



## Actualités législatives et réglementaires

### ► *Contrat de professionnalisation - VAE*

Le décret n°2023-408 du 26 mai 2023, relatif à l'expérimentation permettant la conclusion de contrats de professionnalisation associant des actions de validation des acquis de l'expérience, est paru au JO du 27.

## Jurisprudence

### ► *CDD - Formalisme*

Faute de comporter la signature du salarié, le CDD ne peut être considéré comme ayant été établi par écrit, et doit être réputé conclu pour une durée indéterminée (Cass. soc., 24-5-23, n°22-11674).

### ► *CDD - Cas de recours*

L'employeur appartenant à un secteur d'activité où il est d'usage de recourir à un CDD pour un emploi donné, n'est pas dispensé d'établir un contrat écrit avec la définition précise du motif du recours au CDD (Cass. soc., 24-5-23, n°21-23971 et n°21-19130).

### ► *Changement d'employeur*

Lorsque les conditions de l'article L 1224-1 du code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail (Cass. soc., 24-5-23, n°21-12066).

### ► *Gérant non salarié - Requalification*

Le seul fait de garantir temporairement à des gérants non-salariés intérimaires, une rémunération fixe mensuelle, se substituant aux commissions prévues contractuellement, pendant les périodes d'inactivité, ne suffit pas à les qualifier de salariés (Cass. soc., 24-5-23, n°21-24758).

### ► *Temps partiel - Requalification*

Doit être requalifié en contrat à temps complet, le contrat à temps partiel dont les plannings de travail laissent apparaître des variations importantes d'horaires de travail, dont les circonstances révèlent que ces plannings sont modifiés régulièrement de sorte que la durée du travail du salarié a atteint durant plusieurs semaines celle d'un temps complet, et que le salarié était dans l'obligation de se tenir en permanence à la disposition de l'employeur (Cass. soc., 24-5-23, n°21-20118).

### ► *Licenciement disciplinaire*

Le juge ne peut aggraver la qualification de la faute retenue par l'employeur dans la lettre de licenciement.

Ainsi, lorsque dans la lettre, l'employeur prononce un licenciement pour cause réelle et sérieuse, le juge ne peut prononcer à la place, un licenciement pour faute grave (Cass. soc., 24-5-23, n°22-11072).

### ► *Harcèlement moral - Indemnisation*

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 (Cass. soc., 1-6-23, n°21-23438).

### ► *Salariés protégés - Harcèlement moral*

Dans le cas où une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé est motivée par une faute grave, il appartient à l'administration du travail de vérifier, d'une part le caractère établi et fautif des faits, et d'autre part, l'absence de lien entre la demande de licenciement et les mandats exercés par l'intéressé. Il ne lui appartient pas, en revanche, dans l'exercice de ce contrôle, de porter une appréciation sur la validité des précédentes sanctions disciplinaires invoquées par l'employeur.

Ce faisant, l'autorisation de licenciement donnée par l'administration du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir le caractère systématique ou injustifié de ces sanctions devant le juge judiciaire au titre d'éléments permettant de présumer l'existence d'un harcèlement moral (Cass. soc., 1-6-23, n°21-19649).

### ► *Salariés protégés - Licenciement Juge compétent*

Le juge judiciaire est compétent pour connaître du litige relatif au licenciement de salariés protégés inclus dans un licenciement collectif avec élaboration d'un PSE, dès lors que la décision de la DIRECCTE portant validation ou homologation du PSE a été annulée, rendant les autorisations de licenciement des salariés protégés illégales (Cass. soc., 1-6-23, n°21-22857).

### ► *Salarié protégé - Licenciement - Co-emploi*

L'existence d'une situation de co-emploi est un argument inopérant pour contester la légalité de l'autorisation délivrée par l'inspecteur du travail dans le cadre d'une procédure de licenciement pour cessation d'activité.

En revanche, la circonstance que l'entreprise qui sollicite l'autorisation de licencier, ne soit pas le véritable employeur peut quant à elle conduire à l'annulation de l'autorisation délivrée par l'inspecteur du travail (CE, 28-4-23, n°453087).

### ► **Salarié protégé - Transfert d'entreprise**

En cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, dès lors que l'entité transférée conserve son autonomie juridique, le mandat des représentants du personnel perdure.

