report des congés payés comme le permet la jurisprudence européenne, à la condition que la période de report ait une durée « substantiellement » supérieure à celle de la période de référence pour laquelle elle est accordée.

- LA COUR DE CASSATION CONTRÔLE LA CONVENTIONNALITÉ
- Dans ce cadre, la Cour de cassation a jugé que les articles L. 3141-3 ("*le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur*") et L. 3141-5, 5° du Code du travail ("*Sont considérées comme périodes de travail effectif pour la détermination de la durée du congé : ... les périodes, dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an, pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle*") ne sont pas conformes au droit européen tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne (Cass. soc., 13 septembre 2023, précités).
- La directive 2003/88/CE interdit toute distinction, pour ce qui concerne l'acquisition de congés payés, entre les travailleurs en situation de travail et ceux absents pour maladie, tandis que l'article 31 de la Charte européenne des droits fondamentaux consacre le droit de tout travailleur "à une période annuelle de congés payés". Subordonner l'acquisition de congés payés à un "travail effectif" au sens du droit français n'est donc pas conforme au droit de l'Union européenne.
- Cette position très attendue n'était absolument pas une surprise, la Cour européenne ayant à plusieurs reprises, depuis une quinzaine d'années, affirmé et répété sa position et la Cour de cassation, tenue de faire prévaloir le droit européen sur le droit français en application de l'article 55 de la Constitution ("*les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*"), avait déjà donné plusieurs avertissements invitant le législateur français à mettre le code du travail en conformité avec le droit européen dès son rapport annuel de 2013 ("*il est proposé de modifier l'article L. 3141-5 du code du travail afin d'éviter une action en manquement contre la France et des actions en responsabilité contre l'État du fait d'une mise en œuvre défectueuse de la directive*" et "*pour se mettre en conformité avec le droit communautaire*").
- Deux mois plus tôt, la cour administrative d'appel de Versailles venait d'ailleurs d'appliquer les mêmes textes et raisonnements en condamnant l'État français pour ne pas avoir modifié les règles d'acquisition des congés payés par des salariés malades (CAA Versailles, 17 juillet 2023, n° 22VE00442, [lire sur AEF info](#)).

- LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL CONTRÔLE UNIQUEMENT LA CONSTITUTIONNALITÉ
- La QPC soumise au Conseil constitutionnel lui demandait de se prononcer sur la conformité des articles L. 3141-3 et L. 3141-5, 5° du code du travail à l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946, (*"la Nation garantit à tous la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs"*) et à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (*"la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse"*).
- Le Conseil constitutionnel reconnaît que "le principe d'un congé annuel payé est l'une des garanties du droit au repos" reconnu aux salariés par l'article 11 du préambule de la Constitution. Mais il admet que le législateur réserve l'acquisition de congés payés aux arrêts de travail pour accident du travail ou maladie professionnelle et limite celle-ci à une durée d'un an, estimant ne pas avoir de "pouvoir général d'appréciation" sur les objectifs poursuivis par cette loi, ni devoir rechercher si ces objectifs pouvaient être atteints par une autre voie.
- Le Conseil ajoute que "la maladie professionnelle et l'accident du travail, qui trouvent leur origine dans l'exécution même du contrat de travail, se distinguent des autres maladies ou accidents pouvant affecter le salarié" et admet que cela puisse justifier une différence de traitement.
- Cette analyse est contestable puisqu'au regard de l'objet de la loi, les salariés se trouvent dans une situation identique, sans que l'origine professionnelle ou non de la dégradation de leur état de santé puisse constituer une justification pertinente pour traiter différemment leur droit au repos.
- Pour critiquable qu'il soit, le raisonnement du Conseil constitutionnel est sans incidence aucune sur celui de la Cour de cassation.

Sévérité de la sanction du défaut de fixation des objectifs Cass. soc., 7 juin 2023, n° 21-23.232 F-D

- Un salarié a été engagé en qualité de commercial itinérant par une société à compter du 2 décembre 2013. Le contrat de travail prévoyait une rémunération annuelle brute de 25 000 euros, soit 2 083,33 euros mensuels et une rémunération variable de 21 000 euros par an en cas d'atteinte des objectifs à 100 %. Se plaignant de ce que la part variable de sa rémunération ne lui était pas complètement versée, le salarié l'a réclamée par courrier du 4 février 2016. Une régularisation du paiement est intervenue mais à compter de juin 2016 seulement, motivant de la part du salarié de nouvelles relances concernant la régularisation des années antérieures. Il a été licencié le 5 avril 2017.
- La Cour énonce qu'*« il résulte de ces textes que, lorsque la rémunération variable dépend d'objectifs définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, à défaut de fixation desdits objectifs, la rémunération variable doit être payée intégralement »*. Lorsque la fixation des objectifs est unilatérale, il n'est donc plus question pour le juge de déterminer le montant de la rémunération variable en fonction des critères contractuels et des accords trouvés les années précédentes. Une telle solution est parfaitement fondée au regard de l'article 1134 (ancien) du Code civil qui implique la loyauté contractuelle.

Signalement d'une infraction pénale et protection du lanceur d'alerte Cass. soc., 1^{er} juin 2023, n° 22-11.310 FS-B

- La seule mention dans la lettre de licenciement d'un grief tiré de l'énonciation par le salarié de faits qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser un crime ou un délit ou de justifier une alerte, emporte la nullité du licenciement. Toutefois, la simple dénonciation de faits susceptibles de recevoir une qualification pénale n'est pas suffisante pour entraîner l'application de la protection du lanceur d'alerte contre le licenciement, prévue à l'article L. 1132-3-3 du Code du travail : le juge doit également constater que l'intéressé a dénoncé des faits susceptibles de constituer un délit ou un crime, et que l'employeur ne pouvait pas légitimement l'ignorer.
- Un salarié, directeur d'exploitation, superviseur de site d'une société dont il est aussi associé, détenant 15 % de ses parts sociales adresse, le 27 décembre 2017, un courriel au président de l'entreprise pour manifester son désaccord avec la mise en place d'une carte de fidélité en indiquant que la légalité ou la régularité de la procédure lui semblait douteuse et qu'en tant qu'associé il ne s'y retrouvait pas, dès lors que cette opération supprimait indûment du chiffre d'affaires. Le 5 mars 2018, il est licencié pour faute grave et insuffisance professionnelle. Contestant ce licenciement, le salarié a saisi la juridiction prud'homale. Il fait valoir que son licenciement était nul car motivé par cette alerte. La cour d'appel de Dijon lui donne raison. Elle retient que la lettre de licenciement faisait état de la dénonciation de faits pouvant recevoir une qualification pénale. Elle déduit de la motivation de la lettre de licenciement que celui-ci était consécutif, au moins pour partie, à une dénonciation d'un fait pouvant recevoir une qualification pénale, de sorte que sa nullité était encourue (CA Dijon 16 déc. 2021, n° 19/00547).

