

ACTUALISATION SOCIALE

Légale, Réglementaire et Jurisprudentielle

Interventions des :
MERCREDI 6 NOVEMBRE 2024
JEUDI 7 NOVEMBRE 2024

Pascal PETREL, Avocat Associé
p.petrel@petrel-avocats.com



I – LOI PPV

II – LOI SUR L'IMMIGRATION : REGULARISATION DES TRAVAILLEURS ETRANGERS DANS LES METIERS EN TENSION

III –LOI SUR LA DDADUE SUR LES CONGES PAYES

IV – SIGNATURE D'UN ACCORD NATIONAL INTERPROFESSIONNEL DU 23 AVRIL 2024 PORTANT CREATION D'UN COMPTE EPARGNE TEMPS UNIVERSEL

V – LE CADRE JURIDIQUE DE LA CONTRE VISITE MEDICALE ENFIN DEFINI PAR DECRET

VI – TELETRAVAIL ET RECONNAISSANCE DES ACCIDENTS DU TRAVAIL

VII – ASC ET CONDITIONS D'ANCIENNETE : COMMUNIQUE DE L'URSSAF

VIII - JURISPRUDENCE COMMENTEE

I – LOI SUR LE PARTAGE DE LA VALEUR



La loi n° 2023-1107 du 29 novembre 2023 assurant la transposition des stipulations de l'ANI du 10 février 2023 sur le partage de la valeur au sein de l'entreprise a été publiée au JO du 30 novembre 2023.

Elle a pour objet de faciliter la généralisation des dispositifs de partage de la valeur, de simplifier leur mise en place et de développer l'actionnariat du salarié.

Le tableau ci-dessous reprend les principales actions que l'employeur doit mettre en œuvre suite à sa publication et dans quels délais.

CHRONOLOGIE DES PRINCIPALES ACTIONS A ENGAGER			
Domaine	Date d'application	Caractère	Action(s)
Dispositif expérimental de participation dérogatoire	Immédiate <i>Fin du dispositif : 29 novembre 2028</i>	Facultatif	Entreprises qui ne sont pas tenues de mettre en place la participation : institutions d'un tel régime en retenant une formule de calcul de la RSP dérogatoire qui peut aboutir à un résultat moins favorable que la formule de droit commun
Encadrement des salaires pour la répartition de l'intéressement	Immédiate	Facultatif	Possibilité de fixer un salaire plancher et/ou un salaire plafond pour la répartition de l'intéressement fondée sur le critère des salaires. <i>A noter : l'Administration admet déjà cette pratique</i>
Partage des bénéfices	Immédiate <i>Pour les entreprises ayant un accord d'intéressement ou de participation applicable au 29 novembre 2023 : négociation à engager avant le 30 juin 2024</i>	Obligatoire	Les entreprises soumises à l'obligation de mettre en œuvre la participation et pourvues d'un DS doivent négocier sur les conséquences d'un bénéfice exceptionnel lorsqu'elles ouvrent une négociation pour mettre en œuvre un dispositif d'intéressement ou de participation
Dispositif expérimental de partage de la valeur dans les entreprises réalisant un bénéfice d'au moins 1 % du CA	Immédiate <i>L'obligation de mettre en place l'un des dispositifs de partage de la valeur s'applique aux exercices ouverts après le 31 décembre 2024 Fin du dispositif : 29 novembre 2028</i>	Obligatoire	Les entreprises d'au moins 11 salariés, non soumises à l'obligation de mettre en œuvre la participation, doivent instituer un dispositif de partage de la valeur lorsqu'elles réalisent durant trois exercices consécutifs un bénéfice net fiscal au moins égal à 1 % du CA

Prime de partage de la valeur	Immédiate	Facultatif	Versement annuel de deux primes
Plan d'épargne	A compter du 1 ^{er} juillet 2024	Obligatoire	Les PEE ou les PERE doivent prévoir la possibilité d'affecter les sommes recueillies sur un fonds labellisé ou un fonds nourricier d'un fonds labellisé au titre du financement de la transition énergétique et écologique ou de l'investissement socialement responsable
Avances sur intéressement et participation	Attente de la parution d'un décret	Facultatif	Versement d'une ou plusieurs avances sur l'intéressement ou la participation <i>Il convient de noter que l'Administration admet déjà cette pratique</i>
Prime de partage de la valeur			<ul style="list-style-type: none"> • Possibilité d'affecter la PPV sur un plan d'épargne salariale ou un PERE • L'employeur peut abonder le versement
Plan de partage de la valorisation de l'entreprise			<ul style="list-style-type: none"> • Permet le versement d'une prime • Possibilité de l'affecter sur un plan d'épargne salariale ou un PERE • L'employeur peut abonder le versement

1. Publication d'un premier décret d'application

Un décret du 29 juin 2024 précise certaines dispositions de la loi n° 2023-1107 du 29 novembre 2023 portant notamment sur :

- l'affectation de la prime de partage de la valeur (PPV) à un plan d'épargne salariale ou à un plan d'épargne retraite d'entreprise,
- le plan de partage de la valorisations de l'entreprise (PPVE) nouvellement créé,
- les dispositifs d'épargne salariale.

➤ Prime de partage de la valeur

Le nouveau texte dispose que la demande d'affectation des sommes attribuées au titre de la PPV au sein d'un plan d'épargne salariale doit être formulée au plus tard dans les 15 jours suivant la réception du document les informant du montant qui leur est attribué et dont ils peuvent demander le versement.

Les entreprises qui disposent d'un plan d'épargne salariale doivent établir pour chaque somme versée au titre de la PPV une fiche distincte du bulletin de paie dont le contenu est énuméré par le décret.

➤ Plan de partage de la valorisation de l'entreprise

Le décret fixe :

- les conditions de dépôt de l'accord instituant le PPVE, ainsi que les modalités de sécurisation de celui-ci au titre du bénéfice des exonérations sociales ouvertes par le dispositif,
- à 15 jours le délai dont dispose le salarié après information sur son droit à la prime de partage de la valorisation de l'entreprise pour demander son affectation sur un plan d'épargne,

- le contenu des fiches distinctes du bulletin de salaire visant à informer le salarié sur les modalités de calcul et d'obtention de la prime, d'une part et sur les droits dont il dispose une fois la prime attribuée, d'autre part,
- les règles d'information du salarié ayant quitté l'entreprise et pouvant prétendre à l'attribution de la prime.

➤ **Epargne salariale**

- Avant sur intéressement et participation

Les conditions selon lesquelles les accords d'intéressement ou de participation peuvent organiser le versement d'avances en cours d'exercice font l'objet de précisions.

Il est ainsi indiqué que ces avances ne peuvent être versées qu'avec l'accord express du salarié formulé dans un délai de 15 jours après que l'information de celui-ci par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé de la possibilité de percevoir une avance sur intéressement ou participation.

La somme au titre d'une avance sur la prime d'intéressement ou de participation doit faire l'objet d'une fiche spécifique et distincte du bulletin de salaire dont le contenu est normé.

- Participation

Les périodes d'absence liées au congé de paternité et d'accueil de l'enfant donnent expressément lieu à rétablissement du salaire pour calculer le droit des salariés sur la réserve spéciale de participation lorsqu'elle est, partiellement ou intégralement, répartie selon le critère de la rémunération.

- Plafond des versements unilatéraux

Le plafond de versement unilatéral de l'employeur à un pan d'épargne entreprise destiné à l'acquisition d'actions de l'entreprise, ainsi que le plafond de versement unilatéral de l'employeur à un PERCO et à un plan d'épargne retraite d'entreprise collectif sont réhaussés à hauteur du plafond d'exonération de la prime de partage de la valeur (soit 3 000 € ou, sous certaines conditions, 6 000 €).

- Fonds labellisé des plans d'épargne

Depuis le 1^{er} juillet 2024, les plans d'épargne d'entreprise ou d'épargne retraite d'entreprise doivent prévoir la possibilité d'affecter les sommes recueillies à l'acquisition de parts d'au moins un fonds labellisé ou d'un fonds nourricier d'un fonds labellisé au titre du financement de la transition énergétique et écologique ou de l'investissement socialement responsable.

Les labels des fonds d'épargne salariale qui peuvent être présentés par les gestionnaires pour respecter cette obligation sont listés par le décret.

2. Deuxième décret d'application du 12 juillet 2024

Ce décret vient préciser un certain nombre de dispositions.

Par ailleurs, il convient d'attendre encore un Questions/Réponses de l'administration qui viendra répondre à de nombreuses interrogations laissées encore par les textes.

➤ **Obligation de Mise en Place d'un Dispositif de Partage de la Valeur**

Les entreprises comptant entre 11 et 49 salariés et réalisant un bénéfice net fiscal supérieur à 1% de leur chiffre d'affaires sur les 3 derniers exercices, sont tenues, à compter du 1^{er} janvier 2025, de mettre en place un dispositif de partage de la valeur (Intéressement, Participation, Abondement sur un plan d'épargne ou Prime de partage de la valeur).

Pour déterminer le seuil d'assujettissement auquel s'applique cette obligation, il convient pour les entreprises de calculer la moyenne de l'effectif au cours de chacun des mois de l'année précédente.

Contrairement au seuil d'assujettissement à la participation obligatoire qui indique que l'effectif mensuel moyen doit être supérieur à 50 pendant cinq années consécutives, il suffit que le seuil de 11 soit atteint sur une année pour que l'obligation s'applique.

➤ **Versement d'Avances Périodiques sur Intéressement et Participation**

Les versements d'avances périodiques ont été consacrées par le premier décret.

Le second décret vient apporter des précisions sur les modalités d'information à mentionner dans l'accord d'intéressement ou de participation.

L'accord doit ainsi prévoir, en cas de versement d'avance, les modalités de recueil de l'accord du salarié et l'impossibilité de débloquer le trop-perçu s'il a été affecté à un plan d'épargne salariale ou son reversement intégral sous la forme d'une retenue sur salaire, en l'absence d'une telle affectation.

➤ **Nouveaux Cas de Déblocage Anticipé sur le PEE**

Le décret introduit trois nouveaux cas de déblocage anticipé sur le Plan d'Épargne Entreprise (PEE-I) offrant aux salariés des possibilités supplémentaires d'utilisation de leur épargne. Les plans épargne retraite (PER) ne sont pas concernés.

L'administration viendra préciser les documents à fournir aux teneurs de compte pour justifier de la dépense.

L'épargne peut donc être désormais être débloquée avant l'échéance des 5 ans aussi dans les cas suivants :

- Dépenses liées à la Rénovation Énergétique de la résidence principale

Il s'agit de couvrir les dépenses liées à la rénovation énergétique de la résidence principale.

Cette mesure concerne les dépenses réalisées dans la résidence principale et portant notamment sur une « action efficace d'amélioration de la performance énergétique du logement ou du bâtiment concerné ».

La demande de déblocage doit être effectuée dans les six mois suivant la réalisation des travaux. Le fait générateur de la demande doit être postérieur à l'entrée en vigueur du décret

- Dépenses engagées en tant que Proche Aidant

Il s'agit de couvrir les dépenses engagées dans le cadre d'un congé proche aidant.

Cela inclut l'aide apportée par le conjoint du bénéficiaire du plan d'épargne ou son partenaire de PACS pour couvrir les dépenses engagées par le ménage.

La personne aidée doit résider en France de façon stable et régulière.

La demande de déblocage peut être effectuée à tout moment à compter de la survenance du fait générateur.

Le fait générateur peut être antérieur à l'entrée en vigueur du décret.

- Dépenses engagées pour l'Acquisition d'un Véhicule Propre

L'acquisition d'un véhicule propre, neuf ou d'occasion, à l'exception des vélos non électriques permet désormais de débloquer son épargne.

Cette mesure vise à encourager l'adoption de véhicules électriques ou à hydrogène.

La demande de déblocage doit être effectuée dans les six mois suivant l'achat du véhicule.

Le fait générateur de la demande doit être postérieur à l'entrée en vigueur du décret.

➤ **Rehaussement du plafond global sur le PEE**

Rehaussement du plafond global d'abondement complémentaire sur le PEE qui passe 8% du PASS à 16% du PASS en cas d'abondement unilatéral effectué par l'entreprise dans le cadre de l'acquisition de titres de l'Entreprise.

En outre, si l'abondement complémentaire est également investi en actions de l'entreprise et qu'il complète un abondement unilatéral, la limite devrait passer de 14,4% (8% du PASS majoré de 80%) à 28,8% du PASS (16% du PASS majoré de 80%).

➤ **Conclusion**

Ce décret lié à la Loi Partage de la Valeur marque une avancée majeure pour les entreprises et leurs salariés.

Avec des obligations claires et des possibilités étendues, il ouvre la voie à une meilleure répartition des bénéfices et à une économie plus durable.

3. Nouveau questions-réponses

Les articles 5 et 6 de la loi n° 2023-1107 du 29 novembre 2023 portant transposition de l'accord national interprofessionnel relatif au partage de la valeur au sein de l'entreprise, créent, à titre expérimental pendant 5 ans, une nouvelle obligation de partage de la valeur dans les entreprises d'au moins 11 salariés non couvertes par l'obligation de mise en place de la participation, ayant réalisé des bénéfices réguliers pendant trois exercices consécutifs.

Un nouveau question-réponses commentant ce dispositif a été diffusé le 8 juillet dernier par le ministère du Travail.

Des précisions sont également apportées sur les entreprises du secteur de l'économie sociale et solidaire.

Cf. annexe au présent support

II – LOI IMMIGRATION : REGULARISATION DES TRAVAILLEURS ETRANGERS DANS LES METIERS EN TENSION



La loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour « contrôler l'immigration et améliorer l'intégration » a été promulguée et publiée au Journal Officiel le 27 janvier 2024.

Parmi les mesures intéressant le droit du travail, celle « phare » et largement médiatisée est la possibilité donnée aux travailleurs étrangers en situation irrégulière de déposer en Préfecture sans le concours de l'employeur un dossier de demande d'admission exceptionnelle au séjour par le travail dans les métiers dits « en tension ».

En cas de décision favorable, le travailleur étranger peut obtenir une autorisation de travail et un titre de séjour mention « salarié » (en cas de justification d'un CDI) ou mention « travailleur temporaire » (en cas de justification d'un CDD).

Ce dispositif n'est cependant pas définitif et s'applique à titre expérimental jusqu'au 31 décembre 2026.

➤ **Qu'est-ce qu'une procédure d'admission exceptionnelle au séjour par le travail ?**

Pour embaucher un travailleur étranger (hors UE/EEE/Confédération Suisse), les employeurs français disposent principalement de trois voies :

- Première voie : la personne est en situation régulière et dispose d'un titre de séjour permettant un droit au séjour et comportant une autorisation de travail
- Deuxième voie : la personne est en situation régulière sur le sol français mais elle ne dispose pas d'une autorisation de travail, d'où la nécessité d'obtenir une autorisation de travail et de passer par une procédure de « changement de statut »
- Troisième voie : la personne est en situation irrégulière (pas de droit au séjour, ni d'autorisation de travail) et il convient de passer par une procédure d'admission exceptionnelle au séjour par le travail

C'est cette dernière voie qui a été modifiée par la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 (article 27) dont les conditions sont explicitées par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (article L 435-4 du CESEDA).

➤ **Quelles sont les conditions à remplir pour pouvoir déposer une demande d'admission exceptionnelle au séjour version « article L 435-4 du CESEDA » ?**

Un étranger en situation irrégulière de séjour et de travail peut déposer, sans participation obligatoire de son employeur (contrairement à l'ancienne procédure) un dossier d'admission exceptionnelle au séjour par le travail en justifiant :

- d'une activité professionnelle exercée durant 12 mois (consécutifs ou non) au cours des 24 derniers mois précédant la demande et d'une période de séjour en France d'au moins trois ans,
- de la démonstration du fait que la demande de régularisation par le travail se fait pour travailler dans un métier dit « en tension ».

Par la suite, si ces conditions sont remplies, les services de la Préfecture vérifieront par tout moyen de la réalité de l'activité exercée alléguée.

➤ **Qu'est-ce qu'un métier « en tension » ?**

Actuellement, le listing des métiers en tension est fixé par un arrêté en date du 1^{er} avril 2021.

En réalité, il ne recense pas, pour beaucoup de régions, les métiers dans lesquels il y a une réelle pénurie de main d'œuvre (bar-restauration, hôtellerie, BTP, services de ménage, etc...).

Pour pallier cela, la loi immigration a modifié le CESEDA (article L 414-13, al. 2) afin de prévoir une actualisation au moins annuelle de cette liste après consultation des organisations syndicales représentatives d'employeurs et de salariés.

Il est à noter que le rôle de l'employeur est effacé de la procédure instruite dans le cadre des métiers en tension.

Aucune démarche administrative n'est en principe attendue de sa part.

Cependant, cet effacement du rôle de l'employeur est illusoire.

Une circulaire parue le 5 février 2024 précisant les modalités d'application (instruction du Ministère de l'intérieur relative à l'admission au séjour des ressortissants étrangers justifiant d'une expérience professionnelle salariée dans des métiers en tension) souligne que si l'étranger ne remplit pas les conditions au regard du métier en tension, son dossier sera réexaminé en exigeant la fourniture d'un CERFA rempli préalablement par l'employeur (cf. annexe jointe).

Une procédure peut-être à saluer mais très étonnante et contradictoire.

Le dépôt d'un tel dossier laisse aussi transparaître la réalisation de l'infraction de travail illégal.

Or, il convient de rappeler que la loi du 26 janvier 2024 sanctionne également plus lourdement les employeurs en cas d'emploi de travailleurs étrangers sans autorisation de travail avec particulièrement le doublement du montant de l'amende pénale qui passe, pour une personne morale, de 75 000 à 150 000 € par étranger concerné.

D'ailleurs, la circulaire du 5 février 2024 précise que les données collectées en matière de non-respect des obligations relevant de l'employeur relevées dans le cadre de la demande déposée au titre des métiers en tension pourront être communiquées aux corps de contrôle dans un objectif de « lutte contre le travail illégal ».

La place de l'employeur peut être effacée mais reste donc risquée.

➤ **Publication du décret relatif à l'amende administrative sanctionnant l'emploi de ressortissants étrangers non autorisés à travailler**

La loi du 26 janvier 2024 dite « immigration » a fait couler beaucoup d'encre à l'occasion des débats parlementaires.

Divers décrets d'application devaient venir préciser les mesures qui y sont prévues.

C'est désormais chose faite, 8 décrets ont été publiés au Journal Officiel le 16 juillet 2024 dont un relatif à l'amende administrative sanctionnant l'emploi de ressortissants étrangers non autorisés à travailler et modifiant les conditions de délivrance des autorisations de travail.

