



Actualités législatives et réglementaires

► *Médiation*

Le décret n°2023-357 du 11 mai 2023, relatif à la tentative préalable obligatoire de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile, est paru au *JO* du 12. Cette mesure ne s'impose pas en matière prud'homale.

► *Données administratives personnelles*

Deux décrets sont parus au *JO* du 13 :

- le décret n°2023-361 du 11 mai 2023 relatif aux échanges d'informations et de données entre administrations dans le cadre de démarches administratives ;
- le décret n°2023-362 du 11 mai 2023 relatif à la liste des administrations chargées de mettre à la disposition d'autres administrations des informations ou données.

Une délibération n°2022-101 du 6 octobre 2022, portant avis sur un projet de décret relatif aux échanges d'informations et de données entre administrations (demande d'avis n°22013347), est également promulguée dans ce même *JO*.

► *Covid-19*

Le décret n°2023-368 du 13 mai 2023, relatif à la suspension de l'obligation de vaccination contre la covid-19 des professionnels et étudiants, est paru au *JO* du 14.

► *Parité des cadres dirigeants*

Le décret n°2023-370 du 15 mai 2023, relatif à la procédure de pénalité en matière de répartition de chaque sexe parmi les cadres dirigeants et les membres des instances dirigeantes, est paru au *JO* du 16.

► *Formation aux activités de sécurité*

L'ordonnance n°2023-374 du 16 mai 2023, relative à la formation aux activités privées de sécurité, est parue au *JO* du 17.

► *Conseillers prud'hommes*

L'arrêté du 27 avril 2023, modifiant l'arrêté du 14 mars 2022 portant attribution des sièges de conseillers prud'hommes pour le mandat prud'homal 2023-2025, est paru au *JO* du 17. A la suite de l'annulation des élections d'ORPEA, le syndicat « *Arc en ciel* » a perdu ses sièges (non pourvus). FO récupère un siège en section activités diverses sur le CPH de Nanterre.

L'arrêté du 12 mai 2023, fixant le calendrier de dépôt des candidatures et la liste des sièges à pourvoir dans le cadre de désignations complémentaires de conseillers prud'hommes pour le mandat prud'homal 2023-2025, est paru au *JO* du 20. La période de dépôt des candidatures est ouverte, et ce, jusqu'au jeudi 6 juillet 2023 - 16h.

► *Jeux Olympiques & Paralympiques*

La loi n°2023-380 du 19 mai 2023, relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024, et portant diverses autres dispositions, est parue au *JO* du 20.

Jurisprudence

► *Prime*

Est valide la clause selon laquelle, l'octroi d'une prime d'arrivée versée au salarié nouvellement embauché, est subordonné à une condition de présence du salarié dans l'entreprise, pendant une certaine durée après son versement.

Dans l'hypothèse d'une démission prématurée du salarié, l'employeur est fondé à demander le remboursement de ladite prime (Cass. soc., 11-5-23, n°21-25136).

► *Travail de nuit - Salaire*

Dans les industries ou les entreprises industrielles, en présence de deux équipes de fonctionnement dont l'une en suppléance destinée à remplacer l'autre durant son repos, la rémunération des salariés de l'équipe de suppléance est majorée d'au moins 50% par rapport à celle qui serait due pour une durée équivalente effectuée suivant l'horaire normal de l'entreprise.

Ne viole pas le principe d'égalité de traitement, l'employeur qui n'accorde pas aux salariés en équipe de suppléance une prime « *d'inconvénients de nuit* » accordée aux autres salariés travaillant de nuit dans les mêmes conditions.

Les salariés en équipe de suppléance étant bénéficiaires de par la loi d'un régime salarial qui leur est propre, et ne se trouvent pas au regard de ladite prime dans une situation identique aux autres salariés (Cass. soc., 10-5-23, n°21-17011).

► **Rappel de salaire**

Inverse la charge de la preuve, le juge qui déboute un salarié de sa demande en paiement de commission sur la base du chiffre d'affaires réalisé par celui-ci, au motif qu'il n'aurait produit qu'un tableau récapitulatif de l'intégralité du chiffre d'affaires réalisé par la société, sans que l'employeur ne justifie de son côté la part du chiffre d'affaires réalisée par le salarié (Cass. soc., 10-5-23, n°21-20509).