Licenciement nul : le harcèlement à l'origine de l'inaptitude ne fait pas obstacle à la réintégration Cass. soc., 19 avr. 2023, n° 21-25.221 F-B

- La nullité du licenciement ouvre, au bénéfice du salarié qui le demande, un droit à réintégration auquel l'employeur ne peut s'opposer qu'en justifiant d'une impossibilité matérielle, situation restrictivement admise par la jurisprudence? pour un salarié dont le licenciement pour inaptitude a été annulé au motif que celle-ci avait pour origine un harcèlement un employeur a tenté de faire valoir qu'une impossibilité de réintégration était nécessairement caractérisée dans un tel cas de figure. Mais Un arrêt du 19 avril précise que l'existence du harcèlement moral à l'origine de l'inaptitude ne constitue pas, par principe, une impossibilité de réintégration, de même que l'inaptitude constatée plusieurs années avant que le juge statue. Elle prend soin de rappeler que « lorsque le licenciement est nul, le salarié doit être, s'il le demande, réintégré dans son emploi ou un emploi équivalent, demande à laquelle l'employeur est tenu de faire droit sauf s'il justifie d'une impossibilité de procéder à cette réintégration ».
- Dans le même esprit, la Cour de cassation avait déjà également jugé, au sujet d'un salarié dont le licenciement avait été déclaré nul en raison d'un harcèlement moral, mais qui était entre-temps entré au service d'un autre employeur, que cette circonstance n'était « pas de nature à le priver de son droit à réintégration », dès lors que « l'employeur ne justifiait pas que la réintégration du salarié était matériellement impossible » (Cass. soc., 10 févr. 2021, n° 19-20.397 P ; voir Liaisons sociales quotidien 2 mars 2021, n° 18255).

Liberté d'expression / S'opposer à l'application d'un accord d'entreprise ne constitue pas nécessairement un abus de la liberté d'expression Cass. soc., 11 oct. 2023, n° 22-15.138 F-D

- Le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression et l'employeur ne peut lui apporter que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (*C. trav., art. L. 1121-1*). En conséquence, le licenciement motivé par l'exercice non abusif de la liberté d'expression, consacrée par l'article 10 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, est nul (*Cass. soc., 16 févr. 2022, n° 19-17.871 B ; v. le dossier jurisprudence thème -Lic. perso.- n° 128/2022 du 12 juill. 2022*). La liberté d'expression trouve donc sa limite dans l'abus, lequel suppose par principe « l'emploi de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs » (*v. Cass. soc., 23 sept. 2015, n° 14-14.021 PB*).
- Dans cette affaire, une salariée avait été licenciée pour s'être opposée avec obstination à l'application de l'accord d'entreprise relatif aux congés et pour avoir fait preuve d'un manque de respect à l'égard de sa hiérarchie. Estimant qu'elle n'avait fait qu'exercer sa liberté d'expression, elle avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant à la nullité de son licenciement. Après avoir constaté que la salariée avait manifesté un désaccord persistant à l'application dudit accord malgré les explications apportées par l'employeur sur le sujet, ainsi qu'un refus ferme de l'appliquer, ce qui avait eu un impact sur le fonctionnement de la société, les juges du fond avaient considéré qu'un abus d'exercice de la liberté d'expression était ici caractérisé.
- Mais la Cour de cassation censure cette analyse, considérant que la cour d'appel aurait dû caractériser en quoi les propos tenus par la salariée étaient injurieux, diffamatoires ou excessifs, ce qu'elle n'avait, en l'occurrence, pas fait. L'affaire lui est donc renvoyée pour être rejugée.

La preuve du paiement du salaire ne peut résulter de la seule remise de chèque à l'ordre du salarié Cass. soc., 11 oct. 2023, no 22-16.853 F-D

Lorsqu'un litige survient malgré la délivrance d'un bulletin de paie, il incombe à l'**employeur** de **démontrer** le **versement** effectif du **salaire** (Cass. soc., 2 mars 2017, no 15-22.759). En effet, la remise d'un **bulletin de paie** **ne suffit pas**, à elle seule, à prouver que l'employeur a bien versé sa rémunération au salarié (Cass. soc., 2 févr. 1999, no 96-44.798 P). Pour établir cette preuve, l'employeur peut notamment produire des pièces comptables ou, s'agissant des paiements en espèces, des reçus datés et signés par le salarié (Cass. soc., 24 oct. 2001, no 99-44.343) ou des relevés bancaires de l'entreprise (Cass. soc., 19 nov. 2008, no 07- 43.640). La **remise** d'un **chèque** peut-elle constituer, à elle seule, une preuve du paiement du salaire ? La chambre sociale de la Cour de cassation répond par la **négative** dans un arrêt du 11 octobre dernier. Dans cette affaire, une salariée avait contesté son licenciement pour inaptitude en réclamant, en autres, un rappel de salaire. La Cour d'appel l'avait déboutée, retenant que l'employeur était libéré du paiement de la somme litigieuse en produisant :

- les bulletins de salaire mentionnant le paiement des sommes litigieuses ;
- et une copie d'un chèque adressé à la salariée.

À tort, estime la Cour de cassation qui confirme une jurisprudence bien établie en la matière (Cass. soc., 19 avr. 2023, no 22-11.642 ; Cass. soc., 13 janv. 2010, no 08-41.356 F-D) : « nonobstant la délivrance de bulletins de paie, l'employeur doit prouver le paiement du salaire qu'il invoque et que celui-ci ne peut résulter de la seule remise de chèque à l'ordre du salarié, laquelle n'a valeur libératoire pour le débiteur que sous réserve d'encaissement effectif par le créancier ». Dans cette affaire, l'employeur aurait pu prouver, le cas échéant, que le chèque avait effectivement été encaissé, notamment par la production de pièces comptables.

Modification du contrat ou des conditions de travail : le statut protecteur acquis après l'entretien préalable s'impose à l'employeur Cass. soc., 4 oct. 2023, no 22-12.922 F-B

Aucune modification du contrat ou des conditions de travail ne peut être imposée à un salarié protégé. En cas de refus de ce dernier, l'employeur doit poursuivre le contrat aux conditions antérieures ou engager la procédure de licenciement en sollicitant une autorisation administrative (Cass. soc., 13 sept. 2017, no 15-24.397 PB). Dès lors, une **sanction impliquant une modification du contrat** ou même un simple changement des **conditions de travail** doit recueillir l'**accord** du salarié protégé et ce, précise le présent arrêt, même si ce salarié n'a **acquis** son statut protecteur qu'**après** la **convocation à l'entretien préalable** à cette sanction.