L'amende administrative, d'un montant au plus égal à 5 000 fois le taux horaire du minimum garanti, est due pour chaque travailleur étranger employé en méconnaissance des dispositions du Code du travail imposant aux salariés étrangers de détenir un titre les autorisant à exercer une activité salariée en France.

Le décret précise les conditions dans lesquelles l'amende est diminuée à 2 000 fois le taux horaire du minimum garanti si l'employeur a spontanément versé les salaires et indemnités dus au salarié au titre d'une période d'emploi illicite telle que visés à l'article L.8252-2 du Code du travail.

Le décret précise également que la réitération augmentant l'amende administrative à 15 000 fois ce même taux horaire du minimum garanti est celle qui intervient dans les 5 ans de la précédente infraction.

Cette amende administrative remplace les contributions spéciales et forfaitaires précédemment dues.

Le ministre chargé de l'immigration est compétent pour constater et fixer le montant de l'amende administrative.

Concernant les autorisations de travail, les modifications n'entrent en vigueur que le 1^{er} septembre 2024.

Elles concernent le champ des infractions imputables à l'employeur pour refuser l'autorisation de travail qui est étendu à différents manquements de l'employeur.

Une possibilité de refuser l'autorisation de travail à l'employeur est introduite si son projet de recrutement apparaît manifestement disproportionné au regard de l'activité de l'employeur. Pour les travailleurs saisonniers, l'employeur devra fournir les éléments permettant de s'assurer que le logement fourni au travailleur respecte les conditions de vie décente.

➤ **Recruter une personne de nationalité étrangère présente en France**

La Direction générale des étrangers en France (DGEF) a publié le 20 septembre dernier une plaquette d'information à destination des entreprises qui souhaitent recruter des personnes étrangères.

Cette plaquette reprend le cadre légal applicable et rappelle les services d'aide au recrutement ainsi que les dispositifs d'accompagnement au niveau local.

Une foire aux questions est également disponible sur le site du ministère de l'Intérieur.

<https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Immigration/L-immigration-professionnelle/Recruter-une-personne-de-nationalite-etrangere-presente-en-France>

III – LA LOI SUR LA DDADUE



1. Publication au Journal Officiel de la loi sur la DADDUE

La loi du 22 avril 2024, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne (DDADUE), est entrée en vigueur le 24 avril 2024.

Elle apporte une réponse législative aux arrêts rendus par la Cour de cassation le 13 septembre dernier qui avaient opéré un important revirement de jurisprudence en matière d'acquisition des congés payés pendant une période de maladie.

Ainsi, le Code du travail a été mis en conformité avec le droit de l'Union Européenne qui accorde à tout travailleur un droit à des périodes annuelles de congés payés(Charter des droits fondamentaux de l'Union Européenne) d'au moins 4 semaines (directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003).

En substance, voici les principales modifications de la législation française :

- les salariés en arrêt de travail pour maladie simple ont désormais droit à 2 jours ouvrables de congés payés par mois, dans la limite de 24 jours ouvrables par an,
- la prise des congés payés peut être reportée de 15 mois lorsqu'un salarié est dans l'impossibilité, pour cause de maladie ou d'accident, de les prendre,
- une application rétroactive de la loi pour les salariés toujours en poste à ce jour (pour les salariés ayant quitté l'entreprise, la loi ne prévoit pas de disposition spécifique : application de la prescription triennale de droit commun),
- un délai de 2 ans pour ester en justice à partir de ce jour pour les salariés en poste qui revendiqueraient leurs congés,
- une obligation pour l'employeur d'informer les salariés de retour d'arrêt maladie de leurs droits à congés dans un délai d'un mois.

2. Les gestionnaires de paie vont devoir gérer deux compteurs

➤ Les dispositions de la loi

- Salarié en activité

Selon les dispositions « d'ordre public » :

- tout salarié en activité a droit à un congé de **2 jours ½ ouvrables** par mois de travail effectif chez le même employeur,
- la durée totale du congé exigible ne pouvant excéder 30 jours ouvrables.

Le code du travail reconnaît par défaut le calcul du droit aux congés payés selon la méthode des jours ouvrables (6 jours par semaine), mais il n'est pas interdit de chiffrer les congés payés acquis en méthode des jours ouvrés (5 jours par semaine)

Dans ce cas, le droit maximum sera de 25 jours (5 semaines de 5 jours)

Mode de calcul	Nombre de jours de CP (valeur maximale)
Calcul en jours ouvrables	<ul style="list-style-type: none"> • 5 semaines soit un nombre de 30 jours • Soit par mois $30/12 = 2,50$ jours
Calcul en jours ouvrés	<ul style="list-style-type: none"> • 5 semaines soit un nombre de 25 jours • Soit par mois $25/12 = 2,0833333$ jours

- Cas particulier des arrêts maladie

De façon dérogatoire, le code du travail assimile désormais les périodes d'arrêts maladie comme « période de travail effectif » permettant l'acquisition d'un droit aux congés payés.

Toutefois, dans ce cas, où le salarié serait en arrêt de maladie durant toute la période de référence, le droit maximum serait alors plafonné à 4 semaines, donnant le résultat suivant :

Mode de calcul	Nombre de jours de CP (valeur maximale)
Calcul en jours ouvrables	<ul style="list-style-type: none">• 4 semaines soit un nombre de 24 jours• Soit par mois $24/12 = 2$ jours
Calcul en jours ouvrés	<ul style="list-style-type: none">• 4 semaines soit un nombre de 20 jours• Soit par mois $20/12 = 1,6666666$ jours

- Régime des équivalences
 - Préambule

La loi n° 2024-364 du 22 avril 2024 ne modifie pas les règles d'équivalence toujours fixées comme suit :

Sont assimilées à 1 mois de travail effectif les périodes équivalentes à :

- 4 semaines,
- ou 24 jours de travail.
- Rappel de la règle donnée par l'administration

Si nous agréons les dispositions légales et celles confirmées par l'administration, nous pouvons en conclure que sont assimilées à 1 mois de travail effectif les périodes suivantes :

- un mois civil,
- 4 semaines,
- 24 jours (si le salarié travaille 6j par semaine),
- 22 jours (si le salarié travaille 5j ½ par semaine),
- 20 jours (si le salarié travaille 5j par semaine).

La règle permettant de considérer que 20, 22 ou 24 jours travaillés correspondent à 1 mois de travail effectif a été confirmée *par circulaire ministérielle du 15/05/1956.*

➤ Exemple concret

- Calcul du droit aux CP en jours ouvrables
 - Présentation du contexte

Soit un salarié présent dans l'entreprise durant toute la période de référence ;

- il exerce son activité selon un rythme de travail de 5j/semaine,
 - me salarié est arrêt maladie durant une partie de la période de référence (4 mois, soit 16 semaines de 5 jours = 80 jours ouvrés).
- Chiffrage du droit aux congés payés

Compteur 1

Le gestionnaire de paie doit décompter le droit aux congés payés en retenant les éléments suivants :

- 1 année correspond à 260 jours ouvrés (52 semaines * 5 jours, selon le rythme de travail),
- sont enlevés les jours d'arrêt maladie, soit 80 jours,
- le nombre de jours travaillés est alors de 180 jours,
- 1 mois de travail= 20 jours (en raison du rythme de travail), 180 jours sont convertis en 9 mois d'activité,
- le salarié acquiert un droit aux congés payés (non encore arrondi) de $9 * 2,50$ jours= 22,50 jours ouvrables.

Compteur 2

Le gestionnaire de paie doit décompter le nombre de jours d'arrêt maladie, ouvrant droit désormais à l'acquisition de jours de congés payés, soit le raisonnement suivant :

- 80 jours d'arrêt maladie,
- 1 mois de travail= 20 jours (en raison du rythme de travail), 80 jours sont convertis en 4 mois d'activité,
- le salarié acquiert un droit aux congés payés (non encore arrondi) de $4 * 2$ jours= 8 jours ouvrables.

Compteur 1+ compteur 2

Le gestionnaire de paie fait la somme des jours de congés payés acquis, mais non encore arrondis, soit présentement :

- 22,50 jours+ 8= 30,50 jours ouvrables,
 - cette valeur doit être arrondie au nombre entier supérieur, en plafonnant toutefois cette valeur à hauteur du droit maximal,
 - permettant d'obtenir un droit aux congés payés de **30 jours.**
- Calcul du droit aux CP en jours ouvrés

- Présentation du contexte

Soit un salarié présent dans l'entreprise durant toute la période de référence ;

- il exerce son activité selon un rythme de travail de 5j/semaine,
- le salarié est arrêté maladie durant une partie de la période de référence (5 semaines soit 80 jours ouvrés).

- Chiffrage du droit aux congés payés

Compteur 1

Le gestionnaire de paie doit décompter le droit aux congés payés en retenant les éléments suivants :

- 1 année correspond à 260 jours ouvrés (52 semaines * 5 jours, selon le rythme de travail),
- sont enlevés les jours d'arrêt maladie, soit 80 jours,
- le nombre de jours travaillés est alors de 180 jours,
- 1 mois de travail= 20 jours (en raison du rythme de travail), 180 jours sont convertis en 9 mois d'activité,
- le salarié acquiert un droit aux congés payés (non encore arrondi) de $9 \times (25/12)$ jours= 18,75 jours ouvrés.

Compteur 2

Le gestionnaire de paie doit décompter le nombre de jours d'arrêt maladie, ouvrant droit désormais à l'acquisition de jours de congés payés, soit le raisonnement suivant :

- 80 jours d'arrêt maladie,
- 1 mois de travail= 20 jours (en raison du rythme de travail), 80 jours sont convertis en 4 mois d'activité,
- le salarié acquiert un droit aux congés payés (non encore arrondi) de $4 \times (20/12)$ jours= 6,67 jours ouvrés.

Compteur 1+ compteur 2

Le gestionnaire de paie fait la somme des jours de congés payés acquis, mais non encore arrondis, soit présentement :

- 18,75 jours+ 6,67 jours= 25,42 jours ouvrés,
- cette valeur doit être arrondie au nombre entier supérieur, en plafonnant toutefois cette valeur à hauteur du droit maximal,
- permettant d'obtenir un droit aux congés payés de **25 jours ouvrés.**

3. Les précisions de la DGT sur les nouvelles règles

L'adoption définitive de la loi DDADUE permet enfin de clarifier le cadre juridique du droit à congés payés en cas d'arrêt de travail (maladie ou AT/MP).

Ces nouvelles règles, très attendues, qui fixent les modalités d'acquisition de congés payés durant un arrêt maladie, de report des congés payés non pris et d'application rétroactive aux situations antérieures soulèvent certaines difficultés d'interprétation et/ou de mise en œuvre pratique. Interrogée par la rédaction, la Direction Générale du Travail (DGT) nous a livré des précisions.

Il convient de rappeler que ces précisions de la DGT, apportées en réponse aux questions de la rédaction, n'ont pas en elles-mêmes de valeur juridique.

Pour mémoire, la loi, qui a été définitivement adoptée le 10 avril 2024 n'est pas encore applicable. Elle entrera en vigueur après publication au Journal officiel, sous réserve de l'issue d'une éventuelle saisine du Conseil constitutionnel.

➤ **Application de la période de report de 15 mois des congés payés acquis non pris en raison d'un arrêt de travail : ce que dit la nouvelle loi**

La loi institue une période de report de 15 mois pour prendre les congés payés acquis n'ayant pas pu être posés au cours de leur période « normale » de prise, en raison d'un arrêt de travail, sachant que le délai de 15 mois démarre à partir du moment où l'employeur a informé le salarié sur ses droits à congés (nombre de jours de congé dont il dispose, date jusqu'à laquelle ces congés peuvent être pris), postérieurement à sa reprise du travail (article L 3141-19-1 nouveau du Code du travail).

- Exemple : salarié malade de juillet à septembre 2024

L'exemple suivant a été soumis à la DGT : un salarié est en arrêt maladie de juillet à septembre 2024 et reprend le travail le 1er octobre 2024.

L'employeur l'a informé à sa reprise du travail des modalités de report de ses congés. Dans l'entreprise, la période d'acquisition des congés court du 1er juin au 31 mai et la période de prise du 1er mai au 30 avril.

La DGT estime que dans cet exemple :

- **Le report de CP sur 15 mois peut concerner les congés payés acquis du 1er juin 2023 au 31 mai 2024** et qui n'ont pas déjà été pris par le salarié au moment où a débuté son arrêt maladie, s'il se trouve dans une situation d'impossibilité de prendre ses congés à sa reprise du travail.
- **En revanche, le délai de report n'a pas vocation à concerner les jours de congés payés acquis pendant l'arrêt maladie (de juillet à septembre 2024), ni ceux acquis au mois de juin 2024.**

En effet, la reprise du travail étant intervenue avant le début de la période de prise des congés acquis de juin à septembre 2024, il dispose dès lors de l'entièreté de la période de prise de congés du 1er mai 2025 au 31 avril 2026 pour pouvoir « les poser ».

Les dispositions de l'article L. 3141-19-1 ne trouvent donc pas à s'appliquer dans ce cas, puisque le salarié n'est pas dans l'impossibilité de prendre ses congés au cours de la période de prise.

- **Application de la période de report de 15 mois des congés payés acquis pendant un arrêt de travail de longue durée : ce que dit la nouvelle loi**

Une règle spécifique est prévue pour les salariés en arrêt de travail depuis au moins 1 an à la fin de la période d'acquisition des congés payés (dans le cas général, le 31 mai).

Les congés payés acquis au titre de la période d'arrêt de travail sont également reportés sur une période de 15 mois, mais qui débute à compter du terme de la période d'acquisition « au titre de laquelle ces congés ont été acquis si, à cette date, le contrat de travail est suspendu depuis au moins un an en raison de la maladie ou de l'accident » (article L. 3141-19-2 nouveau du Code du travail).

- Exemple : salarié malade du 15 mars de l'année N - 1 au 31 mai de l'année N

L'exemple suivant a été soumis à la DGT : un salarié est en arrêt de travail du 15 mars de l'année N - 1 au 31 mai de l'année N.

En théorie, sur la période d'acquisition courant du « 1er juin N – 1 / 31 mai N », il a acquis 24 jours ouvrables de congés payés s'il était en arrêt maladie et 30 jours ouvrables s'il était en arrêt AT/MP.

La DGT confirme et précise notre interprétation de la règle de report :

- **Pour les CP acquis au titre de la période d'arrêt de travail « 1er juin N – 1 / 31 mai N », le report de CP de 15 mois débute le 31 mai de l'année N et va jusqu'au 31 août de l'année N + 1**

Néanmoins, l'employeur doit informer le salarié à son retour de ses droits à congés payés : puisque la reprise du travail intervient le 1er juin de l'année N, la période de report est en effet suspendue jusqu'à ce que le salarié ait reçu ces informations (c. trav. art. L. 3141-19-2 nouveau, al. 2).

Si l'arrêt de travail se prolongeait et que le salarié ne revenait finalement que le 1er mars de l'année N + 1, la période de report serait suspendue à cette date. Dans ce cas, 9 mois s'étant déjà écoulés (juin N à février N + 1), il en resterait 6.

La période de report ne recommencerait à courir qu'à partir du moment où l'employeur se sera acquitté de son obligation d'information.

- **Sur les CP acquis au titre de la période d'arrêt de travail du « 15 mars N - 1 au 31 mai N – 1**

Ces jours de congés auraient dû être pris du 1er mai de l'année N-1 au 30 avril de l'année N.

Dans ce cas, au 31 mai de l'année N - 1, fin de la période d'acquisition desdits droits à congés payés, le salarié n'étant pas arrêté depuis au moins un an, il faut appliquer la règle générale de report prévue au nouvel article L. 3141-19-1.

La période de report de 15 mois ne peut commencer à courir qu'après la reprise du travail par le salarié, à compter du moment où il est informé de ses droits à congés par l'employeur et de la date limite pour les prendre.

- **Si l'arrêt de travail se prolongeait finalement jusqu'au 31 août de l'année N + 1, le salarié perdrait les droits à CP acquis durant sa période d'arrêt de travail du 1er juin N – 1 au 31 mai N**

La période de report de 15 mois n'étant pas suspendue et s'achevant effectivement le 31 août de l'année N + 1, le salarié qui reprend le travail postérieurement à cette date a perdu ses droits à CP.

En revanche, comme indiqué ci-avant, le salarié conserve le bénéfice du report des CP acquis du 15 mars de l'année N -1 au 31 mai de l'année N-1.

N.B. : sur ce dernier point, qui peut paraître surprenant pour le lecteur, la DGT indique que l'objectif des dispositions de l'article L. 3141-19-2 est d'empêcher l'acquisition illimitée de congés dans le cas d'arrêts maladie de très longue durée, ce qui ne répondrait plus à la finalité même du droit au congé annuel payé, comme l'a précisé la CJUE notamment dans l'arrêt « KHS » (CJUE 22 novembre 2011, aff. C-214/10).

Dans l'exemple présent, le fait pour le salarié de pouvoir disposer à sa reprise du travail des congés qu'il a acquis entre le 15 mars de l'année N-1 et le 31 mai de l'année N-1 se justifie par le fait que le volume de congé dont il dispose à son retour demeure raisonnable et qu'il ne correspond pas à l'hypothèse visée dans l'arrêt « KHS » d'une acquisition illimitée de congés.

➤ **Application rétroactive de la loi pour les salariés toujours en poste lors de son entrée en vigueur : ce que dit la nouvelle loi**

Pour rappel, la loi (art. 37, II) prévoit une application rétroactive, à compter du 1er décembre 2009 :

- de la règle d'acquisition de congés payés durant un arrêt maladie, dans la limite de 2 jours ouvrables par mois et 24 jours ouvrables par an,
- de la période de report des congés payés de 15 mois, dont les modalités diffèrent selon que l'arrêt de travail excède ou non une durée d'1 an.

➤ **Acquisition de CP pour des arrêts de travail de moins d'1 an du 1er décembre 2009 à l'entrée en vigueur de la loi**

En application du nouvel article L. 3141-19-1 du code du travail (règle générale de report), la période de report de 15 mois commence à partir du moment où l'employeur informe le salarié de ses droits à congés acquis par le passé et du délai dont il dispose pour les prendre.

Sous cette réserve, le salarié peut donc remonter jusqu'au 1er décembre 2009, étant entendu qu'il dispose d'un délai 2 ans pour agir en justice à partir de l'entrée en vigueur de la loi.

La DGT confirme notre interprétation de la règle dans l'exemple d'un salarié ayant été en arrêt maladie pendant 6 mois, de septembre 2011 à février 2012 inclus :

- les **jours de CP** acquis au titre de cette période d'arrêt de travail peuvent être **pris dans un délai de 15 mois courant à compter de l'information du salarié par l'employeur**, cette information étant réalisée par hypothèse **après l'entrée en vigueur de la loi**, sans quoi ils sont perdus,

- si l'employeur ne procède pas à l'information du salarié sur ses droits, le salarié a 2 ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi pour agir en justice.