► **Accessoires du salaire**

Un bonus constituant la partie variable de la rémunération du salarié versée en contrepartie de sa performance individuelle, il en résulte :

- d'une part, qu'il s'acquiert au fur et à mesure et que son versement au mois d'avril de l'année N+1 ne constitue qu'une simple modalité de paiement qui ne peut priver le salarié de celui-ci, dès lors que la prestation de travail correspondante a bien été exécutée avant la rupture du contrat de travail, intervenue en novembre de l'année N, de sorte que le salarié est fondé à en demander le versement pour l'année N ;
- et d'autre part, que cet élément de rémunération doit être inclus dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés (Cass. soc., 17-5-23, n°21-23247).

► **Salaire - Gratification - Prescription**

La durée de la prescription étant déterminée par la nature de la créance invoquée, l'action en paiement d'un rappel de gratification allouée au titre de la médaille du travail en vertu d'un engagement unilatéral de l'employeur est soumise à la prescription triennale de l'article L 3245-1 du code du travail (Cass. soc., 11-5-23, n°21-15187).

► **Durée du travail - Preuve**

La preuve du respect des durées maximales de travail incombe à l'employeur.

Inverse la charge de la preuve, le juge qui pour débouter un salarié de sa demande de paiement de dommages-intérêts pour violation de l'obligation de sécurité (pour non-respect des durées maximales de travail), retient que celui-ci a effectué un nombre d'heures supplémentaires inférieur à celui indiqué par le salarié, et qu'il ne justifie pas que les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires n'ont pas été respectées (Cass. soc., 10-5-23, n°21-23041).

► **Durée du travail - Préjudice**

Le seul constat du dépassement de la durée quotidienne maximale de travail ouvre droit à réparation. Le juge ne peut donc pas, pour rejeter la demande d'un salarié en paiement de dommages-intérêts pour dépassement de l'amplitude horaire journalière après avoir constaté qu'il avait exécuté des journées de

travail de plus de 10 heures, retenir que l'intéressé ne démontre pas avoir subi un préjudice à ce titre (Cass. soc., 11-5-23, n°21-22281).

► **Rupture du contrat de travail**

Lorsque le contrat de travail a été rompu par l'exercice par l'une ou l'autre des parties de son droit de résiliation unilatérale, la signature postérieure d'une rupture conventionnelle vaut renonciation commune à la rupture précédemment intervenue. N'est pas recevable, la contestation d'un licenciement verbal antérieur à la signature de la convention de rupture, laquelle vaut renonciation au licenciement (Cass. soc., 11-5-23, n°21-18117).

► **Résiliation judiciaire - Nullité du licenciement**

Lorsqu'un salarié demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail et la nullité de son licenciement au cours d'une même instance, puis abandonne en cours d'instance la demande de résiliation judiciaire, le juge, qui constate la nullité du licenciement, doit examiner la demande de réintégration (Cass. soc., 11-5-23, n°21-23148).

► **Transaction - Action en justice**

La transaction par laquelle un salarié s'est désisté de « tous droits, instances et actions, et a renoncé à intenter et/ou maintenir, directement ou indirectement, toutes instances, réclamations ou demandes quelconques devant toute juridiction notamment administrative, prud'homale, pénale, civile ou autre autorité professionnelle, en France comme à l'étranger, à l'encontre de la société et de toute société du groupe auquel il appartient comme de l'un quelconque de ses dirigeants, actuels ou anciens, ou de ses salariés et anciens salariés, qui découleraient de l'exécution ou de la cessation de ses fonctions au sein de la société », fait obstacle à ce que le salarié puisse demander à son ancien employeur la prise en charge de ses frais de justice dans le cadre de poursuites par une autorité étrangère à l'encontre du salarié, pour des actes ou faits accomplis dans le cadre de ses fonctions (Cass. soc., 11-5-23, n°22-12129).

► **Travailleur étranger - Licenciement**

L'irrégularité de la situation d'un travailleur étranger constitue nécessairement une cause objective justifiant la rupture de son contrat de travail exclusive de l'application des dispositions relatives au licenciement et de l'allocation de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais elle n'est pas constitutive en soi d'une faute privative des indemnités de rupture ni d'une faute grave, de sorte que la rupture du contrat de travail pour perte de l'autorisation de travailler en France ouvre au salarié droit à l'indemnité forfaitaire de 3 mois de salaire (Cass. soc., 11-5-23, n°20-22472).