En l'espèce, une salariée convoquée à un entretien préalable en vue d'une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement, s'était finalement vue imposer une **mutation disciplinaire** dans le champ d'application géographique couvert par sa clause de mobilité. Or, entre la convocation à l'entretien préalable et le prononcé de ladite sanction, la salariée s'était portée **candidate aux élections professionnelles**. Se prévalant du statut protecteur correspondant (C. trav., art. L. 2411-7), elle estimait que l'employeur aurait dû obtenir son accord pour procéder à cette mutation disciplinaire (même si elle n'impliquait qu'un simple changement des conditions de travail au regard du secteur géographique). L'employeur considérait, de son côté, que dans la mesure où il avait eu connaissance de sa candidature postérieurement à l'entretien préalable, il n'avait pas à suivre la procédure protectrice. **À tort**, a décidé la Cour de cassation pour qui il y avait lieu de se placer à la **date du prononcé** de la **mutation disciplinaire** pour déterminer si la salariée était **protégée ou non** : « au moment où il a imposé une mutation à la salariée l'employeur avait connaissance de sa candidature aux élections professionnelles », de sorte qu'il « **ne pouvait lui imposer** de modification de ses **conditions de travail** sans son accord, **peu important** que cette candidature soit **postérieure** à la **convocation** de la salariée à l'entretien préalable à la sanction disciplinaire », énonce l'arrêt.

Cette **solution diffère** de celle retenue en matière de **licenciement**, puisque c'est à la date de l'**envoi** de la **convocation** à l'entretien préalable qu'il y a alors lieu de se placer. De fait, l'arrêt du 4 octobre opère une **distinction très nette** en cas de modification du contrat ou des conditions de travail prononcée à titre disciplinaire.

L'exigence d'une démarche désintéressée n'est pas requise en cas de témoignage de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime Cass. soc., 13 sept. 2023, no 21-22.301 F-B

Un directeur des opérations avait constaté, dans l'exercice de ses fonctions, l'existence d'irrégularités de nature à caractériser le **délit** de vente de prestations de sécurité par une société non autorisée (CSI, art. L. 617-4). Après en avoir alerté sa hiérarchie, il a été **licencié** pour **faute grave**. Il a alors demandé la nullité de ce licenciement intervenu en violation de l'article **L. 1132-3-3** du Code du travail: le salarié qui relate ou témoigne, de bonne foi, « de faits constitutifs d'un **délit** ou d'un **crime** dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions » bénéficie d'une protection contre les mesures de représailles, celles-ci étant atteintes de nullité

L'**employeur** faisait au contraire valoir que les conditions de cette protection n'étaient pas réunies, notamment celle tenant au **caractère désintéressé** de la dénonciation. Cette notion provenait du **deuxième alinéa** du même article L. 1132-3-3, dans sa rédaction alors applicable, lequel visait la situation plus spécifique du salarié ayant « **signalé** une **alerte** dans le respect des **articles 6 à 8** de la loi no 2016-1691 du 9 décembre 2016 [...] ». Selon l'article 6 de cette loi, le lanceur d'alerte est en effet celui « qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit ». Or, d'après l'employeur, le salarié avait procédé au signalement après la prolongation de sa **période d'essai** et en tentant de négocier des **conditions de travail plus avantageuses**.

La Cour de cassation a toutefois confirmé la nullité du licenciement-représailles, précisant en effet que le salarié n'est **pas soumis** à l'**exigence** d'agir de manière **désintéressée**, contrairement à celui qui signale une alerte dans les conditions prévues aux articles 6 et 8 de la loi no 2016-1691 du 9 décembre 2016 (deuxième alinéa).

Notons que même après avoir été modifié par la loi no 2022-401 du 21 mars 2022, l'article L. 1132-3-3 distingue toujours spécifiquement la protection liée à la dénonciation d'un crime ou délit, tandis que celle liée au signalement d'une alerte réalisée dans les conditions de la loi du 9 décembre 2016 modifiée figure dans un nouvel article L. 1121-2. La distinction entre ces deux régimes, qu'opère le présent arrêt, reste donc de mise. En tout état de cause, la condition liée au caractère désintéressé a été supprimée de la définition légale du lanceur d'alerte, les seules conditions exigées étant désormais la bonne foi et l'absence de contrepartie financière directe.

Interrompre le processus de recrutement d'un candidat qui refuse de donner son âge peut être discriminatoire Cass. soc., 6 sept. 2023, no 22-15.514 F-D

- Le CV anonyme constitue l'un des outils à la disposition des employeurs, dans le cadre de la lutte contre les discriminations en matière de recrutement (*C. trav.*, art. L. 1221-7). Dans ce cadre, l'employeur peut-il exiger du candidat de lever l'anonymat sur son âge au cours du processus de recrutement ?
- En l'espèce, une candidate âgée de 57 ans avait été présélectionnée après avoir adressé un CV anonymisé conformément à la charte de la diversité applicable dans l'entreprise, puis avait été **écartée** du **processus de recrutement** pour avoir refusé de communiquer son âge à l'occasion d'une convocation à une **journée de tests**. S'estimant victime d'une discrimination fondée sur l'âge, elle a saisi la juridiction prud'homale.
- Pour la **débouter**, les **juges du fond** ont pris soin de souligner qu'il est d'usage courant que l'âge soit requis pour s'assurer de l'**identité** du candidat. En outre, l'entreprise, ignorant l'âge de la candidate, ne pouvait l'avoir discriminée pour ce motif. Elle disposait par ailleurs d'un **motif légitime** pour connaître la date de naissance de l'intéressée, au regard des exigences d'âge requises pour l'accès éventuel au statut. Enfin, l'entreprise avait démontré appliquer une **politique de recrutement** respectueuse de l'égalité des chances.
- **À tort** selon la Haute juridiction pour qui la cour d'appel aurait dû rechercher si la **connaissance** de la date de naissance de la candidate, **à ce stade** du **processus** de recrutement, était objectivement et raisonnablement **justifiée** par un **but légitime**, et si le **refus de reconvoquer** la candidate à la suite de son refus de communiquer cette information était **nécessaire et approprié**.

La différence de qualification à l'embauche ne suffit pas à justifier une différence de traitement Cass. soc., 13 sept. 2023, no 22-11.338 F-B

Le principe d'égalité de traitement oblige l'employeur à assurer une égalité de rémunération entre tous les salariés placés dans une situation identique, sauf raisons objectives et pertinentes identifiées par les juges qui examinent, sous le contrôle de la Cour de cassation, les situations au cas par cas (*v. le dossier pratique -Égalité- no 75/2022 du 21 avr. 2022*).
différence de rémunération entre deux salariés occupant un poste équivalent : le seul fait qu'ils aient été **embauchés** avec une **qualification d'emploi différente** ne suffisait pas à justifier une différence de traitement entre eux.