Le nouvel employeur qui souhaite licencier un représentant issu de l'entité transférée doit alors solliciter une autorisation de licenciement auprès de l'inspecteur du travail, peu importe que l'acte de cession ne fasse pas mention du mandat, et que le salarié n'en ait pas fait état auprès de ce nouvel employeur (Cass. soc., 1-6-23, n°21-21191).

### ► **Salarié protégé - Licenciement - Indemnité Calcul**

Lorsqu'un salarié protégé a été licencié en violation du statut protecteur alors qu'il était en arrêt de travail, la rémunération à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité due au titre de la violation du statut protecteur est le salaire moyen des douze derniers mois perçu avant l'arrêt de travail (Cass. soc., 1-6-23, n°21-21191).

### ► **Discrimination syndicale - Droit à la preuve**

Le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle à la condition que cette production soit indispensable et proportionnée au but poursuivi.

Le soupçon d'une discrimination à l'égard de certains salariés, liée à leur activité syndicale, justifie la demande des salariés concernés, d'obtention de la communication par l'employeur d'informations précises (telles que le nom, prénom, bulletins de paie etc.) sur leurs collègues de travail non syndiqués. Par ailleurs, l'employeur ne fournissant pas les éléments demandés afin d'opérer une comparaison peut être condamné aux dépens (Cass. soc., 1-6-23, n°22-13238).

### ► **Expertise CSE - Etendue matérielle**

La mission d'expertise pour l'examen de la situation économique et financière de l'entreprise ne se limite pas au seul cadre de l'entreprise, mais peut porter sur le rôle que tient celle-ci au sein d'un groupe (Cass. soc., 1-6-23, n°21-23393).

### ► **Expertise CSE - Etendue temporelle**

L'expertise du CSE décidée en vue de la consultation annuelle sur la situation économique et financière de l'entreprise ne peut porter que sur l'année qui fait l'objet de la consultation et les deux années précédentes. Le juge ne peut autoriser une expertise au-delà de cette limite temporelle (Cass. soc., 1-6-23, n°21-23393).

### ► **Représentants de proximité - Mise en place**

Un accord d'établissement ne peut instituer des représentants de proximité, seul un accord d'entreprise le peut (Cass. soc., 1-6-23, n°22-13303).

## FOCUS

### **Témoignage : quelle est sa valeur en justice ?**

La CEDH considère, en matière de droit pénal, que des déclarations anonymes peuvent servir d'élément d'information mais ne valent pas en tant que preuve principale de l'exactitude des accusations portées (CEDH, 20-11-89, Kotosvski/Pays-Bas, requête n°11454/85).

Pour la chambre sociale de la Cour de cassation, si des témoignages anonymes peuvent être produits en justice, elle estime que le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes (Cass. soc., 4-7-18, n°17-18241).

Dernièrement, elle a considéré que si le juge ne peut pas fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes, il peut néanmoins prendre en considération des témoignages anonymisés, c'est-à-dire rendus anonymes *a posteriori* afin de protéger leurs auteurs mais dont l'identité est néanmoins connue par l'employeur, lorsque ceux-ci sont corroborés par d'autres éléments permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence (Cass. soc., 19-4-23, n°21-20308).

L'attestation de témoignage peut se définir comme un témoignage écrit par lequel une personne atteste avoir été personnellement le témoin direct de quelque chose.

Selon les articles 200 et suivants du code de procédure civile (CPC), l'attestation de témoignage doit remplir les conditions suivantes (un formulaire Cerfa n°11527\*03 est disponible sur Internet) :

- être écrite, datée et signée par le témoin lui-même ;
- être accompagnée d'une photocopie recto/verso de tout document officiel justifiant de l'identité du témoin et comportant sa signature ;
- reproduire, de la main du témoin, une formule précise rappelant les sanctions pénales en cas de faux témoignage.

Ces règles de forme ne sont pas prescrites à peine de nullité (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21-2-08, n°08-60022). Face à une attestation irrégulière en la forme, le juge du fond doit en apprécier la valeur probante. S'il entend écarter une attestation pour non-conformité, le magistrat doit préciser en quoi celle-ci n'est pas régulière (Cass. soc., 9-10-96, n°93-45604).