► **Rupture conventionnelle - Formalisme**

La remise d'un exemplaire de la convention de rupture au salarié étant nécessaire à la fois pour que chacune des parties puisse demander l'homologation de la convention et pour garantir le libre consentement du salarié, en lui permettant d'exercer

ensuite son droit de rétractation en connaissance de cause, il s'ensuit qu'à défaut d'une telle remise, la rupture conventionnelle est nulle.

En cas de contestation, il appartient à celui qui invoque cette remise d'en rapporter la preuve (Cass. soc., 10-5-23, n°21-23041).

► **Mandat social - Licenciement**

Ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement, le licenciement fondé sur des faits reprochés au salarié au cours d'une période où le contrat de travail était suspendu en raison de l'exercice d'un mandat social par ce salarié (Cass. soc., 17-5-23, n°21-19602).

► **Procédure conventionnelle de licenciement**

En présence d'une procédure conventionnelle de licenciement, dès lors qu'aucune disposition n'impose un formalisme particulier quant au recueil des voix sur l'autorisation de licencier le salarié concerné, l'absence d'un vote effectif au cours de la délibération du conseil d'administration n'ôte pas au licenciement subséquent son caractère réel et sérieux (Cass. soc., 17-5-23, n°21-21746).

► **Licenciement économique**

Les délais d'envoi des lettres notifiant le licenciement pour motif économique d'au moins 10 salariés sur une période de trente jours, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, ne s'appliquent pas en cas de redressement ou de liquidation judiciaire (Cass. soc., 17-5-23, n°21-21041).

► **Licenciement - Action en justice**

Le seul fait qu'une action en justice exercée par le salarié soit contemporaine d'un licenciement ne fait pas présumer que cette mesure procède d'une atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice.

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 action en justice introduite pour faire valoir ses droits (Cass. soc., 17-5-23, n°22-15143).

► **Licenciement pour faute grave - Chef comptable**

Ayant constaté que le chef comptable d'une association, licencié pour avoir communiqué à des tiers des informations sur la rémunération de plusieurs membres de la structure, n'avait divulgué ces informations, en des termes qui n'étaient ni injurieux, ni diffamatoires ou excessifs, qu'à un nombre limité de personnes, elles-mêmes soumises à une obligation de confidentialité et disposant d'un pouvoir de contrôle sur l'association, ce dont il résultait que l'interdiction de leur divulgation n'était ni justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, le juge ne peut pas décider que le licenciement était justifié par une faute grave (Cass. soc., 17-5-23, n°21-19832).

► **Forfait en heures**

La conclusion d'une convention de forfait annuelle en heures, ultérieurement déclarée illicite ou privée d'effet, ne permet pas à l'employeur de soutenir que le salarié relevait de la catégorie des cadres dirigeants (Cass. soc., 11-5-23, n°21-25522).

► **Désignation DS**

Une confédération syndicale et les organisations syndicales qui lui sont affiliées ne peuvent, sauf accord collectif plus favorable, désigner ensemble un nombre de DS supérieur à celui prévu par la loi.

Lorsqu'une organisation syndicale désigne un DS sumuméraire, cette désignation ouvre, à compter de la dernière désignation litigieuse ou de la décision prise par l'organisation syndicale pour mettre fin à cette situation, un nouveau délai de contestation de l'ensemble des désignations en cause.

Il appartient alors aux syndicats de justifier des dispositions statutaires déterminant le syndicat ayant qualité pour procéder aux désignations des DS ou à leur remplacement, ou de la décision prise par l'organisation syndicale d'affiliation pour régler le conflit conformément aux dispositions statutaires prévues à cet effet.

A défaut, par application de la règle chronologique, seule la désignation notifiée en premier lieu doit être validée (Cass. soc., 17-5-23, n°22-60024).