- Dans cette affaire, un salarié ayant occupé divers postes, dont celui de « grand reporter » pour la période de juillet 2014 à juin 2015, avait saisi les juges d'une demande de rappel de salaire estimant avoir subi une différence de traitement injustifiée avec un autre salarié de l'entreprise qui avait occupé, sur la même période que lui, un poste équivalent. Le requérant avait été employé comme « **assistant journaliste reporter stagiaire** », alors que l'autre salarié avait été engagé sous la qualification de « **journaliste reporter d'images** ».
- La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel, considérant que celle-ci aurait dû « préciser en quoi la **différence de qualification** des salariés lors de leur engagement [...] constituait une **raison objective et pertinente** justifiant la disparité de traitement dans l'exercice des **mêmes fonctions de grand reporter** ». Désormais la qualification à l'embauche ne pourra justifier une différence de salaire ultérieure que si des raisons objectives et pertinentes, tenant par exemple aux **exigences du poste** et aux **responsabilités** exercées, le justifient.

Autorisation de licenciement devenue définitive : le juge judiciaire ne peut déclarer le licenciement économique sans cause réelle et sérieuse

Cass. soc., 20 sept. 2023, no 22-13.494 FS-B

- Dans cette affaire, des **salariés protégés** avaient été **licenciés** dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, suite à la **cessation complète et définitive** de l'**activité** de leur entreprise. Ces licenciements avaient fait l'objet d'une autorisation de l'inspection du travail, confirmée par le tribunal administratif saisi d'un recours par les salariés. Ces derniers ont alors contesté leur licenciement devant la **juridiction prud'homale**.
- Ils ont obtenu gain de cause devant la Cour d'appel de Versailles qui a conclu à l'**absence** de **cause réelle et sérieuse** au motif que la **cessation d'activité** de la société n'était **pas effective et définitive** lors des licenciements et que « celle-ci, notamment par le biais de son associé unique, avait participé à la stratégie du groupe visant son démantèlement au détriment de ses intérêts ce qui traduisait une **légèreté blâmable** ». Mais comme le rappelle la Cour de cassation, en vertu du principe de séparation des pouvoirs, « le **juge judiciaire** ne peut en l'état d'une **autorisation** administrative de licenciement **définitive**, apprécier le **caractère réel et sérieux** du motif de licenciement au regard de la cause économique ». La cour d'appel ne pouvait donc **déclarer** le **licenciement sans cause** réelle et sérieuse alors que la rupture avait été autorisée par l'inspection du travail et validée par le juge administratif.
- La Cour de cassation rappelle que le juge judiciaire peut tout de même se prononcer sur la **responsabilité** de l'**employeur** dans le cadre d'une **demande** du salarié en **réparation** des **préjudices** causés par une faute de celui-ci, à l'**origine** de la **cessation d'activité**, y compris le préjudice résultant de la perte d'emploi. En effet, l'inspecteur du travail n'a pas pour mission de déterminer si la cessation d'activité est imputable à une faute de l'employeur, cette compétence relevant exclusivement du juge judiciaire (Cass. soc., 25 nov. 2020, no 18-13.771 PBI ; v. l'actualité no 18222 du 14 janv. 2021).

- L'absence de constat d'une provenance de l'étranger d'un document de travail rédigé en anglais et fixant les objectifs nécessaires à la détermination de la rémunération variable au sein d'une filiale française empêche le juge d'écarter l'inopposabilité du contenu du document au salarié concerné.
- c'est à la suite de la rupture du contrat de travail que l'ancien cadre formule des demandes en paiement de rappel de rémunération variable, arguant d'une inopposabilité des documents fixant les objectifs nécessaires à la détermination de cette rémunération en raison de leur unique langue de rédaction, l'anglais.
- Cette demande rejetée par la Cour d'appel de Versailles en son arrêt du 20 janvier 2022, l'ex-salarié se pourvoit en cassation, la chambre sociale lui donnant raison de manière relativement prévisible au regard de la jurisprudence antérieure. Un rappel sur l'obligation faite à l'employeur d'utiliser le français pour les documents de travail au sein de l'entreprise, la Cour ayant par ailleurs rendu un arrêt en tout point similaire – mais inédit – le 7 juin dernier (Soc. 7 juin 2023, n° 21-20.322). les documents litigieux sont des « documents de travail », entrant donc dans le champ de ceux concernés par l'obligation de traduction qui incombe à l'employeur : des documents fixant les objectifs nécessaires à la détermination de la rémunération variable ont déjà été considérés comme tels par la chambre sociale, et ce à plusieurs reprises (Soc. 29 juin 2011, n° 09-67.492)

- La règle de l'emploi obligatoire du français connaît toutefois deux exceptions envisagées à l'alinéa 3 de l'article L. 1321-6 du code de travail : les « documents reçus de l'étranger » ou ceux « destinés à des étrangers » (v. pour une application de cette seconde exception concernant une salariée citoyenne américaine, Soc. 24 juin 2015, n° 14-13.829 P, préc.). Le document litigieux pourrait-il dès lors être considéré comme provenant de l'étranger s'il était constaté comme émanant de la maison mère américaine, échappant à l'obligation de traduction à l'occasion de sa diffusion au sein de la filiale française ? Pour la chambre sociale, la cassation de l'arrêt se justifie par le seul et unique motif selon lequel la cour d'appel n'a pas constaté que les documents litigieux « avaient été reçus de l'étranger ».
- En effet, dans un arrêt du 21 septembre 2017 (n° 16-20.426 P, RJS 12/2017, n° 795 ; JCP S 2017. 1357, obs. J. Martinez ; CCE 2017, n° 88, obs. G. Loiseau) dénotant une interprétation souple de la règle fixée par l'article L. 1321-6 du code de travail hors des deux exceptions de l'alinéa 3, la chambre sociale estime que la diffusion, sur l'intranet de l'entreprise, de la traduction en français d'un document fixant les objectifs permettant la détermination de la rémunération variable diffusé en anglais quelques jours plus tôt constitue une satisfaction par l'employeur de ses obligations en matière linguistique.
- *A contrario*, ces obligations n'auraient donc pas été remplies si le document n'avait pas été diffusé traduit ; or ce document avait été diffusé depuis une société de droit anglais vers sa filiale française. L'exception de la provenance étrangère ne semble donc pas pouvoir être constatée dans ce type de situation. Encadrant directement les conditions de la rémunération du contrat de travail au sein de la filiale, ce type de documents entrent dans le champ de ceux qui relèvent d'une obligation de traduction par l'employeur pour leur usage interne, peu importe qu'ils proviennent initialement de la maison mère étrangère.
- Pour couper court à toute piste de justification de l'arrêt de cour d'appel, il faut enfin écarter la piste de la considération d'un usage de l'utilisation de l'anglais au sein de l'entreprise, le rejet de la considération de cet usage de l'anglais est explicite dans l'arrêt du 7 juin 2023. La sanction de l'inopposabilité des documents litigieux (tirée de C. trav., art. L. 1322-4) participe d'une « protection générale et objective » au profit exclusif du salarié, qui lui simplifie l'apport de la preuve et implique une appréciation *in abstracto* de la situation de la part du juge du fond