➤ **Acquisition de CP pour des arrêts de travail d'au moins 1 an du 1er décembre 2009 à l'entrée en vigueur de la loi**

Selon le nouvel article L. 3141-19-2 du code du travail, pour les droits à congés acquis au titre d'un arrêt de travail d'au moins 1 an toujours en cours au terme d'une période d'acquisition, le délai de report de 15 mois débute à la fin de cette période d'acquisition, sans qu'il y ait besoin d'information du salarié.

L'exemple d'un salarié ayant été **malade du 1er janvier 2012 au 31 mai 2013** a été soumis à la DGT.

Dans l'entreprise, la période d'acquisition court du 1er juin au 31 mai.

Pour déterminer les modalités de report de CP dont peut bénéficier le salarié, la DGT indique qu'il faut **distinguer les périodes de maladie selon les périodes d'acquisition des congés auxquelles elles se rattachent**, à savoir :

- d'une part, la période d'arrêt maladie comprise entre le 1er janvier 2012 et le 31 mai 2012, qui se rattache à la période d'acquisition « 1er juin 2011 - 31 mai 2012 »,
 - d'autre part, la période d'arrêt maladie comprise entre le 1er juin 2012 et le 31 mai 2013, qui se rattache à la période d'acquisition « 1er juin 2012 - 31 mai 2013 ».
- Pour les **CP acquis entre le 1er janvier 2012 et le 31 mai 2012**, le contrat n'étant pas suspendu depuis au moins un an (mais depuis seulement 5 mois) à la fin de la période d'acquisition, il faut appliquer la règle générale de report prévue au nouvel article L. 3141-19-1.

Dès lors, pour les congés payés acquis entre le 1er janvier 2012 et le 31 mai 2012, le délai de report de 15 mois s'enclenche à compter de la date à laquelle le salarié reçoit l'information sur ses droits à congés (par hypothèse après l'entrée en vigueur de la loi), après quoi ils sont perdus.

Si l'employeur ne procède pas à l'information du salarié sur ses droits, le salarié a en tout état de cause uniquement 2 ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi pour agir en justice.

- Pour les **CP acquis entre le 1er juin 2012 et le 31 mai 2013**, dans ce cas, la règle de report dérogatoire prévue au nouvel article L. 3141-19-2 s'applique, car au 31 mai 2013 (fin de la période d'acquisition), le contrat était suspendu depuis au moins 1 an (17 mois).

La période de report de 15 mois court donc à compter de la date à laquelle s'achève la période d'acquisition, soit du 31 mai 2013 au 31 août 2014.

En conséquence, si l'arrêt de travail s'est prolongé jusqu'à fin août 2014, alors le salarié a perdu les droits qu'il avait acquis entre le 1er juin 2012 et le 31 mai 2013. Il ne pourrait donc pas les « récupérer », même via une action en justice exercée dans les 2 ans de l'entrée en vigueur de la loi.

En revanche, si le salarié a repris le travail entre le 31 mai 2013 et le 31 août 2014 (ex. : le 1er avril 2014), alors le délai de report de 15 mois est suspendu, en application du second alinéa du nouvel article L. 3141-19-2, tant que le salarié n'a pas reçu les informations sur ses droits à congés.

Là, deux hypothèses sont envisageables une fois la loi en vigueur :

- soit l'employeur ne procède pas à l'information du salarié sur ses droits (ex. : « pour ne pas remuer le passé »), et le salarié aura alors le cas échéant 2 ans pour agir en justice,
- soit l'employeur procède à l'information du salarié, et dans ce cas il fait repartir la période de report restant à courir (5 mois si le salarié avait par exemple repris le 1er avril 2014).

➤ **Application rétroactive de la loi pour les salariés qui ne sont plus en poste lors de l'entrée en vigueur : ce que dit la nouvelle loi**

La loi ne prévoit pas de disposition spécifique pour les salariés qui ne sont plus à l'effectif de l'entreprise au moment de son entrée en vigueur.

Le gouvernement, qui s'appuie sur l'avis du Conseil d'État, estime qu'il convient d'appliquer la prescription triennale de droit commun.

- Si le salarié a quitté l'entreprise depuis plus de 3 ans à la date d'entrée en vigueur de la loi

La DGT confirme qu'il faut appliquer la prescription triennale, laquelle fait obstacle aux actions des anciens salariés ayant quitté leur employeur depuis plus de trois ans.

Elle rappelle sur ce point la position adoptée par le Conseil d'État dans son avis du 13 mars 2024 (*voir notre actu du 14/03/2024, « Congés payés et arrêt maladie : ce que dit le Conseil d'État sur le projet d'amendement du gouvernement »*).

- **Si le salarié a quitté l'entreprise, mais depuis moins de 3 ans à la date d'entrée en vigueur de la loi**

La DGT estime que pour ces salariés, les règles de report prévues aux nouveaux articles L. 3141-19-1 et L. 3141-19-2 s'appliquent (sous réserve de stipulations conventionnelles plus favorables en vigueur à la date d'acquisition des droits à congés).

Elle donne l'exemple d'un salarié ayant été en **arrêt maladie du 1er juin 2019 au 31 décembre 2021**, puis ayant **quitté l'entreprise le 28 février 2022**.

Dans l'entreprise, la période d'acquisition des CP court du 1er juin au 31 mai et la période de prise des CP court du 1er mai au 30 avril.

- Les **congés acquis entre le 1er juin 2019 et le 31 mai 2020 ont été perdus**. En effet, le délai de report de 15 mois pour ces congés courrait, en application du nouvel article L. 3141-19-2, jusqu'au 31 août 2021, date à laquelle le salarié était toujours en arrêt.
- En revanche, les **congés acquis entre le 1er juin 2020 et le 31 mai 2021 n'ont pas été perdus**. En effet, pour ces congés, le délai de report, qui courait en principe du 31 mai 2021 au 31 août 2022, a été suspendu au retour du salarié le 31 décembre 2021.
- Les **congés acquis entre le 1er juin 2021 et le 31 décembre 2021 n'ont pas été perdus**. En effet, le salarié devait en principe prendre ces congés entre le 1er mai 2022 et le 30 avril 2023, période à laquelle son contrat était déjà rompu.
- Au total, le salarié peut agir en justice (attention à la limite de la prescription de 3 ans) ou se rapprocher de son ancien employeur pour les droits à **congés acquis** au cours de sa période de maladie comprise **entre le 1er juin 2020 et le 31 décembre 2021**, et qu'il n'a pas pris avant la rupture de son contrat. L'**action en réclamation** des indemnités de congés payés correspondantes sera **prescrite au 1er mars 2025** (application de la prescription triennale, à partir de la date de fin de contrat).

4. Quelle est la portée des transactions conclues avant l'entrée en vigueur de la loi du 22 avril 2024 ?

Avec la loi n°2024-364 du 22 avril 2024, instaurant un droit à acquisition de congés payés pendant un arrêt maladie, se pose la question de savoir si les transactions conclues avant le 24 avril 2024, date d'entrée en vigueur de cette loi, sont de nature à faire obstacle à une action du salarié visant à obtenir un rappel de congés payés.

Les transactions sont régies par les articles 2044 et suivants du Code civil qui prévoient notamment :

- les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu (article 2048 du Code civil),
- la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet (article 2052 du Code civil).

Au regard de ces principes, la Cour de cassation a adopté une interprétation élargie de la portée de la transaction. Dès lors que les parties transigent en des termes généraux, en visant par exemple « *tout litige se rapportant à l'exécution ou à la rupture du contrat de travail* », la transaction fait obstacle à toute action du salarié à l'encontre de son ancien employeur, quand bien même elle porterait sur un point autre que le différend à l'origine de la transaction.

Ainsi, le salarié déclarant n'avoir plus rien à réclamer à l'employeur « *à quelque titre que ce soit et pour quelque cause que ce soit, tant en raison de l'exécution que de la rupture du contrat de travail* » ne peut plus prétendre au paiement de rappel de salaires et d'une indemnité compensatrice de préavis (Cass. soc. 5 novembre 2014, n°13-18.984), au paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés (Cass. soc. 12 novembre 2020, n°19-12.488), à des droits en matière de retraite supplémentaire (Cass. soc. 30 mai 2018, n°16-25.426), ou demander le paiement de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence non levée par l'employeur au moment du licenciement (Cass. soc. 17 février 2021, n°19-20.635).

La Haute juridiction a également admis qu'en transigeant, le salarié pouvait renoncer à un droit futur en jugeant que postérieurement à la conclusion de la transaction intervenue quelques jours après sa sortie des effectifs, le salarié ne pouvait formuler des demandes au titre du non-respect par l'employeur de ses obligations de reclassement et de réembauche ainsi que de ses obligations découlant du PSE (Cass. soc. 20 février 2019, n°17-19.676).

La Cour de cassation a également jugé que l'existence d'une transaction par laquelle le salarié renonce à toute demande liée à l'exécution ou à la rupture de son contrat de travail, conclue avant la reconnaissance jurisprudentielle du préjudice d'anxiété s'oppose à ce que le salarié sollicite, après cette date, une indemnisation de ce préjudice spécifique (Cass. soc. 11 janvier 2017, n°15-20.040).

Les protocoles conclus en des termes généraux ont donc ainsi un « *effet extinctif global, y compris pour des préjudices non encore nés lors de la conclusion du protocole* » de sorte que les parties ne pourraient former un recours aux fins d'obtenir la réparation des préjudices découverts après la conclusion du protocole transactionnel, qui n'étaient pas encore nés lorsqu'elles se sont engagées (A. TESSIER, Effet extinctif des transactions, JCP éd. S n°14, 9 avril 2019, 1108).

Toutefois, ces clauses de portée générale ne produisent pas le même effet lorsque la transaction porte sur un litige relatif à l'exécution du contrat de travail.

En effet, la Cour de cassation a jugé que la renonciation du salarié « *à ses droits nés ou à naître et à tout instance relative à l'exécution du contrat de travail* » ne rend pas irrecevable une demande portant sur des faits survenus pendant la période d'exécution du contrat de travail postérieure à la transaction. Par conséquent, un salarié peut agir pour des faits de discrimination syndicale postérieurs à une transaction portant sur un litige relatif à la classification (Cass. soc. 16 octobre 2019, n°18-18.287).

Cette solution est à rapprocher de celle admise pour les transactions conclues en cours d'instance judiciaire. La Cour de cassation a, en effet, jugé qu'elles n'interdisent pas d'engager par la suite une nouvelle procédure portant sur des prétentions dont le fondement est né ou s'est révélé postérieurement à la transaction (Cass. soc. 13 juin 2012, n°10-26.857 ; Cass. soc. 20 février 2019, n°17-21.626).

Compte tenu de ce qui précède :

- la transaction rédigée en des termes généraux, visant tout litige se rapportant à l'exécution ou à la rupture du contrat de travail s'oppose a priori à ce que le salarié sollicite un rappel de congés payés au titre des périodes antérieures au 24 avril 2024,
- si la transaction a été conclue pendant l'exécution du contrat de travail et vise tout droit né ou à naître relatif à l'exécution du contrat de travail, le salarié pourrait solliciter un rappel de congés payés au titre des périodes d'exécution du contrat de travail postérieures à la transaction,

- la transaction cantonnée à un chef de préjudice particulier est de nature à éteindre uniquement les litiges qui y sont attachés, de sorte que le salarié pourrait formuler une demande de rappel de congés payés, y compris pour la période antérieure à la conclusion du protocole. A ce titre, précisons que les nouvelles dispositions de la loi n°2024-364 du 22 avril 2024 sont applicables pour la période courant du 1^{er} décembre 2009 à la date d'entrée en vigueur de la loi, le cumul des jours de congés déjà acquis pendant une période de référence et des congés supplémentaires issus de la loi étant toutefois plafonné à 24 jours ouvrables pour chaque période de référence antérieure au 24 avril 2024.

Pour l'avenir et afin d'éviter toute difficulté, il peut être opportun de prévoir expressément dans la transaction que le salarié renonce irrévocablement à réclamer à la Société toute indemnité compensatrice de congés payés se rapportant à quelque période que ce soit y compris pendant une période de suspension du contrat de travail, notamment pour maladie.

IV – SIGNATURE D'UN ACCORD NATIONAL INTERPROFESSIONNEL DU 23 AVRIL 2024 PORTANT CREATION D'UN COMPTE EPARGNE TEMPS UNIVERSEL (CETU)



Plusieurs organisations syndicales de salariés sont parvenues ce mardi 23 avril 2024 à s'accorder avec l'U2P (Union des entreprises de proximité qui représente essentiellement les artisans et les commerçants) sur la création d'un compte épargne temps universel (CETU) et le sujet des reconversions professionnelles, (sans toutefois les deux autres organisations patronales, Medef et CPME qui pour leur part ont jugé « déloyale » l'initiative de l'U2P).

S'il voit le jour, le CETU sera ouvert pour toute personne âgée d'au moins seize ans et occupant un emploi salarié. Le CETU est un droit attaché à la personne qui ne peut être actionné qu'à son initiative.

Le CETU sera fermé au moment de la liquidation de la pension de retraite par la personne.

Le CETU sera monétisé et correspondra à un nombre de jours. Il sera comptabilisé en euros.

Il sera alimenté par le salarié qui pourrait épargner :

- les jours de congés annuels légaux au-delà de 4 semaines, dans la limite d'une semaine par an,
- les jours de congés conventionnels,
- les jours de RTT non pris,
- les heures supplémentaires,
- toute prime de toute nature hormis celles liées aux conditions de travail difficiles,
- les dispositifs de partage de la valeur (participation, intéressement, PPV...).

Le salarié devra informer son employeur de sa volonté d'alimenter son CETU avant le 20 du mois au titre duquel le CETU sera alimenté.

Lorsque le salarié alimente son CETU, l'employeur verse à la Caisse des dépôts et consignations le montant qu'aurait dû percevoir le salarié.

L'accord prévoit expressément que « *le CETU ne fait donc l'objet d'aucune démarche administrative supplémentaire par l'employeur. Il ne fait l'objet d'aucune provision d'aucune sorte de l'entreprise* » (ce qui était un frein majeur au développement du CET).

Le CETU pourra être mobilisé par le salarié pour une période d'un mois minimum et 12 mois maximum, hormis les modalités particulières pour l'aménagement des fins de carrière.

Cette période pourra être inférieure à un mois pour l'accompagnement en qualité d'aidant d'un proche, parent ou enfant, en situation de fragilité, ou pour le prolongement d'un congé lié à l'arrivée d'un enfant.

Lorsque le salarié ne dispose pas d'un mois sur son compte, il pourra malgré tout mobiliser son CETU, à la condition d'en utiliser la totalité.

Le salarié pourra aussi mobiliser son CETU pour réduire son temps de travail dans le cadre d'un aménagement de fin de carrière dans la limite d'un mi-temps.

Il convient de noter que l'entrée en vigueur de cet accord est subordonnée à son extension par le Ministère du Travail et qu'il est possible que le Gouvernement décide de reprendre ses dispositions dans le Code du travail.

V – LE CADRE JURIDIQUE DE LA CONTRE VISITE MEDICALE ENFIN DEFINI PAR DECRET



La contre-visite médicale est un dispositif permettant à l'employeur de vérifier le bien-fondé de l'arrêt de travail pour maladie ou accident d'un salarié, y compris dans sa durée, ainsi que le respect par le salarié des obligations de présence à son domicile (ou au lieu indiqué par lui).

Lorsque le médecin contrôleur estime que l'arrêt de travail n'est pas justifié, l'employeur peut suspendre le versement des indemnités complémentaires de maladie.

La possibilité de procéder à une contre-visite médicale du salarié malade est prévue par l'article L 1226-1 du Code du travail.

Ce texte dispose qu'un décret détermine les formes et conditions de la contre-visite.

Jusqu'à présent, ce décret n'avait pas été publié, ce qui n'a toutefois pas constitué un obstacle à la mise en œuvre du dispositif.

Simplement, en l'absence dudit décret, la contre-visite médicale était encadrée essentiellement par quelques décisions de jurisprudence et, le cas échéant, par les dispositions conventionnelles applicables.

Très attendu, le décret n° 2024-692 du 5 juillet 2024, applicable depuis le 7 juillet, vient enfin fixer les modalités de la contre-visite.

➤ **Lieu de repos du salarié**

Le salarié est tenu de communiquer à son employeur, dès le début de son arrêt de travail :

- son lieu de repos s'il est différent de son domicile. De même, tout changement dudit lieu de repos en cours d'arrêt devra être notifié à l'employeur,
- les horaires auxquels la contre-visite médicale peut s'effectuer si l'arrêt de travail porte la mention « sortie libre ».

En revanche, le décret ne précise pas :

- les modalités de communication de ces éléments à l'employeur. En cas de difficulté sur le lieu et/ou les horaires d'organisation de la contre-visite médicale, c'est le salarié qui devra être en mesure de démontrer qu'il a bien communiqué ces informations à son employeur (email, courrier RAR),
- les sanctions applicables à défaut d'information. Si le lieu de repos n'est pas précisé, l'organisation de la visite médicale au domicile du salarié devrait lui être opposable même s'il n'y est pas,
- les horaires auxquels la contre-visite peut se dérouler en cas d'arrêt de travail portant la mention « sortie libre » et en l'absence d'indication par le salarié. On pourrait considérer que l'organisation de la visite médicale à tout horaire est alors opposable au salarié puisque celui-ci a l'obligation de communiquer ces horaires. A tout le moins, dans ce cas devrait être nécessairement opposable au salarié la visite médicale organisée aux horaires de présence prescrits par les textes en l'absence de sortie libre (de 9 heures à 11 heures et de 14 heures à 16 heures).

➤ **Lieu et moment de la contre-visite**

La contre-visite médicale peut s'effectuer à tout moment de l'arrêt de travail.

Il appartient au médecin de fixer le lieu du rendez-vous de contrôle.

A ce sujet, le décret précise utilement que le rendez-vous n'a pas à se dérouler par principe au domicile du salarié.

Ainsi, c'est « au choix du médecin » que la contre-visite se déroule :

- soit au domicile du salarié ou au lieu de repos communiqué par ce dernier. Le médecin peut s'y présenter sans délai de prévenance, à tout moment, en respectant soit les horaires de sortie autorisée par les textes (présence de 9 heures à 11 heures et de 14 heures à 16 heures), soit les horaires communiqués à l'employeur par le salarié en cas de sortie libre autorisée,
- soit au cabinet du médecin, sur convocation de celui-ci effectuée par tout moyen. Aucun délai de prévenance n'est prévu par le décret. En revanche, il précise que si le salarié est dans l'impossibilité de se déplacer, notamment en raison de son état de santé, il doit en informer le médecin en précisant les raisons.