► **Discrimination**

Un juge ne peut pas décider que la seule mise en inactivité de la salariée ayant l'âge limite de 65 ans, en application du statut de l'entreprise, ne constitue pas un fait laissant supposer une discrimination et obligeant l'employeur à justifier des objectifs poursuivis, sans rechercher si, pour la catégorie d'emploi de l'intéressée, la différence de traitement fondée sur l'âge est objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime, notamment par des objectifs d'emploi des jeunes et de promotion d'accès à l'emploi avec une meilleure distribution de celui-ci entre les générations, et si la mise en inactivité d'office de la salariée est un moyen approprié et nécessaire de réaliser cet objectif (Cass. soc., 17-5-23, n°21-25622).

► **Prescription des faits fautifs**

Lorsque la prescription des faits fautifs est opposée par le salarié, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve de la connaissance de ces faits dans les 2 mois ayant précédé l'engagement des poursuites disciplinaires (Cass. soc., 17-5-23, n°21-23247).

► **Inaptitude - Salaire**

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, sans pouvoir en déduire les prestations de sécurité sociale et de prévoyance qui lui ont été versées (Cass. soc., 17-5-23, n°21-22835).

► *Inaptitude*

Un médecin du travail peut constater l'inaptitude d'un salarié même si l'examen se tient pendant la suspension du contrat de travail (Cass. soc., 24-5-23, n°22-10517).

► *Préjudice d'anxiété*

Un salarié est fondé à demander l'indemnisation de son préjudice d'anxiété en raison de l'exercice de son activité dans un établissement inscrit sur la liste des établissements ouvrant droit à l'ACAATA, peu important que la saisine du CPH soit antérieure à l'inscription de l'établissement sur la liste (Cass. soc., 24-5-23, n°21-17536).

FOCUS

Droit du travail : la preuve peut-elle être déloyale ?

Par principe, la preuve, en matière prud'homale, est libre (Cass. soc., 27-3-07, n°98-44666), sous réserve qu'elle ne soit pas obtenue de manière illicite ou déloyale (Cass. soc., 20-11-91, n°88-43120).

En matière pénale, aucune disposition légale ne permet au juge pénal d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale (Cass. crim., 31-1-12, n°11-85464). Par exemple, un enregistrement « *clandestin* » peut servir de preuve dans un procès pénal s'il a été transmis à la partie adverse dans des délais suffisants pour permettre une discussion contradictoire.

La licéité d'un enregistrement vidéo établissant des violences volontaires reconnue par le juge pénal s'impose au juge prud'homal (Cass. soc., 21-9-22, n°20-16841). Autrement dit, l'autorité absolue de la chose jugée au pénal s'oppose à ce que le salarié soit admis à soutenir devant le juge prud'homal l'illécéité du mode de preuve jugé probant par le juge pénal.

Sous l'impulsion de la CEDH, la Cour de cassation a reconnu, assez récemment, qu'une preuve illicite peut être admise dans un procès prud'homal si la production de cette preuve est indispensable à l'exercice du droit à la preuve, et que l'atteinte aux droits est proportionnée au but poursuivi (Cass. soc., 30-9-20, n°19-12058 ; Cass. soc., 25-11-20, n°17-19523).

Toutefois, si la production de la preuve (ex : vidéosurveillance illicite, mail privé ou compte Facebook privé...), considérée comme une preuve illicite, n'est pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur dès lors que celui-ci disposait d'une autre preuve (ex : un audit) qu'il n'a pas versée aux débats, celle-ci ne peut être admise (Cass. soc. 8-3-23, n°21-17802).

Ainsi, si l'employeur dispose d'une autre preuve plus respectueuse de la vie personnelle du salarié, celui-ci ne pourra produire une preuve illicite. La preuve illicite sera considérée comme indispensable à l'exercice du droit à la preuve lorsqu'elle sera la seule dont l'employeur ou le salarié dispose permettant d'appuyer son argumentaire. Dans le cas contraire, elle ne pourra qu'être rejetée.

En conclusion, si la preuve doit toujours être obtenue loyalement pour pouvoir être produite en matière civile, de rares exceptions admettent qu'une preuve illicite puisse être retenue.

En raison de l'inégalité des armes inhérente à la relation contractuelle, il est, tout de même, assez satisfaisant que la Cour de cassation ait ouvert une brèche dans le droit à la preuve en matière prud'homale.

Si jusqu'à présent les seules décisions rendues concernaient la preuve illicite produite par l'employeur, gageons, à l'avenir, que les salariés mobiliseront cette jurisprudence nouvelle pour obtenir gain de cause devant les tribunaux.