Infractions au Code de la route durant le temps de trajet et licenciement disciplinaire Cass. soc., 4 oct. 2023, n° 21-25.421 F-B

- Un salarié, mécanicien autonome sur chantier, a été licencié pour faute en raison de quatre infractions au Code de la route. Ces infractions comprenaient des excès de vitesse commis avec un véhicule de l'entreprise lors de ses trajets entre son domicile et son lieu de travail. Il a contesté son licenciement en soutenant que ces actes relevaient de sa vie privée et n'étaient donc pas passibles de sanctions par l'employeur.
- Un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut pas, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail. Dès lors que les infractions au Code de la route ont été commises durant les temps de trajet pendant lesquels le salarié n'était pas à la disposition de l'employeur, que l'outil de travail mis à sa disposition n'a subi aucun dommage et que le comportement de l'intéressé n'a pas eu d'incidence sur les obligations découlant de son contrat de travail en tant que mécanicien, ces infractions qui ne peuvent pas être regardées comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat, ni comme se rattachant à sa vie professionnelle, ne justifient pas un licenciement disciplinaire.

Un mi-temps thérapeutique ne doit pas avoir pour effet de diminuer la prime de participation Cass. soc., 20 sept. 2023, n° 22-12.293 FS-B

- La période pendant laquelle un salarié, en raison de son état de santé, travaille selon un mi-temps thérapeutique doit être assimilée à une période de présence dans l'entreprise, de sorte que le salaire à prendre en compte pour le calcul de l'assiette de la participation est le salaire perçu avant le mi-temps thérapeutique et l'arrêt de travail pour maladie l'ayant, le cas échéant, précédé.
- Sinon, une discrimination en raison de l'état de santé peut être caractérisée.
- L'arrêt rappelle que la participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise.

Procédure de licenciement : la Cour de cassation comble un vide Cass. soc., 6 sept. 2023, n° 22-11.661 F-B

- Cet arrêt apporte des éclaircissements sur deux points. D'abord, il précise ce qu'il faut entendre par « présentation » de la lettre recommandée, événement qui permet d'établir l'intervalle minimum entre la convocation à l'entretien préalable et son déroulement.
- Une société décide de licencier une salariée et la convoque à un entretien préalable par lettre recommandée avec AR. La date de l'entretien est fixée au 24 janvier 2018. L'employeur dépose sa lettre au guichet le 10 janvier. Celle-ci est alors présentée le 12 janvier mais la salariée est absente et n'ira la retirer que dix jours plus tard, le 22 janvier.
- La Cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir pris en compte la date de retrait de la lettre recommandée :
- *« En statuant ainsi, alors que le délai de cinq jours avait commencé à courir le 13 janvier 2018, le jour suivant la présentation de la lettre recommandée, en sorte qu'à la date de l'entretien fixé au 24 janvier suivant, la salariée avait bénéficié d'un délai de cinq jours ouvrables pleins, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».*

L'indemnité de violation du statut protecteur lorsque l'autorisation du licenciement est annulée [Soc. 8 nov. 2023, F-B, n° 22-17.919](#)

- Le salarié protégé dont le licenciement est nul en raison de l'annulation de l'autorisation de licencier doit être réintégré dans son emploi. Lorsque l'employeur ne satisfait pas cette obligation, la résiliation judiciaire prononcée aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur à condition que le salarié bénéficie d'un statut protecteur au jour de la demande en résiliation. Dans ce cas, il peut prétendre à une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait perçue depuis la date de prise d'effet de la résiliation judiciaire jusqu'à la fin de la période de protection, dans la limite de trente mois.

- Dans la mesure où la protection de la salariée était acquise au jour de la demande de résiliation judiciaire, les effets produits par le défaut de réintégration étaient ceux d'un licenciement nul. Dès lors, « le salarié peut prétendre à une indemnité à ce titre égale à la rémunération qu'il aurait perçue depuis la date de prise d'effet de la résiliation judiciaire jusqu'à la fin de la période de protection en cours au jour de sa demande en résiliation, dans la limite de trente mois ».
- D'une part, devaient être écartées les prétentions de l'employeur revenant à fixer l'indemnité entre « le 22 septembre 2014 et le 22 mars 2016 ». En effet, pour que la salariée puisse prétendre à l'indemnité de violation du statut protecteur, il importait au préalable que cette violation soit constatée par voie judiciaire et que la nullité de la rupture soit prononcée (Soc. 15 mars 2005, n° 03-41.555 P, RJS 6/2005, n° 625). Il en va de l'objet de cette indemnité : elle est destinée à compenser les effets de la nullité résultant de la violation du statut protecteur (Soc. 17 déc. 2014, nos 13-19.070 et 13-19.645, inédits) et non pas les conséquences du licenciement annulé. Pour cette raison, son point de départ devait être fixé au jour de la résiliation et non pas au jour du licenciement annulé. Dans le cas contraire, les conséquences du refus de réintégration s'en trouveraient « ignorées » alors même qu'elles constituent le fondement de la violation du statut protecteur (Soc. 15 mai 2019, n° 17-28.547).
- D'autre part, puisque la salariée était protégée au jour de la demande de résiliation, l'indemnité réparant la violation de son statut protecteur devait débuter depuis la date de prise d'effet de la résiliation judiciaire jusqu'à la fin de la période de protection, dans la limite de trente mois. Cette fixation de l'indemnité est communément admise lorsque la résiliation judiciaire produit les effets d'un licenciement nul (Soc. 15 avr. 2015, n° 13-27.211 P).
- Ce régime indemnitaire est indépendant des autres indemnités dues au salarié dont le licenciement a été annulé. L'employeur n'avait cependant pas perçu cette nuance lorsqu'il affirmait « qu'en accordant une telle indemnité, en sus du rappel de salaire octroyé par le même arrêt du 16 ou 17 mai 2019 pour la période courant du 27 décembre 2014 au 31 décembre 2018, la cour d'appel a violé L. 2411-22 du code du travail ». Or, l'indemnité de violation du statut protecteur avait bien été attribuée pour des faits postérieurs à la résiliation judiciaire de sorte que les autres indemnités concernaient uniquement la période antérieure à ladite résiliation. Il en résultait que les indemnités ne se concurrençaient pas.