Toutefois, si le magistrat s'appuie uniquement sur certains témoignages, il n'est tenu ni de préciser l'identité de leurs auteurs, ni de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'il a décidé d'écarter (Cass. soc., 18-6-14, n°12-35064).

Le salarié doit avoir été personnellement et directement témoin des faits. Pour constituer une preuve recevable, son attestation doit contenir le récit synthétique des faits dont il témoigne : les faits doivent être précis, datés et circonstanciés.

Une attestation insuffisamment circonstanciée, une attestation se contentant de relayer les propos du salarié ou de l'employeur ou des attestations reposant sur des éléments subjectifs, tels que des impressions, sera écartée par les juges (Cass. soc., 3-5-16, n°14-29297 : *des attestations insuffisamment circonstanciées ne peuvent pas être prises en compte*).

En tout état de cause, le juge apprécie la valeur probante du témoignage ; il peut toujours procéder, par voie d'enquête, à l'audition de l'auteur d'une attestation qui pourrait lui paraître suspecte (Cass. soc., 24-9-08, n°07-42652).

Peu important la date de rédaction des attestations, le juge ne peut écarter les attestations au seul motif qu'elles sont postérieures au licenciement (Cass. soc., 31-5-06, n°05-43197).

Un salarié ne peut être ni sanctionné, ni licencié pour avoir témoigné en faveur d'un autre salarié. Une telle mesure est nulle en raison de l'atteinte portée à la liberté fondamentale de témoigner, sauf mauvaise foi de son auteur (Cass. soc., 29-10-13, n°12-22447). Dans le cadre d'une transaction, un salarié ne peut pas valablement s'engager à ne pas apporter son concours à une action en justice initiée par un autre salarié de l'entreprise.

Une attestation de témoignage d'un salarié ou du conseiller du salarié ayant assisté le salarié pendant l'entretien préalable est recevable (Cass. soc., 27-3-01, n°98-44666). Il appartient au juge du fond d'en apprécier la valeur et la portée.

Le code pénal sanctionne de 45 000 euros d'amende et 3 ans d'emprisonnement les personnes faisant pression sur un salarié pour obtenir une attestation en sa faveur (art. 434-15 du code pénal). Le faux témoignage est, quant à lui, puni de 15 000 euros d'amende et d'1 an d'emprisonnement (art. 441-7 du code pénal).

Lorsqu'une partie ne peut obtenir spontanément des témoignages (anonymes ou non), celle-ci peut recourir à la sommation interpellative pour obtenir un aveu ou un témoignage ou encore établir une mauvaise foi de son adversaire.

La sommation interpellative est l'acte par lequel un commissaire de justice interpelle directement un destinataire désigné en lui posant diverses questions, et recueille ses réponses et observations. La réponse fournie est ensuite opposable, notamment en justice.

L'éventuel refus de répondre est également consigné par le commissaire de justice. Dans ce cas, ce refus de répondre peut éventuellement être utilisé dans le cadre d'une action en justice.

En dehors de la production d'une attestation de témoignage, une partie peut demander aux juges de convoquer certaines personnes pour une audition. Il incombe à la partie qui demande une enquête d'indiquer les nom, prénoms et demeure des personnes dont elle sollicite l'audition. Tout membre de l'entreprise peut être appelé par le juge pour être entendu sans qu'il puisse être argué d'un lien de subordination ou d'une position hiérarchique pour s'y soustraire.

L'audition est une mesure d'instruction qui peut, en application de l'article 143 du CPC, être décidée d'office. Le juge n'est jamais tenu d'ordonner une mesure d'instruction (Cass. soc., 30-11-94, n°93-40368). La décision d'ordonner ou non une mesure d'instruction relève de son appréciation souveraine (Cass. soc., 13-5-97, n°95-41025). Dès lors qu'il estime que la mesure d'instruction sollicitée n'est pas utile à la manifestation de la vérité, le juge est fondé à refuser de l'ordonner (Cass. soc., 31-1-79, n°77-4984).

Attention, la mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve (art 146 alinéa 2 du CPC). Ce n'est donc qu'en présence d'un commencement de preuve établissant les faits allégués que le juge pourra, en complément, ordonner une mesure d'instruction (Cass. soc., 26-10-94, n°91-43617). Les juges apprécient souverainement la carence du demandeur dans la fourniture de la preuve (Cass. soc., 13-11-90, n°87-43542).