➤ **Rôle du médecin contrôleur**

Le médecin mandaté par l'employeur doit se prononcer sur le caractère justifié de l'arrêt de travail, y compris sa durée.

Au terme de sa mission, le médecin informe l'employeur soit du caractère justifié ou injustifié de l'arrêt de travail, soit de l'impossibilité de procéder au contrôle pour un motif imputable au salarié (par exemple son refus de se présenter à la convocation ou son absence lors de la visite à domicile).

Rappels :

La jurisprudence estime que le salarié :

- *peut justifier valablement son absence, par exemple en produisant un certificat médical établissant qu'au moment de la contre-visite, il était en consultation chez son médecin traitant (Cass. Soc. 5 décembre 1990, n° 87-41.375),*
- *peut refuser le contrôle s'il a un motif légitime. Par exemple, le fait que l'examen clinique qu'il allait devoir subir était extrêmement douloureux et que le médecin contrôleur s'est vu proposer de consulter son dossier médical et les comptes rendus opératoires a pu être considéré comme un refus justifié (Cass. Soc. 13 février 1996, n° 92-40.713).*

Le médecin adresse son rapport au médecin-conseil de la CPAM.

➤ **Conséquences du contrôle**

L'employeur doit communiquer au salarié sans délai les conclusions du médecin.

Le caractère injustifié de l'arrêt peut donner lieu à la suspension du versement par l'employeur de l'indemnité complémentaire aux indemnités journalières de Sécurité Sociale.

Il convient de noter que la contre-visite ne permet que de suspendre, le cas échéant, le complément de salaire.

L'employeur ne peut pas sanctionner ou licencier un salarié faisant obstacle à la visite ou absent lors de celle-ci (Cass. Soc. 27 juin 2000, n° 98-40.952).

VI – TELETRAVAIL ET RECONNAISSANCE DES ACCIDENTS DU TRAVAIL



➤ Qu'est-ce qu'un accident du télétravail ?

S'agissant d'un nouveau type d'accident du travail, la définition générale d'un accident du travail classique ne s'applique pas.

En effet, au sein de l'article L. 1222-9 du Code du Travail, le législateur a défini la notion de télétravail, mais a également prévu une définition spécifique pour la notion de l'accident du télétravail :

*« le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication. [...] L'accident survenu **sur le lieu où est exercé le télétravail pendant l'exercice de l'activité professionnelle du télétravailleur** est présumé être un **accident de travail** au sens de l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale. »*

Ainsi, si le fait accidentel est survenu sur le lieu du télétravail et pendant les horaires de travail du télétravailleur, celui-ci est présumé être un accident du travail.

Pour pouvoir apprécier si l'accident survenu lors du télétravail relève de cette présomption, il convient en conséquence de déterminer ce qu'est « *le lieu* » et « *le temps* » du télétravail.

- La notion de lieu de télétravail

Le télétravail doit être effectué par le salarié en dehors des locaux de l'employeur en utilisant des moyens de communication et de travail dématérialisés. (Par exemple, un ordinateur portable, un téléphone portable...).

Cependant, cette définition est muette sur le ou les lieux où le salarié peut télétravailler ou sur l'obligation ou non pour le salarié de déclarer à son employeur le lieu où il télétravaille.

Malgré ce silence, il est conseillé pour l'employeur de prévoir dans le cadre de l'accord collectif ou de la charte mettant en place le télétravail dans l'entreprise :

- des lieux spécifiques de télétravail, tels que le domicile du salarié, un espace de co-working ou un bureau partagé,
- une obligation pour le télétravailleur d'informer son employeur de son lieu de télétravail et de l'aviser de tout changement du lieu de télétravail.

Cette formalisation permettra à l'employeur de mieux encadrer le télétravail de ses salariés et de mieux gérer les accidents de télétravail.

- Que comprend le « lieu de télétravail » du salarié ?

Le télétravail au domicile du salarié ne se résume pas au bureau ou à la pièce dédiée à l'exercice de l'activité professionnelle, mais à l'ensemble des pièces du logement du télétravailleur.

Ainsi, si durant le temps du télétravail, c'est-à-dire lorsque le salarié se trouve sous la subordination de l'employeur, celui-ci se blesse, par exemple, dans sa salle de bain, sa chambre, son jardin, son garage ou en allant chercher de l'eau dans sa cuisine alors l'accident sera au lieu du télétravail.

De même, il convient de noter que le salarié peut changer de lieu de télétravail.

En effet, aucun texte ne prévoit que le télétravailleur est tenu de travailler en un seul et même lieu.

Toutefois, comme exposé précédemment il est possible pour l'employeur de prévenir cette situation en inscrivant une obligation pour le télétravailleur de l'informer de ce changement dans l'accord collectif ou la charte mettant en place le télétravail dans l'entreprise.

À défaut d'une telle formalisation des lieux de télétravail ou d'une information par le salarié du lieu de télétravail, il est possible pour le salarié de télétravailler au domicile d'un proche, dans un logement loué, dans un hôtel...

Dans ces hypothèses, le lieu du télétravail est l'entier logement ou hôtel du moment que le salarié est en temps de télétravail.

Par exemple, doit être considéré comme étant sur le lieu du télétravail, le salarié qui télétravaille près d'une piscine d'un hôtel/logement loué dès lors qu'elle est une dépendance du lieu de télétravail.

En revanche, si le salarié quitte son lieu de télétravail et ses dépendances alors le caractère professionnel de l'accident ne sera pas reconnu. Par exemple, la rue où se trouve le lieu de télétravail ne fait partie du lieu de télétravail. (CA de Saint-Denis de la Réunion, Chambre sociale, 4 mai 2023, n° 22/00884)

- La notion de temps du télétravail

Le temps du télétravail est la durée pendant laquelle le télétravailleur est sous la subordination de l'employeur et correspond :

- aux horaires durant lesquels le salarié doit télétravailler,
- aux heures supplémentaires effectuées par le télétravailleur,
- plus généralement, aux heures de connexion du salarié à son moyen de communication et de travail dématérialisé (cf. ordinateur fixe, ordinateur portable, téléphone portable, tablette...).

Il convient de noter que ce moyen de communication n'est pas obligatoirement fourni par l'employeur, sauf cas prévus expressément par accord collectif ou contrat de travail, et peut être un dispositif de communication appartenant au salarié.

Il est donc nécessaire de fixer les heures de travail avec le salarié par écrit (cf. *contrat de travail, avenant au contrat de travail...*) et de mettre en place des outils d'identification des temps de connexion du télétravailleur, comme par exemple :

- la connexion à un espace numérique de travail, un système de badgeage dématérialisé, à une plateforme de communication instantanée (...),
- l'envoi d'un courriel/sms à l'employeur lors du début et à la fin du télétravail.

Ainsi, dans l'hypothèse d'un accident, ces outils permettront de savoir si le salarié était en temps du télétravail et de vérifier s'il s'agit bien d'un accident de télétravail ou non.

À titre d'exemple, la Cour d'appel de Rouen a récemment jugé que l'accident déclaré par une télétravailleuse n'était pas un accident du travail au motif que celle-ci ne justifiait pas avoir « **badgé** » via son ordinateur portable lorsqu'elle avait eu son malaise, de sorte qu'elle ne rapportait pas la preuve de sa survenance en temps du télétravail (Cour d'appel de Rouen, Chambre sociale, 26 avril 2024, n° 23/00840).

Dans le même sens, la Cour d'appel d'Amiens, a rejeté la demande de reconnaissance du caractère professionnel d'un accident déclaré par une télétravailleuse au motif que celle-ci avait badgé sa déconnexion via son ordinateur portable à 16h01 alors que le fait accidentel était intervenu à 16h02. (Cour d'appel d'Amiens, 2e protection sociale, 15 juin 2023, n° 22/00474)

Il en ressort donc que les horaires de télétravail fixés entre l'employeur et son salarié et/ou le « *badgeage* » via l'ordinateur portable sont des éléments permettant de présumer que le salarié télétravaille pendant ces heures ou ce temps de connexion.

En dehors de cette présomption, le salarié peut rapporter la preuve qu'il a télétravaillé en dehors des horaires fixés ou des temps de connexion par tout moyen de preuve (cf. attestation de témoin, capture d'écran, email...).

Néanmoins, ces preuves doivent être cohérentes sinon le caractère professionnel d'un accident survenu lors du télétravail n'est pas reconnu.

À cet égard, la Cour d'appel de Nîmes a rejeté la reconnaissance du caractère professionnel d'un accident de télétravail dès lors que la messagerie instantanée de l'entreprise utilisée par la salariée dans le cadre de son télétravail faisait ressortir des discordances sur les circonstances de l'accident déclarées par la télétravailleuse : (Cour d'appel de Nîmes, 5e chambre pôle social, 25 avril 2024, n° 23/01750)

- au moment du présumé accident, elle plaisantait avec ses collègues par le biais de la messagerie instantanée, ce qui contredisait l'attestation de son époux qui alléguait qu'elle était « *en pleurs et en grande souffrance physique* »,
- via la messagerie instantanée, la télétravailleuse avait indiqué à ses collègues avoir chuté de sa chaise alors qu'elle a déclaré à son employeur s'être tordu le genou en se levant.

➤ **Comment gérer efficacement les accidents de télétravail ?**

Pour s'assurer une bonne gestion des accidents de télétravail, il faut en amont :

- connaître le ou les lieux de télétravail de ces salariés ; comme exposé précédemment, il est possible de déterminer les lieux de télétravail des salariés en prévoyant une liste de lieux possibles dans l'accord collectif ou la charte mettant en place le télétravail dans l'entreprise,
- déterminer le temps de travail des télétravailleurs.

Il est essentiel aujourd'hui de fixer par un écrit les heures de travail ou de connexion/déconnexion avec le salarié, mais également de mettre en place un outil permettant de veiller au respect de ces horaires.

Ces pratiques permettront à l'employeur de :

- délimiter le temps de télétravail de ses salariés,
- pouvoir s'assurer que les télétravailleurs respectent leur temps de déconnexion,
- constater lors de la survenance de l'accident si celui-ci a eu lieu lors du télétravail.

Il convient d'être vigilant par rapport aux salariés liés par une convention de forfait jours ou de forfait heures qui ne doivent pas déroger à la mise en place de temps de connexion et de déconnexion. À défaut, leur temps de télétravail est réputé être illimité.

Ainsi, par exemple, si un accident survient en pleine nuit au domicile du salarié/cadre en convention de forfait jours alors il sera réputé être survenu en temps et lieu de télétravail.

➤ **Quand et comment déclarer l'accident survenu lors du télétravail ?**

Concernant les réflexes à avoir lorsque le télétravailleur déclare avoir été victime d'un fait accidentel sur son lieu de télétravail, ceux-ci sont les mêmes que pour un accident du travail classique.

En effet, la déclaration, l'instruction et la prise en charge de l'accident de télétravail sont soumises aux mêmes règles que celles de l'accident du travail classique.

Par conséquent, en application des articles L. 441-2 et R. 441-1 du Code de la sécurité sociale, l'employeur est tenu de déclarer tout accident dont il a connaissance dans un délai impératif de 48 heures sous peine de sanctions financières avec la possibilité d'émettre des réserves dans un délai de 10 jours francs suivant la date d'établissement de cette déclaration.

De même, en cas d'accident mortel survenu lors du télétravail, l'employeur doit depuis le décret n°2023-452 du 9 juin 2023 comme pour tout accident mortel, informer également l'inspection du travail dans les 12 heures qui suivent la connaissance de l'accident, sous peine d'une contravention de 5^{ème} classe.

L'employeur n'est donc pas compétent pour statuer sur le caractère professionnel du fait accidentel survenu lors du télétravail.

En effet, cette compétence relève, pour le régime général, de la Caisse Primaire d'Assurance Maladie (CPAM), ou pour le régime agricole, de la Mutualité Sociale Agricole (MSA).

Par conséquent, dans l'hypothèse où l'employeur hésite sur l'opportunité de déclarer un accident de télétravail, il lui conviendra au préalable de constater si la survenance du fait accidentel a eu lieu en temps et lieu du télétravail de son salarié.

Dans l'affirmative, il lui reviendra alors de déclarer cet accident et le cas échéant de formuler des réserves motivées sur les éléments lui faisant douter que l'accident s'est passé en temps et lieu de télétravail.

VII – ASC ET CONDITION D'ANCIENNETE : COMMUNIQUE DE L'URSSAF



Le Guide pratique 2024 de l'URSSAF à destination des CSE admet que le bénéfice des activités sociales et culturelle puisse être réservé aux salariés ayant une ancienneté, dans la limite de 6 mois.

Dans un arrêt du 3 avril 2024, la Cour de cassation a toutefois jugé que l'ouverture du droit de l'ensemble des salariés et des stagiaires au sein de l'entreprise à bénéficier des ASC ne saurait être subordonnée à une condition d'ancienneté.

Dans un communiqué diffusé sur son site Internet le 30 juillet, l'URSSAF fixe au 31 décembre 2025 la date butoir pour mettre les critères de versement des prestations en conformité avec la jurisprudence de la Cour de cassation :

« Les prestations servies aux salariés par le Comité Social et Economique (CSE) et par l'employeur en l'absence de CSE, en lien avec les activités sociales et culturelles (ASC), sont exonérées de cotisations et contributions sociales sous certaines conditions.

L'une de ces conditions est l'absence de discrimination lors de l'attribution des prestations.

L'Urssaf admettait que le CSE puisse fixer une condition d'ancienneté pour l'attribution des prestations (dans la limite de 6 mois) sans que cela ne remette en cause l'exonération de cotisations et contributions sociales.

Or, un arrêt de la Cour de cassation interdit désormais cette possibilité.

Vous avez jusqu'au 31 décembre 2025 pour modifier les critères de versement de ces prestations et vous mettre en conformité.

Si vous faites l'objet d'un contrôle et si une condition d'ancienneté est constatée pour le bénéfice des prestations du CSE, il vous sera demandé de vous mettre en conformité pour l'avenir. »

VIII – JURISPRUDENCE COMMENTÉE



1. Congés payés

➤ Ce qu'il faut retenir

Une mise en quarantaine ne permet pas un report des congés payés (CJUE, 14 décembre 2023, n° 206/22).

➤ Le cas détaillé

Un salarié allemand, mis en quarantaine la veille de ses congés payés pour toute la période de ses congés, demande à son employeur de reporter les jours de congés coïncidant avec cette période de quarantaine.

Ce dernier refuse.

Le salarié saisit le tribunal du travail allemand.

Avant de se prononcer, ce tribunal décide de vérifier la compatibilité de la législation allemande avec le droit européen et de poser à la Cour de Justice de l'Union Européenne la question suivante : est-ce que le droit au congé payé garanti par le droit européen assimile une période de quarantaine à une incapacité de travail du type maladie qui induirait alors un droit au report des congés ?

Pour la CJUE, lorsque deux congés se chevauchent, il convient d'analyser la finalité de chaque congé afin de savoir si la finalité du congé payé a été atteinte.

Un congé maternité ou un congé maladie ne répond pas à la même finalité que le congé payé, qui permet au salarié de se reposer et de profiter d'une période de détente et de loisirs.

En cas de concomitance entre congé maternité ou maladie et congé payé, ce dernier doit donc être reporté.

Qu'en est-il d'une mise en quarantaine ?

Pour la CJUE, le salarié en « congé » forcé dans le cadre d'une mise en quarantaine ne subit pas les contraintes physiques et/ou psychiques d'un salarié en congé maladie ou maternité.

La finalité de la mise en quarantaine n'est pas la même que celle du congé maladie ou maternité et n'empêche pas la réalisation des finalités du congé annuel payé.

La CJUE en conclut donc qu'une mise en quarantaine n'empêche pas le salarié de bénéficier de son congé annuel payé et donc ne justifie pas un report des congés payés

2. Inaptitude et reclassement du salarié inapte

➤ Ce qu'il faut retenir

L'employeur est dispensé de ses obligations en matière de reclassement si et seulement si le Médecin du travail n'apporte aucune annotation sur la mention expresse d'inaptitude (Cass. Soc. 13 décembre 2023, n° 22-19.603).

➤ Le cas détaillé

Un salarié d'une entreprise disposant de plusieurs établissements est déclaré inapte.

L'avis d'inaptitude du médecin du travail indique : « l'inaptitude fait obstacle sur le site à tout reclassement dans un emploi ».

L'employeur procède donc au licenciement du salarié pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Contestant la rupture de son contrat de travail, le salarié saisit la juridiction prud'homale et fait valoir l'absence de recherche de reclassement suite à son inaptitude.

Les juges du fond, donnant raison au salarié, déclare son licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'employeur ayant manqué à son obligation de reclassement.

La Cour de cassation approuve la décision des juges du fond et rappelle qu'un avis d'inaptitude du médecin du travail limité à un seul site ne dispense pas la société détenant plusieurs établissements de rechercher un reclassement hors de l'établissement concerné.

En l'espèce, en l'absence de recherche de poste de reclassement dans les autres établissements que celui dans lequel le salarié travaillait, la société a manqué à son obligation de reclassement, et le licenciement prononcé pour inaptitude est bien dépourvu de cause réelle et sérieuse.

3. Contractualisation d'un élément de la rémunération

Un salarié saisit la juridiction prudhomale en contestation de la suppression par son employeur du versement de primes d'équipe et de casse-croûte payées depuis plus de 7 ans.

L'employeur, condamné à reprendre sous astreinte le versement de ces primes et à payer certaines sommes à titre de rappel des primes, se pourvoit en cassation.

Selon lui, le paiement de cette prime n'était pas justifié, car le salarié n'avait jamais travaillé en équipe, ce paiement résultait d'une erreur et le paiement indu d'une prime à un salarié n'a pas pour effet de transformer cette prime en un élément de la rémunération contractuelle.

La Cour de cassation confirme l'arrêt des juges d'appel qui, compte tenu du versement continu pendant plus de 7 années de primes à un salarié auxquelles ce dernier ne pouvait pourtant pas prétendre, ont écarté l'existence d'une erreur dans le paiement de ces primes et retenu leur contractualisation (Cass. Soc. 13 décembre 2023, n° 21-25.501).

4. Droit de travailler des étrangers

➤ Ce qu'il faut retenir

Un étranger, titulaire d'une carte de résident, doit, pour bénéficier du délai de 3 mois lui permettant, après expiration de son titre, de conserver son droit d'exercer une activité professionnelle, en solliciter le renouvellement dans les 2 mois précédant cette expiration (Cass. Soc. 29 novembre 2023, n° 22-10.004).

➤ Le cas détaillé

Un employeur demande, par lettre recommandée, à l'un de ses salariés de lui faire parvenir son nouveau titre de séjour au plus tard 7 jours avant l'expiration de celui en cours de validité, lui précisant, qu'à défaut, il ne pourrait pas continuer à lui conserver son emploi après l'expiration de son titre de séjour.