La conclusion du forfait-jours : conformité nécessaire aux prescriptions de l'article L. 3121-64 II du code du travail

Soc. 10 janvier 2024, pourvoi n° 22-15.782, FS-B

- La conclusion d'un contrat de travail en forfait-jours est strictement encadrée, pour ne pas léser les droits du salarié. Depuis la loi El Khomri du 8 août 2016, une convention individuelle de forfait-jours doit, à peine de nullité, être fondée sur un accord collectif qui détermine notamment les modalités de contrôle de la charge de travail pesant sur le salarié, afin qu'elle ne soit pas excessive (art. L. 3121-64, II, 1° et 2° du code du travail).
- Si un tel accord n'existe pas ou est insuffisant, l'employeur peut quand même conclure une convention de forfait-jours avec un salarié, à condition que soit établi un document de contrôle des jours travaillés, pouvant être renseigné par le salarié sous la responsabilité de l'employeur. Celui-ci doit aussi s'assurer que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos hebdomadaires et quotidiens et, enfin, organiser un entretien annuel spécifique (art. L. 3121-65 code du travail).
- Au cas d'espèce, l'accord collectif prévoyant le recours au forfait-jours dans l'entreprise n'était pas conforme aux prescriptions légales relatives au suivi de la charge de travail et les mesures prises par l'employeur en ce domaine étaient insuffisantes. La convention de forfait-jours a donc été annulée.
- Une solution bienvenue qui rappelle que la convention de forfait-jours ne dispense pas l'employeur de son obligation de veiller à ce que son salarié supporte une charge de travail raisonnable.

Charge de la preuve du nombre d'heures de travail accomplies

Cass. soc., 6 déc. 2023, n° 22-21.676 F-D

- En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments.
- Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des articles L. 3171-2, alinéa 1^{er} et L. 3171-4 du Code du travail. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.
- Pour débouter le salarié de sa demande au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents, la cour d'appel retient qu'au soutien de ses prétentions, l'intéressé produit un tableau correspondant à une addition des heures supplémentaires qu'il prétend avoir effectuées hebdomadairement, sans décompte quotidien, sans aucune amplitude horaire de ses journées ou même hebdomadaire. Elle en conclut que le salarié ne produit pas d'éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Elle ajoute que la liasse de mails produite ne saurait pallier cette insuffisance.
- En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le salarié présentait des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre, la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé l'article L. 3171-4 du Code du travail.

La discrimination syndicale passée au crible des juges judiciaires et administratifs

Cass. soc., 17 janv. 2024, n° 22-20.778 F+B

- En cas de demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé, il appartient à l'Administration de vérifier si la mesure envisagée n'est pas en rapport avec son mandat. La décision d'autorisation doit établir que le licenciement n'a ni pour objet ni pour effet de faire échec au mandat représentatif de l'intéressé. Par conséquent, le juge judiciaire ne peut pas annuler le licenciement pour motif économique du salarié sur le fondement d'une discrimination syndicale. Néanmoins, il peut réparer l'existence d'une discrimination subie par ce dernier.

le salarié est licencié pour motif économique, après autorisation de l'inspecteur du travail Cette décision administrative devenue définitive constate « *l'absence de lien entre la demande d'autorisation de licenciement et le mandat exercé par le salarié.* » Or, le salarié considère avoir subi une discrimination syndicale. Par conséquent, il saisit la juridiction prud'homale et réclame la réparation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse

- Par son arrêt du 17 janvier 2024, la Cour de cassation rappelle donc que dans l'hypothèse d'une autorisation administrative, le juge judiciaire ne peut pas apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement sans violer le principe de la séparation des pouvoirs. Elle casse et annule donc le jugement ayant décidé la nullité du licenciement du salarié. Toutefois elle considère que le juge judiciaire reste compétent pour apprécier les fautes commises par l'employeur pendant la période antérieure au licenciement. Sur ce point elle semble franchir une étape en estimant que s'il est compétent pour apprécier l'existence d'une discrimination syndicale dans le déroulement de la carrière du salarié, il peut également la constater à l'occasion même de la demande de rupture du contrat de travail.

La possible preuve de la faute du salarié par le biais du « client mystère » Soc. 6 sept. 2023, F-B, n° 22-13.783

La preuve d'une faute commise par le salarié se heurte parfois à des considérations tenant au respect de la vie privée. La loyauté de la preuve commande en particulier l'éviction de toute forme de stratagème clandestin. Il est, dans ce contexte, aujourd'hui jugé en jurisprudence que le droit à la preuve « peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi »

En l'espèce, une personne engagée en qualité d'employé de restaurant libre-service s'est vu licenciée pour faute disciplinaire à la suite du constat d'une défaillance constatée via un dispositif de contrôle de type « client mystère ». Était en effet en cause le non-respect de procédures d'encaissement mises en place dans l'entreprise. L'employeur disposait d'une fiche d'intervention d'une société mandatée pour effectuer ce type de contrôle, de l'un desquels il est résulté qu'aucun ticket de caisse n'avait été remis après l'encaissement de la somme demandée. L'intéressé, contestant notamment la licéité du mode de preuve utilisé, va saisir les juridictions prud'homales pour contester le licenciement subséquent.

L'alcool fait des ravages ! Des photos extraites des réseaux sociaux peuvent le prouver
Cass. soc., 4 oct. 2023, n° 21-25.452 F-D et Cass. soc., 4 oct. 2023, n° 22-18.217 F-D

- La production des photographies extraites du compte messenger porte certes atteinte à la vie privée de la salariée, mais elle était indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, en l'occurrence la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la protection des patients.
- Les salariées exerçaient en qualité d'infirmières dans un hôpital et étaient affectées en dernier lieu au service d'accueil des urgences de nuit. Alerté par une aide-soignante, l'employeur les a licenciées pour avoir consommé de l'alcool au sein de l'hôpital, dans le cadre de soirées festives, parfois pendant la durée du service, ces comportements étant accompagnés de mauvais traitements infligés aux patients.
- La Cour de cassation rappelle d'abord dans un attendu de principe que « l'illicéité d'un moyen de preuve n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant 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 vie personnelle d'un salarié ». Puis d'approuver la cour d'appel d'avoir jugé en l'espèce que la production des photographies extraites du compte messenger, bien que portant atteinte à la vie privée de la salariée, était indispensable à l'exercice du droit à la preuve.