Après lui avoir adressé une mise en demeure de produire son nouveau titre de séjour, l'employeur notifie au salarié la rupture de son contrat de travail pour absence de titre de séjour lui permettant de travailler sur le territoire français.

Le salarié saisit la juridiction prud'homale de demandes de dommages-intérêts relatives à la rupture de son contrat de travail.

La Cour d'appel juge le licenciement du salarié sans cause réelle et sérieuse, et condamne l'employeur à payer au salarié des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur se pourvoit en cassation.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel et rappelle, qu'aux termes de l'article R 5221-32 du Code du travail, un étranger, titulaire d'une carte de résident, doit, pour bénéficier du délai de 3 mois lui permettant, après expiration de son titre, de conserver son droit d'exercer une activité professionnelle, en solliciter le renouvellement dans les 2 mois précédant cette expiration.

5. L'employeur peut-il utiliser des moyens de preuve déloyaux ?

➤ Les principes initiaux : une preuve libre, sauf illicéité ou déloyauté

Aux termes de l'article 1358 du Code Civil, la preuve peut être apportée par tout moyen à l'exception des cas où la loi en dispose autrement.

La Cour de cassation a pu en déduire qu'en matière prud'homale, la preuve est libre (Cass. Soc. 27 mars 2001, n° 98-44-666).

Toutefois, cette liberté n'est pas sans limites.

La Cour de cassation distinguait initialement deux types de preuves qui ne pouvaient pas être utilisées lors d'un contentieux.

Tout d'abord, la preuve illicite obtenue en violation des conditions de licéité posées par la loi (exemple : atteinte à la vie privée).

L'illicéité d'un moyen de preuve entraîne son rejet des débats lors d'un contentieux (par exemple, une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier (Cass. Soc. 26 novembre 2002, n° 00-42.401)).

Ensuite l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation a consacré un principe de loyauté de la preuve en application duquel une preuve déloyale, c'est-à-dire obtenue à l'insu de l'intéressé ou au moyen d'une manœuvre ou d'un stratagème devait systématiquement être écartée des débats et donc être déclarée irrecevable (Cass. ass. plén. 7 janvier 2011, n° 09-14.316).

Par exemple, en application du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'employeur ne peut pas procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par un salarié sur son dictaphone personnel en son absence ou sans qu'il ait été dûment appelé (Cass. Soc. 23 mai 2012, n° 10-23.521).

Cette distinction entre preuve illicite et preuve déloyale n'existe toutefois pas au niveau européen.

Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) ne consacre pas de principe de loyauté dans l'administration de la preuve et considère qu'une preuve illicite peut être recevable si elle s'avère indispensable au succès de la prétention de celui qui s'en prévaut et si l'atteinte qui en résulte est strictement proportionnée au but poursuivi.

➤ **Première évolution : Recevabilité de la preuve illicite**

En 2020, la Cour de cassation a fait un premier pas vers un alignement de sa jurisprudence avec celle de la CEDH puisqu'elle a reconnu, s'agissant d'une preuve illicite, qu'elle peut être déclarée recevable si, à l'issue d'une mise en balance des droits en cause, celle-ci s'avère être indispensable au succès de la prétention de celui qui s'en prévaut et si l'atteinte qui en résulte est strictement proportionnée au but poursuivi.

Elle a, par exemple, jugé que la production de captures d'écran du compte Facebook d'une salariée, bien que constituant une atteinte à sa vie privée (donc illicite), est recevable lorsqu'elle est indispensable pour établir le grief de divulgation d'une information confidentielle de l'entreprise auprès de professionnels susceptibles de travailler pour des entreprises concurrentes et proportionnée au but poursuivi (défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires) (Cass. Soc. 30 septembre 2020, n° 19-12.058).

Il convient de souligner qu'en l'espèce, l'employeur n'avait pas recueilli la preuve par stratagème : la preuve était donc licite mais non déloyale.

Plus récemment, la Cour de cassation a jugé, s'agissant d'un dispositif de vidéosurveillance dont les finalités et la base juridique n'avaient pas été portées à la connaissance de la salariée, qu'en présence d'une preuve illicite, le juge doit :

- d'abord s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur, vérifier s'il existait des raisons concrètes qui justifiaient le recours à la surveillance (et son ampleur),
- puis rechercher si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié (Cass. Soc. 8 mars 2023, n° 21-17.802).

Dans cette affaire et à l'issue du contrôle, il a été jugé que l'atteinte était disproportionnée.

➤ **Seconde évolution : Recevabilité de la preuve déloyale**

Dans un revirement de jurisprudence en date du 22 décembre dernier (Cass. ass. plén. 22 décembre 2023, n° 20-20.648), la Cour de cassation admet pour la première fois, sous certaines conditions, qu'une partie peut utiliser une preuve obtenue de manière déloyale pour faire valoir ses droits dans un litige civil.

Elle revient ainsi sur le principe de loyauté dans l'administration de la preuve.

En l'espèce, un employeur avait produit aux débats des transcriptions d'enregistrements clandestins réalisés à l'insu d'un salarié afin de justifier son licenciement pour faute grave.

La décision de la Cour d'appel, qui avait écarté ces enregistrements obtenus de manière déloyale, est censurée.

Selon la Cour de cassation, les juges du fond auraient dû procéder à un contrôle de proportionnalité.

Ce faisant, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, unifie les deux régimes, en transposant au traitement de la preuve déloyale la méthode de la mise en balance issue de la jurisprudence européenne, déjà appliquée en matière de preuve illicite.

Ainsi, si le moyen de preuve déloyal utilisé par l'employeur est indispensable à l'exercice de ses droits et s'il n'est pas susceptible de porter une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux de la partie adverse (vie privée, etc...), il peut être recevable et utilisé contre le salarié devant un juge civil.

Attention cependant car l'inverse est aussi vrai : l'employeur devra redoubler de vigilance dans ses relations avec les salariés.

6. Stock-options et actions gratuites

Par son arrêt du 15 novembre 2023 (n° 22-12.501), la Cour de cassation apporte un éclairage bienvenu et somme toute classique sur le traitement des produits de l'actionnariat salarié en droit du travail.

Elle considère que ni la distribution d'actions gratuites ni l'attribution d'option sur titres ne constituent des éléments de rémunération entrant dans l'assiette du salaire à prendre en considération pour le calcul des indemnités de rupture du contrat de travail.

En l'espèce, un salarié « haut cadre » avait été embauché en contrat à durée indéterminée par la société Google Ireland Limited en 2006.

Son contrat avait ensuite fait l'objet de deux transferts, le premier en 2011 au sein de la société Google LLC aux États-Unis, le second en 2019 auprès de la société Google France SARL et qui s'était matérialisé par la conclusion d'un contrat à durée déterminée.

Le salarié saisit le Conseil de prud'hommes de Paris d'une demande de requalification de son CDD en CDI avec reprise de son ancienneté à la date de son embauche en 2006 et en paiement de diverses sommes au titre de l'exécution ainsi que de la rupture de son contrat.

À ce titre, il fait valoir que la valeur des *stock-options* qu'il avait levées au cours de sa relation de travail avec la filiale française devait être intégrée dans l'assiette du salaire à prendre en compte pour le calcul des indemnités de rupture.

Cette question, qui se pose assez souvent en pratique, donne lieu à des positions fortement divergentes.

Le Conseil de prud'hommes de Paris, tout en faisant droit à la demande de requalification, rejeta toute idée d'une majoration de la rémunération de référence par l'intégration de ces produits.

En seconde instance, la Cour d'appel de Paris infirme le jugement sur ce second point en distinguant les montants relevant de la plus-value réalisée par la levée des stock-options et la valeur desdites stock-options.

Elle considère ainsi que « s'il est constant que la plus-value réalisée par la levée des stocks options ne constitue pas une rémunération, il n'en est pas de même de la valeur desdites stock-options, celles-ci étant versées au salarié « cadre de haut niveau » pour rémunérer son travail, étant rappelé que les sommes correspondantes sont soumises au prélèvement des cotisations sociales et à une imposition libératoire ».

La Cour de cassation casse la décision d'appel en retenant par une formulation générale que « ni la distribution d'actions gratuites ni l'attribution d'option sur titres ne constituent des éléments de rémunération entrant dans l'assiette du salaire à prendre en considération pour le calcul des indemnités litigieuses ».

La généralité de son attendu laisse penser que la Cour de cassation a entendu mettre un terme aux hésitations jurisprudentielles connues jusqu'alors dont certaines prononcées en claire violation de la loi en érigeant un principe selon lequel les produits de l'actionnariat ne sauraient, compte tenu de leur nature, constituer des éléments de rémunération.

7. Contrôle de l'Administration en matière de PSE

➤ Les risques psychosociaux au cœur du débat

Le Tribunal des conflits, dans une décision du 8 juin 2020, a rappelé qu'il appartient à l'autorité administrative de contrôler le respect par l'employeur de ses obligations en matière de prévention des risques pour assurer la sécurité et protéger la santé des salariés.

Par deux arrêts de principe en date du 21 mars 2023 (n° 460660 et 450012), le Conseil d'Etat a rappelé que les risques psychosociaux doivent être pris en considération lors de l'élaboration des PSE et que l'Administration doit exercer un contrôle tant sur l'information et la consultation du CSE sur les effets de la réorganisation envisagée sur la santé des salariés que sur les mesures de prévention qui ont été prises par l'employeur.

Par un arrêt en date du 19 décembre 2023 (n° 458434), le Conseil d'Etat est venu préciser que si les mesures de prévention des risques professionnels sont intégrées dans l'accord majoritaire portant PSE (ce qui est possible mais pas obligatoire), l'Administration doit tout de même exercer son contrôle sur le caractère précis et concret desdites mesures.

L'appréciation doit d'ailleurs se faire au regard des éventuels compléments d'information et documents communiqués, s'agissant de la prévention des risques, au CSE par l'employeur.

Bien évidemment, quand bien même l'Administration devra exercer un contrôle approfondi desdites mesures, le fait que ces mesures soient reprise par accord portant PSE sera par définition de nature à favoriser la reconnaissance de leur caractère précis et sérieux.

En conclusion, l'identification et la mise en œuvre de mesures précises et concrètes pour assurer la santé ou la sécurité des salariés dans l'établissement des PSE est impératif lorsqu'une entreprise met en place une procédure emportant PSE.

➤ **L'Administration n'a pas vocation à exercer un contrôle sur l'application de l'article L 1224-1 du Code du travail**

Sur un autre sujet, le Conseil d'Etat a récemment apporté des précisions importantes concernant l'étendue du contrôle de l'autorité administrative lorsque les salariés prétendent que le contrat de travail des salariés aurait dû être repris à l'occasion d'un transfert d'activité.

En l'espèce, les salariés dont le licenciement pour motif économique était envisagé dans le cadre du PSE considéraient que leur contrat de travail aurait dû être repris en application de l'article L 1224-1 du Code du travail du fait du transfert de l'activité à laquelle ils étaient affectés vers d'autres sociétés du groupe.

Par un arrêt du 19 décembre 2023 (n° 467283), le Conseil d'Etat rappelle qu'il n'appartient pas à l'Administration statuant sur une demande d'homologation d'un document unilatéral portant PSE, de veiller à la bonne application de l'article L 1224-1 du Code du travail selon lequel tous les contrats de travail en cours au jour d'une modification dans la situation juridique de l'employeur subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

Cette analyse confirme que le contrôle des DREETS se limite à la vérification des matières expressément visées à l'article L 1233-57-3 du Code du travail auxquelles s'ajoute le contrôle de la prise en compte des risques psychosociaux dans l'élaboration du PSE.

Il ne revient pas au juge administratif d'exercer un contrôle sur la bonne application des dispositions de l'article L 1224-1 du Code du travail.

Les salariés pourront en revanche porter ce litige devant le Conseil de Prud'hommes à l'occasion de la contestation individuelle du licenciement pour motif économique.

➤ **Les critères d'ordre du licenciement : points d'attention**

Par deux arrêts en date du 31 octobre 2023 (n° 456091 et 456332), le Conseil d'Etat apporte des précisions sur les critères d'ordre des licenciements et rappelle qu'il appartient à l'Administration saisie d'une demande d'homologation d'un document unilatéral portant PSE de s'assurer qu'en l'absence d'accord collectif ayant fixé les critères d'ordre, le document unilatéral fait bien application des 4 critères mentionnés à l'article L 1233-5 du Code du travail, ce qui n'est pas le cas si, pour un ou plusieurs des critères légaux, il est affecté la même valeur pour tous les salariés.

Outre le contrôle du recours aux critères légaux, le Conseil d'Etat relève qu'il incombe à l'Administration de s'assurer que les éléments sur lesquels s'appuie l'employeur pour déterminer l'ordre des licenciements ne sont ni discriminatoires, ni dépourvus de rapport avec l'objet même de ces critères.

Dans le cadre de son contrôle, l'Administration peut se baser sur les éléments qui lui sont présentés et notamment les échanges avec le CSE lors de la procédure d'information et de consultation antérieure à l'adoption du document unilatéral, ainsi que les justifications objectives et vérifiables qui sont fournies par l'employeur.

S'agissant du critère des qualités professionnelles, le Conseil d'Etat souligne qu'il appartient en particulier à l'Administration de vérifier que les éléments d'appréciation de ce critère ne sont pas « insusceptibles de permettre de prendre en compte les qualités professionnelles des salariés de la ou des catégories professionnelles afférentes et n'ont pas été définis dans le but de permettre le licenciement de certains salariés pour un motif inhérent à leur personne ou à leur affectation ».

Sur ce dernier point, « les résultats de l'évaluation professionnelle des salariés lorsqu'ils existent peuvent être utilement retenus par l'employeur ».

Le Conseil d'Etat reconnaît bien que les résultats de l'évaluation professionnelle peuvent être retenus par l'employeur pour apprécier les critères professionnels.

Cependant, si une entreprise entend s'appuyer sur ces éléments, il conviendra de s'assurer que ces entretiens sont réalisés de manière régulière au bénéfice de l'ensemble des salariés concernés (sauf situations spécifiques liées aux absences notamment).

8. Accord de PSE et prévention des risques : quel formalisme ?

Par deux arrêts du 19 décembre 2023, le Conseil d'Etat a tranché la question de savoir si le traitement des risques en matière de conditions de travail, d'hygiène et de sécurité devait être inclus dans le document unilatéral ou l'accord collectif portant PSE et, à ce titre, respectivement soumis à l'homologation ou la validation de la DREETS.

Le Conseil d'Etat répond par la négative : il n'y a donc pas à inclure ce volet de la réorganisation dans le document soumis à l'Administration.

Ces décisions méritent d'être soulignées en ce qu'elles constituent, par rapport à des arrêts antérieurs (CE du 21 mars 2023), sinon un revirement, à tout le moins une clarification bienvenue.

Elles apparaissent à cet égard plus conformes aux dispositions des articles L 1233-24-1 à 2 et L 1233-24-4 du Code du travail qui énumèrent les mentions requises desdits documents : le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi en constitue le socle minimal, auquel peuvent être ajoutés :

- les modalités d'information et de consultation du CSE,
- la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements,
- le calendrier des licenciements,
- le nombre de suppressions d'emploi et les catégories professionnelles concernées,
- les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement.

Ce second train de mesures est optionnel dans un accord collectif et obligatoire dans un document unilatéral.

Pour autant, l'analyse et les mesures de prévention des risques en matière de conditions de travail liés à la réorganisation n'y figurent pas et il ne peut dès lors être reproché à la DREETS la validation ou l'homologation d'un document silencieux sur ce thème.

Est-ce à dire que la DREETS ne contrôle pas les risques précités et les mesures destinées à les prévenir ?

Evidemment non.

Ils sont en effet explicitement mentionnés par l'article L 1233-31 du Code du travail dans les informations transmises au CSE au début de sa consultation et la DREETS doit, parallèlement au contrôle du contenu du document lui-même (unilatéral ou conventionnel) soumis à son approbation, contrôler notamment la régularité de la procédure de consultation (à distinguer de ses modalités).

Le contrôle de la DREETS ne se résume donc, loin s'en faut, au contenu du document unilatéral ou négocié.

La question qui demeure cependant est celle de déterminer s'il y a un intérêt quelconque à introduire dans l'accord collectif les mesures de prévention des risques sur les conditions de travail (ce qui n'est, les arrêts le rappellent, pas interdit).

Non si l'on considère que l'accord collectif n'est pas plus fort que l'engagement unilatéral, tous les deux tirant leur force obligatoire de la seule décision administrative.

Oui si l'on maintient entre eux la distinction de droit commun entre source conventionnelle et engagement unilatéral qui donne à l'échange des consentements des partenaires sociaux, des prérogatives et une portée largement supérieures à celles d'une seule personne, fût-elle morale.

La différence d'étendue du contrôle de l'Administration entre les deux modes d'élaboration d'un PSE incite au choix de cette seconde option car un crédit de confiance est indiscutablement accordé à tout un pan de ce qui est convenu par les partenaires sociaux : la suffisance du plan de sauvegarde de l'emploi négocié, par exemple, n'est pas contrôlée par la DREETS.

Certes, un salarié qui conteste son licenciement devant le Conseil de Prud'hommes pourra soulever, par voie d'exception, la nullité du PSE mais ses chances de succès seront sensiblement réduites si celui-ci a fait l'objet d'un accord avec les organisations syndicales.

S'agissant de la prévention des risques relatifs aux conditions de travail, le salarié peut aussi devant le juge judiciaire invoquer son caractère insuffisant et ce, malgré la validation de l'accord collectif mais comme dans l'exemple précédent, si les mesures prises en ce sens par l'entreprise ont recueilli l'adhésion des syndicats, le risque de voir le contentieux individuel s'égarer dans ce champ devrait en être considérablement amoindri.

Inclure dans l'accord collectif de PSE le constat des risques et les mesures de leur prévention est donc un facteur certain de sécurisation des contentieux susceptibles de survenir ensuite de la restructuration.

9. Principes directeurs de l'enquête interne et point de départ du délai de prescription

Dans un arrêt rendu le 30 janvier 2024 (n° 21-02.032), la Cour d'appel de Riom rappelle de manière didactique les principes sur lesquels reposent l'enquête interne menée par l'employeur.

La Cour d'appel énonce ainsi que :

- Lorsque l'employeur est informé de faits, commis à l'occasion du travail, pouvant constituer des agissements de harcèlement moral (ou sexuel) dont un ou plusieurs de ses salariés seraient victimes, il a l'obligation de procéder, dans les meilleurs délais, à une enquête interne (permettant de connaître la réalité des faits de manière objective, la nature de ces faits, l'ampleur et les répercussions des faits) et ce, alors qu'il est tenu envers tous ses salariés d'une obligation de sécurité lui imposant de prendre toutes dispositions nécessaires en vue d'y mettre fin et de sanctionner leur auteur.
- Les modalités de cette enquête n'étant pas définies par le Code du travail, c'est la jurisprudence qui est venue les encadrer.

Le principe étant celui de la liberté de la preuve en matière prud'homale, l'employeur définit librement les modalités de son enquête, sous réserve de ne pas procéder à des investigations illicites.

L'enquête diligentée par l'employeur doit être menée de manière objective, sérieuse, loyale, impartiale et, dans la mesure du possible vu l'exigence de célérité procédurale comme de protection des autres salariés (obligation de sécurité, de façon contradictoire et exhaustive.

- La jurisprudence donne la possibilité à l'employeur de n'entendre, dans le cadre d'une enquête interne, qu'une partie des salariés, notamment ceux potentiellement victimes du harcèlement, si les éléments d'information recueillis dans ce cadre sont suffisants pour mettre en œuvre la procédure disciplinaire et dès lors que ces éléments n'ont pas été obtenus frauduleusement ou de façon déloyale.

Elle donne également la possibilité à l'employeur de mener une enquête sans prévenir ni entendre préalablement ou concomitamment le salarié mis en cause par un ou des témoins et ce, afin d'assurer l'efficacité de l'enquête et sans confronter ensuite le salarié mis en cause à ceux qui ont dénoncé son comportement alors qu'une telle confrontation, génératrice d'une situation de stress, serait incompatible avec la prévention des risques psychosociaux qui incombe à l'employeur (obligation de sécurité).

- Il revient finalement aux juges du fond d'apprécier la valeur probante de l'enquête diligentée par l'employeur.

La Cour d'appel rappelle également que c'est le jour où l'employeur ou le supérieur hiérarchique direct du salarié a connaissance du fait fautif qui marque le point de départ du délai de prescription de deux mois.

Le point de départ du délai est constitué par le jour où l'agissement fautif est clairement identifié, c'est-à-dire le jour où l'employeur a eu une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés au salarié.

Lorsqu'une enquête interne est diligentée, c'est la date à laquelle les résultats de l'enquête sont connus qui marque le point de départ du délai de deux mois.

10. Un membre du CODIR peut valablement être désigné représentant de section syndicale

Dans un arrêt du 20 décembre 2023 (n° 22-21.983), la chambre sociale de la Cour de cassation réaffirme le principe d'incompatibilité entre le fait pour un salarié d'être assimilable à l'employeur (soit en raison d'une délégation écrite particulière d'autorité, soit parce qu'il représente effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel) et l'exercice d'un mandat syndical.

Elle précise toutefois que le fait d'être membre du Codir et de faire l'objet de subdélégations de pouvoirs écrites non signées est insuffisant pour être assimilé à l'employeur et être, à ce titre, exclu du mandat de représentant de section syndicale (RSS).

➤ **Le salarié assimilable à l'employeur est exclu des mandats syndicaux...**

La Haute Juridiction rappelle le principe général selon lequel ne peuvent exercer un mandat de représentation les salariés qui :

- soit disposent d'une délégation écrite particulière d'autorité leur permettant d'être assimilés au chef d'entreprise,
- soit représentent effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel ou exercent au niveau de l'entreprise à l'égard des représentants du personnel les obligations relevant exclusivement du chef d'entreprise.

➤ **... en raison d'une délégation écrite particulière d'autorité...**

La chambre sociale de la Cour de cassation a déjà jugé qu'un salarié titulaire d'une délégation de pouvoir pour l'établissement qu'il dirige ne peut pas être désigné délégué syndical (DS) au niveau de l'unité économique et sociale (UES) dont fait partie l'entreprise qui l'emploie (Cass. soc. 16-4-2008 n° 07-60.382) ni être désigné DS central (Cass. soc. 1-2-2006 n° 05-60.163).

La même solution a été appliquée à propos de la désignation d'un RSS : un salarié qui dispose d'une délégation écrite d'autorité permettant de l'assimiler au chef d'entreprise ne peut pas être désigné en qualité de RSS, même si la délégation porte sur un périmètre plus restreint que celui de sa désignation (Cass. soc. 15-10-2015 n° 14-25.680).

Il a aussi été précisé que l'existence d'une délégation particulière d'autorité, même si elle n'a pas été expressément acceptée, suffit à faire obstacle à la désignation en qualité de DS ou représentant syndical au CSE (Cass. soc. 4-4-2007 n° 06-60.124).

Ainsi jugé à propos du secrétaire général d'un organisme ayant reçu par écrit une délégation globale de signature du directeur général (Cass. soc. 29-6-2005 n° 04-60.093), d'un directeur de magasin disposant, pour l'établissement qu'il dirige, d'une délégation écrite d'autorité permettant de l'assimiler au chef d'entreprise (Cass. soc. 1-2-2006 n° 05-60.163) ou d'un salarié qui, en raison d'une délégation particulière d'autorité, est assimilé au chef d'entreprise dans l'une des sociétés constitutives d'une UES (Cass. soc. 16-4-2008 n° 07-60.382).

Dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt du 20 décembre, le salarié, directeur des achats, a fait l'objet de 2 subdélégations de pouvoirs de l'employeur de la part de son supérieur hiérarchique mais le tribunal judiciaire a relevé que :

- ces subdélégations n'étaient pas signées,
- rien n'établissait que le salarié ait été informé de leur existence et de leur contenu.

Les juges notent, par ailleurs, que le salarié n'est décisionnaire ni du recrutement des candidats ni des prolongations de contrats, des promotions ou augmentations, qu'en ce qui concerne l'organisation du service d'activités placé sous sa responsabilité il n'est pas en capacité de décider en autonomie des changements qui lui paraissent appropriés, qu'il n'a pas le pouvoir de décider de la rupture des contrats de travail, ne dispose pas de pouvoir disciplinaire autonome à l'égard des salariés sous sa responsabilité et ne représente pas l'employeur à cet effet.

Dès lors, ils ont estimé qu'il n'y avait pas lieu d'en déduire que le salarié dispose d'une délégation écrite particulière d'autorité lui permettant d'être assimilé au chef d'entreprise.

La Cour de cassation valide ce raisonnement.

Il convient de retenir que, pour qu'une délégation écrite particulière d'autorité de l'employeur fasse obstacle à la désignation d'un salarié à un mandat syndical, encore faut-il que celle-ci ait été portée à la connaissance du salarié. Si la signature de ladite délégation n'est pas spécifiquement requise, il peut s'agir d'un élément de preuve permettant de démontrer la connaissance par le salarié de son existence.

➤ **... ou du fait qu'il représente l'employeur devant les institutions représentatives du personnel**

L'exercice de certaines responsabilités, en particulier des obligations relevant exclusivement de l'employeur devant les institutions représentatives du personnel, est aussi incompatible avec l'exercice d'un mandat syndical ou d'un mandat de représentant du personnel.

Ainsi ne peut pas être désigné en qualité de DS le salarié qui représente effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel, même en l'absence de délégation écrite d'autorité (Cass. soc. 12-7-2006 n° 05-60.300).

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 20 décembre 2023, les juges ont relevé qu'il ne ressortait d'aucun élément que le salarié ait représenté l'employeur devant les institutions représentatives du personnel.

Si, en tant que directeur des achats de la société, le salarié avait la capacité de représenter la société auprès des partenaires commerciaux, une telle représentation n'a aucune incidence sur sa capacité de représenter l'employeur auprès des salariés.

Les juges du fond, exerçant leur pouvoir souverain, ont pu en déduire, pour la Cour de cassation, qu'il ne représentait pas l'employeur devant les institutions représentatives du personnel et n'exerçait pas à leur égard des obligations relevant exclusivement du chef d'entreprise.

➤ **... mais tel n'est pas nécessairement le cas d'un membre du Codir**

Pour contester la désignation de l'intéressé en qualité de RSS, la société soutenait que, par principe, en tant que membre du Codir et de l'équipe dirigeante, le salarié avait, de par ses fonctions, accès aux informations et données stratégiques financières, et, globalement, à toutes les informations confidentielles ou stratégiques de l'entreprise.

Les juges retiennent que, si la participation du salarié au Codir démontre un rôle important dans l'organigramme de la société, elle n'est pas corroborée par un statut de cadre dirigeant. Ils ajoutent que le salarié n'est pas placé, dans l'organigramme, à la hauteur des directeurs adjoints qui participent au comité exécutif, qui prend les décisions stratégiques de la société.

La Cour de cassation avait déjà jugé qu'en l'absence de délégation particulière d'autorité, établie par écrit, permettant de l'assimiler au chef d'entreprise un salarié ne pouvait, quelle que soit sa fonction, être exclu du droit d'exercer les fonctions de délégué syndical (à propos d'un responsable des ressources humaines : Cass. soc. 21-5-2003 n° 01-60.882 ; et à propos d'un directeur d'agence : Cass. soc. 21-5-2003 n° 02-60.100).

Par cet arrêt, la Cour de cassation confirme que les seuls éléments susceptibles de faire obstacle à l'exercice d'un mandat syndical par un salarié sont :

- soit l'existence d'une délégation écrite particulière d'autorité lui permettant d'être assimilé au chef d'entreprise, à condition, selon cet arrêt, d'avoir bien été portée à la connaissance de l'intéressé,
- soit le fait de représenter effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel ou d'exercer au niveau de l'entreprise à l'égard des représentants du personnel les obligations relevant exclusivement du chef d'entreprise.

Tout autre élément, et en particulier le fait d'être membre de l'équipe dirigeante, ne peut à lui seul suffire à écarter par principe le salarié d'un mandat syndical.

Pour notre part, compte tenu de la généralité des termes employés par la Cour dans l'attendu de principe, cette solution, rendue à propos d'une désignation en qualité de RSS, est transposable selon nous à tout autre mandat syndical (DS, DS central, représentant syndical au CSE...).

11. Accord collectif sur le PSE

➤ Faits

Un accord collectif sur le PSE concernant la Fédération Française de Football (FFF) est signé le 13 juillet 2021 par la Directrice Générale de la Fédération.

Les dispositions statutaires de la FFF ne l'autorisaient cependant pas à signer cet accord : en effet, selon les statuts, les contrats portant sur un montant supérieur à 300K€ relevaient de la seule compétence du Comité Exécutif de la Fédération (le coût du PSE représentait 2,8 millions d'euros).

L'accord est validé par l'administration le 16 juillet 2021.

Le Comité Exécutif de la FFF ratifie par une délibération du 27 janvier 2022 (soit 6 mois après la signature de l'accord et la décision de validation) expressément l'accord signé par la Directrice Générale.

Saisi par 9 salariés, le TA de Paris annule la décision de validation en décembre 2021 au motif de l'absence de qualité de la Directrice Générale pour signer l'accord.

La régularisation n'avait pas encore été effectuée.

En appel, la CAA de Paris annule le 6 mai 2022 (la ratification ayant été effectuée) la décision du TA.

➤ La motivation de la Cour d'appel et du CE

Pour annuler la décision du TA, la CAA s'est fondée, en l'absence de dispositions spéciales du code du travail y faisant obstacle, sur les dispositions du Code civil, et en particulier sur l'article 1156.

La motivation est identique dans la décision du CE :

«4. aux termes de l'article 1156 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté. / Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité. / L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié ». En l'absence de dispositions spéciales du code du travail y faisant obstacle, ces dispositions du code civil sont applicables à la signature par l'employeur des accords collectifs portant plan de sauvegarde de l'emploi.

5. Il résulte de ce qui a été dit aux points 2 à 4 que la signature, pour le compte de l'employeur, d'un accord collectif majoritaire portant plan de sauvegarde de l'emploi, par un mandant, au-delà du pouvoir qui lui a été donné, peut faire l'objet d'une régularisation avec effet rétroactif par la voie d'une ratification expresse ou tacite de cet accord par l'organe habilité, y compris lorsque cette ratification intervient postérieurement à la décision de l'autorité administrative validant ce même accord, pour autant que les règles statutaires de la personne morale employeur n'y fassent pas obstacle.

7.....Il résulte de ce qui a été dit au point 5 qu'en se fondant sur la circonstance que le comité exécutif de la FFF a, en cours d'instance, ratifié cet accord pour juger, sur le fondement des dispositions citées au point 4, que la directrice générale de la fédération, bien qu'ayant excédé la compétence qui lui était dévolue par les dispositions statutaires citées au point précédent, devait être regardée rétroactivement comme ayant eu qualité pour signer cet accord, les dispositions statutaires régissant la répartition des pouvoirs au sein de la FFF n'y faisant pas obstacle, la cour n'a pas commis d'erreur de droit. »

➤ Conclusion

Pour qu'une telle ratification a posteriori et avec effet rétroactif soit possible il faut donc que les statuts le permettent.

Il me semble également, bien que cela ne soit pas mentionné dans la décision du CE (contrairement à la décision de la CAA) que cette régularisation ne peut intervenir que si le moyen tiré de la nullité de l'accord n'a pas déjà été soulevé.

A la lecture des décisions du TA et de la CAA, il semble en effet que les demandeurs n'avaient pas soulevé la nullité de l'accord et avaient uniquement invoqué le moyen tiré du défaut de pouvoir de la Directrice Générale.

En conséquence, il me semble permis de considérer que la décision du CE n'aurait pas été la même si la nullité de l'accord avait été invoquée par les demandeurs.

En pratique, il me semble donc préférable de régulariser la situation dès que possible.

➤ **Autre point intéressant**

L'arrêt est également intéressant sur un autre point, celui de la régularité de la procédure de consultation en cas de différence entre le motif économique présenté aux IRP et celui invoqué au stade de la mise en œuvre, notamment dans les lettres de licenciement.

Tel était le cas en l'espèce.

Sur ce point, le CE (comme le TA et la CAA) considèrent que cette circonstance n'est pas de nature à établir que la procédure ait été entachée d'irrégularité.

12. Insuffisance professionnelle et faute disciplinaire : cumul des motifs ?

L'insuffisance professionnelle se définit comme l'incapacité objective et durable d'un salarié à exécuter de façon satisfaisante un emploi correspondant à sa qualification.

Elle se caractérise par une mauvaise qualité du travail due soit à une incompétence professionnelle, soit à une inadaptation à l'emploi.

Elle se distingue d'une faute professionnelle en ce qu'elle ne procède pas d'un comportement volontaire.

Selon la Cour de cassation, la distinction entre ces deux motifs de licenciement réside donc dans l'intention du salarié : l'insuffisance professionnelle sera écartée en cas d'abstention volontaire ou de mauvaise volonté délibérée du salarié dans la réalisation de ses fonctions.

Dès lors, une lettre de licenciement qui reprocherait à un salarié un comportement qualifié de fautif sans que celui-ci procède en réalité d'un comportement volontaire de ce dernier, privera la rupture de cause réelle et sérieuse, même si l'insuffisance est avérée (notamment, Cass. Soc., 20 janvier 2016, n°14-21.744).

Si un même comportement ne peut donc, caractériser à la fois une insuffisance professionnelle et un motif disciplinaire, qu'en est-il lorsque l'employeur reproche au salarié deux comportements distincts, l'un considéré comme fautif, et l'autre comme relevant d'une insuffisance professionnelle ?

La Chambre sociale de la Cour de cassation répond à cette question dans un arrêt récent*.

Un salarié s'était vu licencier pour deux motifs distincts : d'une part un motif disciplinaire caractérisé par le climat de souffrance au travail qu'il imposerait à ses collègues et subordonnés et qui constituerait des faits de harcèlement moral, et d'autre part un motif personnel non-disciplinaire tenant notamment à un manque d'implication, une absence de soutien de ses équipes, et un défaut de communication sur des décisions contestées.

Les juges du fond ont retenu que le harcèlement moral était insuffisamment caractérisé, mais que les éléments produits permettaient de démontrer une insuffisance professionnelle justifiant le licenciement.

Dans son pourvoi, le salarié faisait valoir que le licenciement s'étant placé sur le terrain disciplinaire, et aucun des motifs ne présentant de caractère fautif, le juge ne pouvait retenir que le grief d'insuffisance professionnelle caractérisait une cause réelle et sérieuse.

La haute juridiction rejette cependant cet argument, jugeant que « *l'employeur, à condition de respecter les règles applicables à chaque cause de licenciement, peut invoquer dans la lettre de licenciement des motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié, dès lors qu'ils procèdent de faits distincts.* ».

La frontière entre manquement disciplinaire volontaire et insuffisance professionnelle est souvent poreuse ; dans le cas d'espèce, l'existence de deux motifs distincts n'était pas évidente, la Cour d'appel évoquant « *des manquements de l'appelant à sa lettre de mission et qui caractérisent une insuffisance professionnelle* ».

Il convient donc d'être prudent dans le choix des termes de la lettre de licenciement (Cass. Soc. 17 janvier 2024, n° 22-19.733).

13. La diffusion du bulletin de paie d'un salarié sans son accord constitue une atteinte à sa vie privée lui donnant droit à réparation

Par un arrêt en date du 20 mars dernier, la Cour de cassation a jugé que la communication du bulletin de paie d'un salarié sans son accord constitue une atteinte au respect de sa vie privée ouvrant droit à réparation.

➤ Les faits de l'espèce

Un salarié était titulaire de divers mandats de représentant syndical, notamment de délégué syndical, sous l'étiquette CFDT au sein de la société. Il était également l'un des médiateurs de la société.

L'organisation syndicale CGT au sein de l'entreprise a publié un tract syndical, intitulé « *Les Corps Rompus à la Direction* », sur lequel elle a reproduit une copie partielle des bulletins de paie du salarié de janvier 2008 et de mars 2017, en mentionnant « *Notre délégué syndical CFDT a ainsi vu sa rémunération mensuelle brute progresser de 84,42% en 9 ans !* ».

➤ Les étapes de la procédure

Invoquant un harcèlement moral et une atteinte à sa vie privée de la part du syndicat CGT, le salarié a saisi avec le syndicat CFDT, le tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la condamnation de la fédération de la CGT au paiement de dommages-intérêts.

La Cour d'appel a débouté le salarié et le syndicat CFDT de leurs demandes.

En effet, les juges du fond ont retenu que les bulletins de salaire du salarié avaient été publiés sans l'accord du salarié mais que celui-ci ne rapportait aucun élément de nature à établir que la communication, à des tiers, du montant de sa rémunération aurait eu un effet quelconque, que ce soit, par exemple, en termes de réputation, de carrière ou d'image au sein de l'entreprise.

Le salarié et le syndicat CFDT ont donc formé un pourvoi en cassation.

➤ **La position de la Cour de cassation**

La Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel au motif que la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation.

Le salarié n'avait pas à rapporter la preuve d'un quelconque préjudice pour obtenir la réparation de l'atteinte à sa vie privée.