Les arrêts commentés rejoignent des décisions de principe dans lesquelles la Cour de cassation considère que l'atteinte à la vie privée ne suffit pas à écarter un moyen de preuve. Tel est notamment le cas lorsque l'employeur s'appuie sur les pages d'un compte Facebook du salarié (Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058). Tel est aussi le cas lorsque l'employeur se fonde sur l'adresse IP d'un ordinateur pour identifier un salarié (Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 17-19.523) ou s'il fonde la preuve sur un système de badgeage (Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798). Dans ce dernier arrêt, la Haute juridiction juge que *« lorsqu'il retient qu'un moyen de preuve est illicite, le juge doit d'abord s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur et vérifier s'il existait des raisons concrètes qui justifiaient le recours à la surveillance et l'ampleur de celle-ci. Il doit ensuite rechercher si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié »*.

Cette évolution jurisprudentielle, favorable aux employeurs, est la conséquence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH, 17 oct. 2019, n°1874/13 et 8567/13) qui admet, à propos de caméras installées à l'insu de salariés visant à identifier des caissiers voleurs dans un supermarché, que le droit au respect de la vie privée puisse céder devant les droits de la défense. Sur la base de cette décision, et d'autres similaires, la Cour de cassation a également jugé que l'atteinte à la vie privée ne fait pas obstacle à ce que des salariés demandent la production en justice de bulletins de paie d'autres salariés dans le but de caractériser une discrimination (Cass. soc., 1^{er} juin 2023, n° 22-13.238 ; dans le même sens, Cass. soc., 22 sept. 2021, n° 19-26.144).

Il reste à envisager toutes les déclinaisons de cette jurisprudence et se demander jusqu'où elle pourrait aller. Par exemple, l'employeur pourrait-il à l'avenir produire en justice les courriers électroniques issus de messageries personnelles ? Jusqu'à présent, la Cour de cassation s'y oppose en vertu du secret des correspondances (par exemple, Cass. soc., 26 janv. 2016, n° 14-15.360) De même, l'employeur pourrait-il se prévaloir de preuves acquises de manière déloyale, par exemple via un stratagème ?

Conçu par la Cour de cassation comme un garde-fou contre les atteintes injustifiées la vie privée, le test de proportionnalité remplit-il son office en pratique ?

Ainsi, la Cour régulatrice conclut-elle que « *la cour d'appel, qui a fait ressortir que la production des photographies extraites du compte Messenger portant atteinte à la vie privée de la salariée était indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, soit la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la protection des patients, confiés aux soins des infirmières employées dans son établissement, a, abstraction faite des motifs justement critiqués par la deuxième branche, mais qui sont surabondants, le grief tiré de la consommation et l'introduction d'alcool au sein de l'hôpital étant établi par d'autres éléments de preuve, légalement justifié sa décision* ». Autrement dit, la chambre sociale estime que le moyen de preuve, attentatoire à la vie privée du salarié, est recevable alors même que d'autres éléments de preuve du comportement fautif étaient fournis par l'employeur. Semble ainsi contredite l'affirmation selon laquelle la production des photos tirées du compte messenger était indispensable à l'exercice du droit de la preuve. Le motif légitime lié à la sécurité des patients semble ainsi tout emporter sur son passage et justifier la production de cette preuve discutée.

Licenciement disciplinaire (preuve) : conversation privée sur Facebook

Cour de cassation, ass. Plén du 22-12-2023 n° 21-11.330

La Cour de cassation juge qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut justifier, en principe, un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail

Licencié le 9 décembre 2015, pour faute grave, en raison des propos insultants tenus, lors de cet échange électronique, à l'encontre de son supérieur hiérarchique et de son remplaçant, M. [B] a saisi la juridiction prud'homale pour contester cette rupture.

le salarié était en congé, son remplaçant a utilisé son poste informatique. S'étant connecté au compte Facebook de M. [B], qui n'avait pas été fermé, il a ouvert la messagerie attachée à ce compte, lu une conversation entre M. [B] et une autre salariée de l'entreprise et a transmis cet échange à l'employeur.

Une conversation privée qui n'était pas destinée à être rendue publique ne pouvant constituer un manquement du salarié aux obligations découlant du contrat de travail, il en résulte que le licenciement, prononcé pour motif disciplinaire, est insusceptible d'être justifié.

Preuve (administration) : admission d'un procédé déloyal cass. Ass. Plénière 22-12-2023 n° 20-20.648 (n° 673 B-R)

- La société ABS fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevables les éléments de preuve obtenus par elle au moyen d'enregistrements clandestins et d'écarter en conséquence ses pièces numérotées 7.3, 7.3b, 7.5 et 7.5b, de dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors « que l'enregistrement audio, même obtenu à l'insu d'un salarié, est recevable et peut être produit et utilisé en justice dès lors qu'il ne porte pas atteinte aux droits du salarié, qu'il est indispensable au droit à la preuve et à la protection des intérêts de l'employeur et qu'il a pu être discuté dans le cadre d'un procès équitable ;
- « En l'espèce, pour déclarer irrecevables les pièces litigieuses, après avoir relevé que celles-ci constituent des transcriptions d'enregistrements clandestins des entretiens des 28 septembre et 7 octobre 2016, l'arrêt retient qu'ayant été obtenues par un procédé déloyal, elles doivent être écartées des débats. En statuant ainsi, la cour d'appel, à qui il appartenait de procéder au contrôle de proportionnalité tel qu'énoncé au paragraphe 12, a violé les textes susvisés. »
- Aussi, il y a lieu de considérer désormais que, dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarter des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.

La preuve illicite ou déloyale

Soc. 17 janvier 2024, pourvoi n° 22-17.474, FR-B

- La chambre sociale rappelle certains principes récents, mais déjà connus : l'illicéité d'une preuve ou la déloyauté ayant permis son obtention, ne conduisent pas nécessairement à son rejet des débats
- La Haute juridiction donne à nouveau aux juges, de manière très didactique, les clés qui doivent conduire à écarter cette preuve ou, au contraire, à l'accueillir : ils doivent mettre en balance le droit à la preuve (qui suppose que l'élément produit soit indispensable au soutien des prétentions du salarié ou de l'employeur) et les intérêts antinomiques en présence, la production de la preuve illicite ou déloyale devant être strictement proportionnée au but poursuivi.
- Est ainsi écartée la production d'un enregistrement clandestin d'une séance du CHSCT qui n'était pas indispensable au soutien des prétentions du salarié, suffisamment étayées par ailleurs.
- Une décision qui se situe dans le prolongement de la jurisprudence de la chambre sociale qui a déjà admis que le droit à la vie privée du salarié pouvait céder devant la nécessité de la preuve pour l'employeur (Soc. 4 octobre 2023, pourvoi n° 21-25.452).
- Admission donc de la preuve illicite ou déloyale, laquelle doit cependant être prise avec des pincettes, puisqu'elle est conditionnée à sa proportionnalité et à sa nécessité.