En effet, la Haute juridiction rappelle par ailleurs le principe selon lequel « *chacun a droit au respect de sa vie privée* » et que les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée (*article 9 du Code civil*).

En conséquence, compte tenu des données personnelles qui figurent sur le bulletin de paie, l'employeur doit veiller, avant de le produire dans un litige l'opposant à un tiers à la relation de travail, soit à recueillir l'accord préalable du salarié soit à occulter les données personnelles qui ne seraient pas nécessaires à la résolution du litige (Cass. Soc. 20 mars 2024, n° 22-19.153).

14. Prévoyance des cadres

➤ Rappel des obligations de l'employeur

Aux termes de l'article 7 de la convention collective nationale du 14 mars 1947 (applicable aux faits de l'espèce et repris dans des termes identiques par l'accord national interprofessionnel du 17 novembre 2017 relatif à la prévoyance des cadres, désormais seul en vigueur), les employeurs sont tenus de verser pour tout salarié cadre et assimilé une cotisation à leur charge exclusive, égale à 1,50% de la rémunération prise en compte dans la limite du plafond annuel de Sécurité sociale.

Cette cotisation doit être affectée en priorité, c'est-à-dire, selon une lettre de l'AGIRC du 23 mars 1998, pour plus de 0,75%, au financement de la garantie décès.

Selon la Cour de cassation, le financement de l'employeur au titre des frais de santé peut être inclus dans l'appréciation du respect de cette obligation (Cass. Soc. 30 mars 2022, n°20-15.022), sous réserve toutefois des dispositions conventionnelles applicables dans l'entreprise, pouvant exiger un financement distinct des deux types de risques (voir sur la CCN de l'immobilier, modifiée depuis sur ce point : CA Paris, 14 avril 2010, n° 08/10505).

La violation de cette obligation est, aux termes des dispositions conventionnelles, sanctionnée par le versement par l'employeur d'une somme égale à trois fois le plafond annuel de la sécurité sociale, aux ayants droit du cadre décédé.

Cette somme entre en outre dans l'assiette des cotisations sociales (Cass. soc., 24 avr. 1997, n° 95-18.039 ; Cass. ass. plén., 26 janv. 2001, n° 99-13.397).

➤ Les faits et la procédure

Une société a souscrit le 1^{er} mars 1996 un contrat de prévoyance auprès d'un organisme assureur au profit de l'ensemble de son personnel non-cadre.

Trois de ses salariés sont devenus cadres au mois de décembre 2009 mais aucun contrat de prévoyance à destination des cadres n'a été souscrit malgré le versement de cotisations. Un de ces salariés est décédé en 2014.

La société a assigné l'organisme assureur en responsabilité devant le tribunal de grande instance de Lille qui l'a déboutée.

Infirmant le jugement, la cour d'appel de Douai a reconnu la responsabilité de l'organisme assureur qui avait encaissé des primes d'assurance au titre de la garantie prévoyance cadre, sans avoir conclu le contrat d'assurance adéquat et l'a condamné au remboursement des primes perçues.

La veuve du salarié a ensuite assigné devant le tribunal de grande instance de Lille, l'ancien employeur de son conjoint qui avait appelé en garantie l'organisme assureur, pour obtenir leur condamnation au paiement de la garantie décès, des rentes éducation et de la garantie obsèques que les ayants droit auraient dû percevoir.

Le tribunal a mis hors de cause l'organisme assureur (dont la responsabilité fautive a déjà été reconnue et sanctionnée dans le cadre de la première procédure) et a condamné l'employeur à payer aux ayants droit du salarié décédé, des dommages et intérêts au titre de leur préjudice financier et de leur préjudice moral. Un appel a été interjeté par la société.

➤ **La solution**

- La responsabilité délictuelle de l'employeur

La cour d'appel a reconnu que la société avait commis une faute de négligence en n'affiliant pas son salarié à un contrat de prévoyance cadre.

Elle relève également que, malgré la découverte de la carence d'assurance au profit des salariés cadres en 2013 soit avant le décès du salarié, la société s'était abstenue, sans aucun motif, de régulariser la situation en n'acceptant aucune des trois offres émises par l'organisme assureur et en ne se rapprochant d'aucun autre organisme assureur de son choix.

Elle juge que la société a ainsi commis une abstention fautive présentant un lien de causalité direct et certain avec le préjudice subi par les ayants droit de son salarié cadre décédé.

- La réparation intégrale du préjudice subi par les ayants droit

La cour d'appel précise qu'en matière de responsabilité délictuelle, le principe de réparation intégrale du préjudice conduit à replacer les victimes dans la situation où elles se seraient trouvées, sans pertes ni profits pour elles-mêmes, si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu.

Ainsi, elle considère que la sanction prévue par la CCN de 1947, conduisant au versement aux ayants droit du salarié décédé, d'une somme égale à trois fois le plafond de la sécurité sociale en cas de non-respect de l'obligation de cotiser au « 1,50% Tranche 1 » n'est pas exclusive des droits de ceux-ci à voir réparer intégralement leur préjudice subi du fait de la carence de l'employeur dans la souscription d'un contrat de prévoyance cadre, les privant du versement d'un capital décès et de rentes éducation.

En effet, la sanction conventionnelle, ne permet pas de réparer l'entier préjudice subi par ses ayants droit, qui est, selon la cour d'appel, égal aux sommes qu'ils auraient perçues si l'employeur avait régulièrement régularisé sa carence en affiliant le salarié à un contrat de prévoyance cadre.

La cour ne pouvant présumer de l'étendue de la couverture qu'aurait choisie l'employeur, retient une moyenne des trois offres de contrat qui lui avaient été proposées par l'organisme assureur pour indemniser le préjudice certain et direct des ayants droit, somme de laquelle elle a déduit les sommes perçues au titre de la garantie versée en application du contrat de prévoyance non-cadre.

Enfin, la cour octroie également des dommages et intérêts à la veuve en réparation de son préjudice moral.

Cette solution apparaît critiquable à plusieurs titres.

Premièrement, l'employeur aurait pu choisir un niveau de garanties moindre chez un autre organisme assureur.

Il est donc étonnant pour déterminer un préjudice de se fonder sur des propositions formulées par celui auprès duquel aucun contrat n'a été finalement souscrit.

Deuxièmement, c'est en réalité une perte de chance que la cour indemnise ici.

Or, de jurisprudence constante, « *la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* » (Cass. Civ. 1^{ère}, 9 avril 2002, n°00-13.314). La cour d'appel semble faire fi de ce principe et se contente de calculer une moyenne des offres d'assurance.

Il aurait également été souhaitable que l'arrêt prenne le soin d'opérer une distinction plus précise quant au manquement de l'employeur.

En effet, celui-ci a bien respecté son obligation de verser une cotisation « *égale à 1,50 % de la tranche de rémunération inférieure au plafond fixé pour les cotisations de Sécurité sociale* ».

De même, cette contribution a bien été « *versée à une institution de prévoyance ou à un organisme d'assurance* ».

Ainsi, le seul vrai manquement de l'employeur consiste en ce que cette cotisation n'a pas été « *affectée par priorité à la couverture d'avantages en cas de décès* ».

Les conséquences financières de cette double sanction (conventionnelle et judiciaire) sont telles que cette décision résonne comme une alerte, devant conduire les employeurs à vérifier le respect de cette obligation, vis-à-vis de tous leurs salariés entrant dans son champ d'application.

Sont concernés les salariés cadres et assimilés entrant dans le champ des articles 2.1 et 2.2 de l'accord national interprofessionnel du 17 novembre 2017 relatif à la prévoyance des cadres, sur décision pour ces derniers, d'une commission paritaire rattachée à l'APEC.

Cette dernière est également susceptible de déterminer quels autres salariés non cadres peuvent ou doivent être affiliés à un régime de prévoyance des cadres (anciens « article 36 »).

Il apparaît donc nécessaire de consulter les délibérations de cette commission dans le cadre de cette vérification de conformité (CA de Douai, 8 février 2024, RG n°22/03391).

15. Contrat de travail : Anatomie d'un harcèlement

➤ L'essentiel

La question sensible des conditions de travail et de l'abus du pouvoir de direction, de contrôle ou de sanction de l'employeur ne cesse d'être sur le devant de la scène judiciaire, à l'occasion des contentieux individuels du travail.

Une jurisprudence dense dessine désormais les contours de la notion de harcèlement moral et permet de dresser la liste des éléments probatoires susceptibles d'être retenus en ce sens.

Les conséquences indemnitaires de la reconnaissance d'une telle situation sont de plus en plus nombreuses.

L'arrêt du 5 mars 2024 de la cour d'appel de Paris s'inscrit pleinement dans cette mouvance (CA Paris, 5 mars 2024, n° 21/09953).

➤ Note

- Sur la reconnaissance du harcèlement moral
 - Sur les éléments factuels permettant de conclure au harcèlement moral

Dans cette affaire, la salariée soutenait que la société s'était rendue coupable de harcèlement moral, par l'intermédiaire de son supérieur hiérarchique et de la DRH, ses préposés.

À tout le moins, elle estimait que ces agissements répétés permettaient de supposer l'existence d'un harcèlement moral.

Elle affirmait que l'entreprise :

- l'avait mise à l'écart de certaines rencontres, décisions et réunions stratégiques,
- avait refusé de prendre en compte son état de santé pour aménager son poste de travail, au mépris des préconisations de l'infirmier du travail et de la responsable RH,
- avait évalué ses compétences de manière soudainement négatives sur la base de critères subjectifs et contrastant très sérieusement avec les évaluations précédentes, entraînant une diminution de sa rémunération variable,
- avait minoré volontairement sa rémunération en ne lui payant pas ses astreintes et en diminuant arbitrairement et sans justification objective le montant de sa rémunération variable,
- l'avait dénigrée constamment,
- avait tenté délibérément de la mettre en échec notamment en augmentant de manière significative sa charge de travail, dans un contexte de baisse de ressources,
- avait proféré des remarques désobligeantes à son endroit en public,
- l'avait entravée dans la prise de ses congés payés et l'avaient sollicitée pendant ses arrêts maladie,
- l'avait intimidée pour la contraindre à accepter une rupture de son contrat de travail à vil prix, sous la menace d'un licenciement,
- l'avait finalement licenciée en invoquant de prétendues carences dans l'exercice de ses fonctions, aboutissement d'un processus d'éviction fait de plusieurs mois d'un management harcelant visant à la faire quitter ses fonctions,
- malgré ses protestations (elle avait notamment alerté la directrice des Ressources Humaines et la responsable Ressources Humaines, en vain,
- et les interpellations du médecin du travail.

La cour d'appel lui a donné raison et a reconnu l'existence d'un harcèlement moral.

Pour ce faire, elle a retenu que la rémunération variable de la salariée avait diminué et que ses astreintes ne lui avaient pas été payées.

Elle a aussi relevé que la salariée avait exprimé à plus reprises et de façon non équivoque son mal-être au travail.

La cour a noté que la salariée, épuisée face à l'attitude de son supérieur hiérarchique avait même envisagé même une démission.

Enfin, la cour a jugé que le licenciement pour insuffisance s'inscrivait lui aussi dans ce processus de harcèlement moral.

De façon similaire, avaient déjà été considérés comme des faits de harcèlement moral :

- des menaces de licenciement ou de sanction (Cass. crim., 8 juin 2010, n° 10-80570 – Cass. crim., 15 mars 2011, n° 09-88627) ; des pressions exercées sur un salarié pour le contraindre à démissionner (Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 11-19971 – Cass. soc., 6 juin 2012, n° 11-17489),
- un comportement empreint d'agressivité traduisant sa volonté de restreindre ses fonctions au sein de l'entreprise, sans fournir aucune explication ni adresser aucun reproche, la salariée ayant finalement été soignée pour dépression (Cass. soc., 24 juin 2009, n° 07-45208),
- le fait pour l'employeur de chercher à déstabiliser un salarié, tant par des réflexions désobligeantes que par des pressions permanentes, ce comportement manifesté de manière habituelle ayant occasionné des arrêts de travail renouvelés sans interruption pour dépression réactionnelle et état « anxio-dépressif » chronique ayant évolué dans le sens d'un épuisement progressif qui avait interdit d'envisager la reprise de son activité professionnelle vécue comme de plus en plus stressante et renforçant un sentiment d'impuissance et d'inutilité (Cass. soc., 17 oct. 2012, n° 11-22553),
- un mode de management trop brutal et méprisant (Cass. soc., 8 févr. 2023, n° 21-11535),
- la mise à l'écart, la diminution de ses responsabilités, l'organisation d'un entretien déstabilisant à l'origine d'un arrêt de travail (Cass. soc., 23 nov. 2011, n° 10-18571) ou encore une stratégie de mise à l'écart appliquée par un supérieur hiérarchique envers son adjoint, à le priver d'informations, en ne le rendant plus destinataire de notes, courriels et courriers qui auraient dû normalement lui être adressés, dans des conditions susceptibles d'altérer sa santé physique ou mentale (Cass. crim., 14 mai 2013, n° 12-82362, n° 12-82362) ; une mise à l'écart sur fonds d'humiliations (Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-42481),
- la pression constante et la baisse de moyens, ainsi que l'impossibilité de mener une vie familiale normale, accompagnée d'une dégradation de l'état de santé du salarié (Cass. soc., 29 janv. 2013, n° 11-23944),
- l'augmentation de la charge de travail se traduisant par la multiplication des réunions, des courriels d'ordre et de contre-ordres, la dégradation des conditions de travail tant matérielles que psychologiques ayant entraîné l'altération de la santé de l'intéressé (Cass. soc., 8 nov. 2011, n° 10-15834) ; l'augmentation constante des charges et responsabilités liées aux missions dévolues au salarié ayant occasionné une souffrance au travail dont l'employeur non seulement n'a pas pris les moyens d'y apporter une solution adaptée, mais au surplus a désigné l'intéressé comme principal sinon l'unique responsable de cette situation, n'hésitant pas à stigmatiser son comportement par l'emploi de termes inappropriés (CA Montpellier, 12 déc. 2012, n° 11/04738) ; l'augmentation brutale de la charge de travail d'un chef de département d'un grand magasin avec des moyens en effectif insuffisants, des heures de travail considérables, un comportement de la hiérarchie tendant systématiquement à mettre le salarié en échec et à le fragiliser psychologiquement (CA Reims, 1er sept. 2004, n° 03/2023),
- le non-respect des prescriptions du médecin du travail. Le fait de confier des tâches au salarié dépassant ses capacités physiques eu égard à son état de santé et mis ainsi en péril l'état de santé de son salarié, la cour d'appel a fait ressortir l'existence d'éléments laissant supposer un harcèlement moral et l'absence de preuve par l'employeur d'éléments objectifs étrangers à tout harcèlement (Cass. soc., 4 nov. 2020, n° 19-11626 – Cass. soc., 8 juin 2016, n° 14-13418),
- une soudaine remise en cause des qualités professionnelles d'un salarié, avec un revirement brutal dans sa notation et une baisse de plus de 40 % de son bonus (Cass. soc., 6 janv. 2011, n° 09-66704 – CA Paris, 13 nov. 2019, n° 18/00804).

Ces arrêts montrent que si le pouvoir de direction est exercé de manière abusive, il peut constituer un harcèlement moral.

À terme, l'effet recherché ou la conséquence d'une situation vécue comme tel est le départ de l'entreprise auquel est poussé le salarié : la « compromission de son avenir professionnel », d'après la définition légale (C. trav., art. L. 1152-1).

Cette notion signifie l'avenir du salarié dans son entreprise.

Enfin, il convient de noter que le harcèlement peut résulter d'un climat conflictuel au sein de l'entreprise, voire du mode de gestion des salariés (Cass. soc., 28 mars 2012, n° 10-24441).

Dans de telles circonstances, les motivations du mode de management sont indifférentes, il importe seulement que le salarié ait été personnellement victime de l'atteinte. Incidemment, l'arrêt récent de la Cour de cassation est intéressant (Cass. soc., 14 févr. 2024, n° 22-14385) : est inapproprié un mode de gestion de nature à impressionner et nuire à la santé de ses subordonnés, et ce même en l'absence de harcèlement moral caractérisé.

Un tel comportement abusif rendant impossible le maintien dans l'entreprise du salarié, son licenciement pour faute grave est justifié.

De la même manière, en l'absence de harcèlement, un employeur avait été condamné pour violation de son obligation de prévention des RPS (Cass. soc., 6 déc. 2017, n° 16-10891). Dans cette affaire, il avait été prouvé que de très nombreux salariés avaient été confrontés à des situations de souffrance au travail et à une grave dégradation de leurs conditions de travail induites par un mode de management par la peur ayant entraîné une vague de démissions.

- Sur le rappel du régime probatoire du harcèlement moral

Il est désormais acquis et conformément à l'article L. 1154-1 du Code du travail, qu'il revient au salarié qui prétend être victime de harcèlement moral de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement.

Le juge doit prendre en compte les éléments produits dans leur globalité et non les analyser séparément (Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-27766 – Cass. soc., 8 janv. 2020, n° 18-22055 – Cass. soc., 12 févr. 2020, n° 18-15045 et n° 18-24119).

En aucun cas, les juges ne peuvent faire peser la charge de la preuve du harcèlement sur le salarié uniquement (Cass. soc., 17 nov. 2010, n° 09-42282).

Par exemple, constituent des éléments faisant présumer un harcèlement moral la production de certificats médicaux attestant de l'état dépressif ou d'une souffrance sur le lieu de travail (Cass. soc., 19 oct. 2010, n° 09-42457) ou bien un retrait de tâche éventuel ainsi que l'expression par la direction de sa volonté de voir démissionner le salarié (Cass. soc., 6 janv. 2011, n° 09-69560). Il a également été jugé qu'un salarié présente de tels éléments de fait lorsqu'il produit des courriels dans lesquels il se plaint des remarques de l'employeur à son égard et des arrêts maladie portant les mentions d'un état dépressif secondaire dû à un « burn out » professionnel (Cass. soc., 19 févr. 2014, n° 12-23191) ; des courriels attestant des difficultés rencontrées avec le responsable marketing qui s'était opposé à sa nomination au poste de DRH (Cass. soc., 21 juin 2011, n° 10-16091) ; un courrier du médecin du travail invoquant un harcèlement moral et des courriers recommandés (Cass. soc., 7 mai 2008, n° 06-42185).

Il appartient ensuite à l'employeur de prouver que le harcèlement n'est pas constitué.

Pour ce faire, il doit démontrer que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs, étrangers à tout harcèlement (Cass. soc., 10 nov. 2021, n° 20-10762).