La levée du secret médical

Soc. 20 décembre 2023, pourvoi n° 21-20.904, FS-B

- Qu'en est-il des preuves produites par le salarié, lorsqu'elles sont couvertes par le secret médical ?
- La réponse de la chambre sociale est sans ambiguïté : il résulte des dispositions combinées des articles L. 1110-4, alinéa 2 du code de la santé publique et L. 1234-1 du code du travail que la production en justice de documents couverts par le secret médical ne peut être justifiée que lorsqu'elle est indispensable à l'exercice des droits de la défense et proportionnée au but poursuivi.
- Tel n'est pas le cas de la production, par une salariée tenue par une obligation de confidentialité, de documents de patients couverts par le secret médical, sans qu'ils aient été anonymisés et sans suppression des données sensibles.
-
- La prévalence des droits de la défense sur le secret professionnel, est ainsi spécialement encadrée lorsque le secret médical est en jeu, les patients ne devant évidemment pas voir leurs données médicales s'étaler sur la place publique ; seule une nécessité absolue de preuve pourrait permettre de déroger à cet impératif.

Recevabilité de la preuve illicite : concrétisation du contrôle de proportionnalité du droit à la preuve Cass. Soc. 14/02/2024 n° 22-23.073

- Le droit à la preuve est susceptible de justifier la production d'éléments obtenus illicitement qui portent atteinte à d'autres droits fondamentaux, à condition que ladite preuve soit indispensable et que l'atteinte soit strictement proportionnée. Tel est le cas d'un dispositif de vidéosurveillance dissimulé par l'employeur pour révéler des vols, dans un contexte de disparition des stocks, dès lors qu'aucune autre mesure n'était envisageable et que l'enregistrement, réalisé par le seul dirigeant, était limité dans le temps.
- Le licenciement pour faute grave d'une salariée fondé sur le visionnage de la vidéosurveillance de sécurité de la pharmacie est justifié malgré le caractère illicite de la preuve, juge la Cour de cassation le 14 février 2024. Les juges retiennent que le visionnage par la seule dirigeante de l'entreprise a été limité dans le temps, dans un contexte de disparition de stocks, après des premières recherches restées infructueuses. Dans ces circonstances, cette production était indispensable à l'exercice du droit à la preuve, et l'atteinte à la vie personnelle proportionnée au but poursuivi. La Cour de cassation admet la production par l'employeur d'un moyen de preuve illicite, à condition que le juge procède à un certain nombre de vérifications. Il doit "s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur et vérifier s'il existait des raisons concrètes qui justifiaient le recours à la surveillance et l'ampleur de celle-ci".

Il doit "ensuite rechercher si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié". Enfin, il doit "apprécier le caractère proportionné de l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle au regard du but poursuivi" (Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802). Les hauts magistrats appliquent le 14 février 2024 cette grille d'analyse à une affaire dans laquelle la faute d'une salariée avait été établie notamment par le recours à une vidéosurveillance qui n'avait pas fait l'objet des formalités obligatoires de déclaration et d'information.

Une employée de pharmacie est licenciée pour faute grave, son employeur lui reprochant des écarts entre les produits saisis en caisse et ceux réellement vendus. La salariée saisit la juridiction prud'homale pour contester son licenciement. Elle soutient que l'employeur s'est appuyé sur un moyen de preuve illicite : le visionnage de plusieurs jours d'enregistrements d'un dispositif de vidéosurveillance qui n'avait pas fait l'objet des formalités d'information et de déclaration imposées par les textes alors en vigueur.

ATTEINTE À LA VIE PERSONNELLE

La cour d'appel ayant retenu la faute grave et l'ayant déboutée de ses demandes, la salariée forme un pourvoi en cassation. Outre le défaut d'information des salariés, de consultation des IRP et d'autorisation préfectorale, la salariée soutient que l'employeur aurait pu atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de sa vie personnelle. Elle affirme que l'atteinte à sa vie personnelle était disproportionnée au regard du but poursuivi.

La Cour de cassation écarte ces arguments et confirme l'analyse de la cour d'appel. Les hauts magistrats rappellent d'abord qu'il résulte de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 9 du code de procédure civile que "dans un procès civil, l'illicéité dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarter des débats".

Le juge "doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence". Le droit à la preuve "pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi".

La haute juridiction rappelle ensuite les vérifications auxquelles le juge doit procéder en présence d'une preuve illicite. Il doit "d'abord s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur et vérifier s'il existait des raisons concrètes qui justifiaient le recours à la surveillance et l'ampleur de celle-ci. Il doit ensuite rechercher si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié. Enfin le juge doit apprécier le caractère proportionné de l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle au regard du but poursuivi".

En l'espèce, la cour d'appel "a d'abord relevé qu'il était démontré qu'après avoir constaté des anomalies dans les stocks, la société avait envisagé l'hypothèse de vols par des clients d'où le visionnage des enregistrements issus de la vidéo protection, ce qui avait permis d'écarter cette piste".

Enfin, la cour d'appel a retenu "que le visionnage des enregistrements avait été limité dans le temps, dans un contexte de disparition de stocks, après des premières recherches restées infructueuses et avait été réalisé par la seule dirigeante de l'entreprise".

BUT LÉGITIME POURSUIVI PAR L'ENTREPRISE

La Cour de cassation en conclut que la cour d'appel "a mis en balance de manière circonstanciée le droit de la salariée au respect de sa vie privée et le droit de son employeur au bon fonctionnement de l'entreprise". Elle a tenu compte "du but légitime qui était poursuivi par l'entreprise", le "droit de veiller à la protection de ses biens".

Les hauts magistrats approuvent la cour d'appel qui en a déduit "que la production des données personnelles issues du système de vidéosurveillance était indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur et proportionnée au but poursuivi, de sorte que les pièces litigieuses étaient recevables".

Dans cette affaire, la Cour de cassation avait été saisie une première fois et avait retenu que la preuve tirée des enregistrements vidéo était illicite et devait être écartée, l'employeur n'ayant pas informé les salariés et consulté les IRP sur l'utilisation du système de vidéosurveillance de sécurité de l'entreprise à des fins de contrôle des salariés (Cass. soc., 21 novembre 2021, n° 20-12.263, [lire sur AEF info](#)). L'arrêt de la cour d'appel avait été cassé et l'affaire renvoyée devant la cour d'appel pour être réexaminée. C'est ce second arrêt qui faisait l'objet du pourvoi ayant donné lieu à la décision du 14 février 2024. La haute juridiction ayant, entre-temps assoupli sa jurisprudence sur l'utilisation par l'employeur d'une preuve illicite ([lire sur AEF info](#)), elle a cette fois admis la possibilité pour l'employeur de produire la vidéo.