En l'espèce, la cour d'appel de Paris a relevé que la salariée présentait les éléments de fait suivants : une fiche de visite d'information et de prévention établie par l'infirmier du travail mentionnant un poste énormément exposé psychologiquement et une souffrance de la salariée, une fiche d'entretien avec l'infirmier mentionnant des traitements médicamenteux contre l'anxiété, la reconnaissance du statut de travailleur handicapé postérieurement au licenciement, des courriers démontrant une baisse de la part variable de sa rémunération, un défaut de paiement de ses astreintes, des courriels destinés à la Direction des Ressources Humaines évoquant la détérioration des relations professionnelles et de son état psychologique, l'attestation du psychothérapeute ayant accompagné la salariée et attestant de la dégradation de la santé de la salariée, un SMS adressé à la directrice des Ressources Humaines par la salariée faisant état de sa volonté de quitter la société en raison de son épuisement physique et psychique, la proposition d'une rupture conventionnelle sous la menace d'un licenciement, des entretiens d'évaluation soudainement négatifs contrastant très singulièrement avec les premières appréciations portées sur la qualité de son travail sans pour autant mettre en place un plan d'action, plusieurs attestations de salariés affirmant avoir personnellement souffert du management harcelant et déstabilisant du supérieur hiérarchique de la salariée et enfin la lettre de licenciement, épilogue du harcèlement moral dont elle avait fait l'objet et signant la fin de son avenir professionnel au sein de la société.

La cour a déduit de ces nombreux éléments, que, pris dans leur ensemble, ils laissaient supposer l'existence d'un harcèlement moral.

Suivant la méthode érigée par la Cour de cassation, les juges du fond se sont alors intéressés aux justifications présentées par l'employeur et ont considéré que pour sa part, il ne démontrait pas que ses décisions étaient justifiées par des éléments objectifs, étrangers à tout harcèlement.

La cour, dans une formule sévère, a d'ailleurs relevé que l'entreprise se limitait à contester les éléments présentés par la salariée.

Elle a souligné par exemple qu'aucun élément objectif n'était invoqué pour expliquer la diminution de la rémunération ou l'absence de réponse apportée à la salariée qui a exprimé à plusieurs reprises et de façon non équivoque son mal-être au travail et son épuisement professionnel face à l'attitude de son supérieur hiérarchique.

Partant, ils ont conclu à l'existence du harcèlement moral et ont prononcé en conséquence la nullité du licenciement.

- Sur les conséquences financières liées à la reconnaissance d'une situation de harcèlement moral

En premier lieu, la cour d'appel de Paris a octroyé à la salariée des dommages et intérêts pour licenciement nul.

D'une part, cette indemnité doit excéder le barème *Macron* prévu par l'article L. 1235-3-2 du Code du travail, dans la mesure où cet encadrement indemnitaire ne s'applique pas en cas de nullité du licenciement, notamment en raison d'un harcèlement moral.

En outre, dans ce cas, le salarié a le droit à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement qui est **au moins** égale à 6 mois de salaire (Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-42283), quels que soient l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise.

La cour d'appel de Paris en l'espèce a fait une application combinée de ces règles et alloue à la salariée, revendiquant 3 années d'ancienneté, l'équivalent de plus de six mois de salaire.

En second lieu, le harcèlement moral étant reconnu, elle a ordonné la réparation du préjudice moral qui en résulte.

Elle a toutefois limité les dommages et intérêts pour harcèlement moral à hauteur d'un peu moins d'un mois de salaire.

Cette décision peut s'expliquer au vu du montant significatif accordé à la salariée au titre de la nullité du licenciement.

En revanche, la Cour a refusé d'indemniser la salariée au titre du manquement de l'entreprise à son obligation de sécurité, au motif qu'elle ne justifie pas d'un préjudice distinct de celui réparé au titre du harcèlement moral.

Pourtant, il faut distinguer deux obligations : celle d'éviter au salarié de subir un harcèlement et celle de prendre toutes les dispositions en vue de prévenir les agissements, en vertu de l'obligation de protection de la santé et de la sécurité des salariés dans l'entreprise.

Les deux obligations, prévention et prohibition, étant distinctes (Cass. soc., 27 nov. 2019, n° 18-10551), la méconnaissance de chacune d'elles doit ouvrir droit à des réparations spécifiques, indépendamment de l'octroi de dommages et intérêts pour licenciement nul en lien avec des faits de harcèlement moral (Cass. soc., 2 févr. 2017, n° 15-26892).

Or, l'employeur manque à son obligation de sécurité lorsqu'un salarié est victime sur son lieu de travail des violences morales exercées par l'un de ses salariés.

Dans ce contexte, le salarié peut bénéficier d'une indemnisation autonome (Cass. soc., 19 nov. 2014, n° 13-17729).

En l'espèce, dès lors qu'il est jugé que la salariée a été victime de harcèlement moral, il en résulte que l'employeur a failli à son obligation légale de sécurité visant à garantir la protection de la santé et la sécurité des salariés.

En outre, bien que parfaitement informée et alertée des agissements et de leurs conséquences sur la santé de la salariée, notamment *via* le médecin du travail, la Direction des Ressources Humaines n'avait pas pris la moindre mesure pour faire cesser cette situation, par exemple un changement de poste, et n'avait même pas diligenté une enquête.

La passivité de la société, par l'intermédiaire de la directrice des Ressources Humaines atteste d'une carence de l'entreprise à prendre des mesures susceptibles de mettre un terme à cette organisation pathogène.

Ce faisant, la direction a délibérément manqué à l'obligation de sécurité de résultat pesant sur elle ; la cour d'appel aurait dû condamner ce manquement et octroyer des dommages-intérêts en réparation du préjudice avéré de la salariée, qui a été reconnue travailleur handicapé, postérieurement à son licenciement, qui n'a pas bénéficié des mesures de prévention des faits de harcèlement moral.

Par ailleurs, la salariée, en cette qualité, s'était vu offrir des actions de performance, sous réserve de sa présence effective au sein de la société pendant une période de trois ans à compter de la date d'attribution.

Le licenciement étant intervenu avant, elle en avait perdu le bénéfice.

Or, la cour d'appel a considéré que la salariée ayant été licenciée abusivement, elle peut prétendre à des dommages et intérêts au titre de la perte de chance de percevoir les actions gratuites qui lui avaient été attribuées.

Sur ce point encore, l'arrêt se situe dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a déjà jugé que la privation de l'attribution d'actions gratuites à la suite d'un licenciement cause nécessairement au salarié un préjudice qui doit être réparé (Cass. soc., 29 sept. 2004, n° 02-40027).

Ce préjudice avéré et certain s'analyse en une perte de chance (Cass. soc., 7 févr. 2018, n° 16-11635).

Que le licenciement soit jugé sans cause réelle et sérieuse ou nul, un salarié peut donc solliciter des dommages et intérêts pour perte de chance de bénéficier des actions gratuites.

Enfin, sur le plan salarial, la salariée soutenait que le refus de versement d'un bonus à hauteur du montant contractuel prévu s'apparentait à une mesure d'intimidation, constitutive du harcèlement moral.

Selon elle, alors que ses performances étaient en ligne avec les objectifs fixés, la réduction sensible de son bonus était un moyen pour son supérieur hiérarchique d'exercer son pouvoir arbitraire.

La Cour a suivi cette argumentation, soulignant l'incapacité de l'employeur à justifier des modalités de calcul de la rémunération variable versée.

Au-delà du risque pénal et d'image, les risques financiers pesant sur l'employeur dans ce type de litige sont donc considérables.

A fortiori, avec l'arrêt récent de la Cour de cassation (Cass. soc., 14 févr. 2024 , préc.), on observe la volonté des juridictions de sanctionner à tout prix l'exercice abusif des pouvoirs dévolus à l'employeur, même si le harcèlement n'est pas, à proprement parler, établi.

16. Responsabilité pénale d'une personne morale

Voici une décision très critiquable de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (Cass. crim. 24 avril 2024, n° 22-82.646), qui, pour retenir la responsabilité pénale d'une personne morale sur le fondement notamment de l'article 121-2 du Code pénal, considère que :

- « *L'identification de la personne ayant la qualité d'organe ou de représentant, ayant commis l'infraction pour le compte de la personne morale, n'a pas à être obligatoirement énoncée dans la citation* », considération qui n'est certes pas nouvelle (notamment : Cass crim. 8 janvier 2019, n°17-86.430), mais regrettable au regard, entre autres, du principe du contradictoire et des droits de la défense ;
- « *De plus, dès lors que seule la responsabilité pénale de la personne morale est recherchée, la détermination de l'organe ou du représentant de celle-ci est nécessairement dans les débats, ce qui met ainsi la société concernée en mesure de se défendre utilement* », formule particulièrement floue.

L'on pourrait déduire de cette formulation, et en particulier de la part d'autorités de poursuite, qu'il suffirait de citer ou convoquer une personne morale, à qui il est reproché une infraction (ou plusieurs) devant une juridiction pénale de jugement, à charge ensuite pour cette dernière d'examiner « *dans les débats* » s'il peut être identifié un organe ou un représentant pouvant engager la responsabilité pénale de cette personne morale, alors même que ce travail d'examen supposerait d'être effectué avant cette citation/convocation, ne serait-ce que pour vérifier l'opportunité d'une telle poursuite.

En se prononçant de la sorte, la Haute juridiction semble revenir sur sa lecture plus stricte de l'article 121-2 du Code pénal, adoptée depuis ses arrêts de 2011 et imposant aux juges du fond de caractériser la commission par un organe ou un représentant déterminé de l'infraction reprochée à la personne morale et de la nécessité de motiver leurs décisions en sens (notamment : Cass. crim., 11 octobre 2011, n°10-87.212).

Par ailleurs, la Cour de cassation retient une interprétation singulière de la notion de délégation de pouvoirs, en retenant dans cette espèce que le directeur juridique de la société concernée, qui a été finalement condamnée pour tentative d'escroquerie au jugement, disposait « *de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'exercice de la mission que lui a donnée le représentant légal de la société qui l'a d'ailleurs chargé de représenter cette dernière dans le cadre de la procédure pénale* ».

Autrement dit, parce qu'il l'a représentée à l'occasion de cette procédure pénale, sans y être personnellement mis en cause, ce salarié aurait « validé » la délégation de pouvoirs qui lui aurait été consentie, de sorte qu'il pourrait être considéré comme étant un « *représentant* » au sens de l'article 121-2 du Code pénal permettant l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale en cause.

C'est néanmoins méconnaître notamment les dispositions de l'article 706-43 du Code de procédure pénale prévoyant en cas d'action publique exercée à l'encontre d'une personne morale la possibilité pour celle-ci de désigner une personne, autre que son représentant légal, chargée de la représenter pendant cette procédure pénale.

Cette représentation ne saurait s'apparenter à une éventuelle implication dans l'infraction reprochée à la personne morale, sauf à dissuader les personnes physiques qui seraient ainsi désignées...

17. Accord collectif insuffisant et nullité du forfait annuel en jours

Au travers d'un nouvel arrêt du 24 avril 2024, la Cour de cassation rappelle que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations doivent permettre à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable.

A défaut, toute convention de forfait annuel en jours qui serait fondée sur de telles dispositions est nulle.

Dans cette espèce, une salariée contestait notamment l'application de son forfait jours sur l'année et réclamait le paiement d'heures supplémentaires.

Au visa de la protection de la santé, principe constitutionnel et européen, les références textuelles étant rappelées dans la motivation de la Cour, cette dernière rappelle qu'il ne peut être dérogé aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur.

Ce faisant, toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires.

A défaut de garanties suffisantes présentées par l'accord collectif, la convention de forfait jours est nulle.

En l'espèce, la Convention collective (Cabinets d'avocats) et l'accord collectif prévoyaient les mesures suivantes :

- le nombre de journées ou demi-journées de travail était comptabilisé sur un document établi à échéance régulière par le salarié concerné et précisant le nombre de journées ou de demi-journées de repos pris, selon une procédure prévue par l'employeur,
- il appartenait aux salariés concernés de respecter les dispositions impératives ayant trait au repos quotidien et au repos hebdomadaire, l'employeur devant veiller au respect de ces obligations,
- le suivi du temps de travail effectué pour tout collaborateur sur une base annuelle,

- la « recherche » de la direction à faire un point chaque trimestre et à attirer l'attention des collaborateurs dont le suivi présente un solde créditeur ou débiteur trop important afin qu'ils fassent en sorte de régulariser la situation au cours du trimestre suivant,
- les dispositions rappelant que le salarié doit organiser son travail pour ne pas dépasser onze heures journalières, sous réserve des contraintes horaires résultant notamment de l'exécution des missions d'intérêt public,
- la réalisation d'un entretien annuel avec sa hiérarchie portant sur l'organisation du travail, sa charge de travail, l'amplitude de ses journées d'activité, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale et sa rémunération,
- l'obligation faite à l'employeur d'analyser les informations relatives au suivi des jours travaillés au moins une fois par semestre,
- la faculté pour le salarié de pouvoir alerter sa hiérarchie s'il se trouve confronté à des difficultés auxquelles il estime ne pas arriver à faire face.

La Cour de cassation estime que ces dispositions ne permettent pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié.

La Haute juridiction relève également que *“la charte des bonnes pratiques en matière d'organisation du temps de travail”*, qui avait été mise en place de l'employeur pour *“compléter l'ensemble des dispositions conventionnelles applicables”*, n'était de nature à répondre aux exigences de l'article L. 3121-65 du code du travail.

Par voie de conséquence, la convention de forfait jours sur l'année conclue sur la base de ces dispositions a été jugée nulle.

18. Etendue de l'accord régularisé devant le Bureau de Conciliation

La Cour de cassation, dans un arrêt du 24 avril 2024 (Cass. soc. 24 avril 2024, n°22-20.472), juge que le bureau de conciliation et d'orientation du conseil de prud'hommes ayant une compétence d'ordre général, les parties qui comparaissent volontairement devant ce bureau peuvent librement étendre l'objet de leur conciliation à des questions dépassant celles des seules indemnités de rupture.

Dans cette affaire, les parties avaient convenu du versement à la salariée d'une indemnité globale, forfaitaire, transactionnelle et définitive, et que leur accord valait renonciation à toutes réclamations et indemnités et entraînait désistement d'instance et d'action pour tout litige né ou à naître découlant du contrat de travail et du mandat de cette salariée.

Depuis la régularisation de cet accord, cette dernière avait considéré qu'il ne comprenait la paiement de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence qu'elle estimait devoir réclamer à son ancien employeur.

La Cour d'appel, confirmée par la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 24 avril 2024, n'a pas suivi le raisonnement de la salariée et a rejeté ses demandes à ce titre, après avoir relevé que les obligations réciproques des parties au titre d'une clause de non-concurrence étaient comprises dans l'objet de l'accord régularisé devant le Bureau de conciliation.

Solution logique qui préserve la sécurité juridique, même s'il convient d'être vigilant sur la rédaction des procès-verbaux de conciliation.

19. Signataire d'une demande d'autorisation de licenciement : une régularisation est possible

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du Conseil d'Etat, en date du 3 avril 2024, l'inspection du travail avait autorisé le licenciement pour motif disciplinaire d'un salarié protégé intervenant dans une association. Pour annuler l'autorisation administrative de licenciement, les juges du fond, saisis par le salarié, avaient relevé que la demande avait été signée, pour ordre du président, par le directeur général de l'association, lequel ne tenait pas des statuts de celle-ci le pouvoir d'engager une procédure disciplinaire tendant au licenciement d'un salarié.

À l'appui de son pourvoi, l'association avait soulevé que, postérieurement à l'autorisation délivrée par l'inspecteur du travail, la lettre de licenciement avait été signée par le président de l'association, personne qui avait qualité pour prendre une telle décision. Ce faisant, elle estimait avoir régularisé la situation, justifiant ainsi sa demande d'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel, cette dernière jugeant toutefois cette circonstance inopérante.

Pour le Conseil d'Etat, la régularisation de la demande litigieuse est possible si elle est effectuée par la production, au cours de l'instruction, de tout acte ou document donnant pouvoir au signataire de la demande d'autorisation pour mettre en œuvre la procédure en cause établi avant que l'administration ne statue. Et, dans cette affaire, l'employeur n'avait transmis, durant l'instruction du dossier, aucun document démontrant que le directeur général bénéficiait d'une délégation lui permettant d'engager la procédure de licenciement.

Autrement dit, et pour la première fois, à notre connaissance, le Conseil d'Etat a précisé que la demande d'autorisation administrative de licenciement d'un salarié protégé introduite par une personne n'ayant pas qualité pour agir au nom de l'employeur peut être régularisée après la saisine de l'inspection du travail, mais avant que celle-ci ne statue sur la demande.

20. Le bénéfice des ASC peut-il être subordonné à une condition d'ancienneté ?

Le Guide pratique 2024 de l'URSSAF à destination des CSE admet que le bénéfice des activités sociales et culturelles puisse être réservé aux salariés ayant une ancienneté, dans la limite de 6 mois :

« Les prestations du CSE doivent bénéficier à l'ensemble des salariés, sans discrimination entre eux dans l'attribution des avantages : pas de distinction liée à des critères d'ordre professionnel, notamment au contrat de travail (CDI/CDD), à la catégorie professionnelle, au temps de travail (temps plein/temps partiel), à la présence effective.

Ce bénéfice peut être réservé aux salariés ayant une ancienneté, dans la limite de six mois.

Une modulation du montant de l'avantage est possible, selon des critères sociaux objectifs et prédéterminés (quotient familial / revenu fiscal de référence), connus de tous au sein de l'entreprise et fixés par les accords et conventions collectives. Important : la modulation ne doit pas conduire à priver certains salariés du bénéfice de l'avantage. »

Dans un arrêt du 24 mars 2022, la Cour d'appel de Paris avait elle-même confirmé une décision rendue par le Tribunal judiciaire de Paris, admettant que le critère d'ancienneté est un critère objectif et non discriminant.

Selon la Cour, *« l'ancienneté est un critère objectif, non discriminatoire, dès lors qu'il s'applique indistinctement à tout salarié quel qu'il soit et notamment quel que soit son âge. Le critère de l'ancienneté est d'ailleurs utilisé dans de nombreuses circonstances, ne serait-ce que, par exemple, pour calculer la rémunération d'un salarié et, partant, les sommes qui lui sont dues s'il vient à être licencié »* (CA Paris, 24 mars 2022, n° 20/17265).

Cet arrêt est finalement cassé par la Cour de cassation dans un arrêt du 3 avril 2024.

Selon la Cour, il résulte des articles L. 2312-78 et R. 2312-35 du code du travail que, s'il appartient au comité social et économique de définir ses actions en matière d'activités sociales et culturelles, l'ouverture du droit de l'ensemble des salariés et des stagiaires au sein de l'entreprise à bénéficier des activités sociales et culturelles ne saurait être subordonnée à une condition d'ancienneté.

Cette jurisprudence est alignée avec la position du Ministère. Par une réponse publiée au Journal Officiel le 6 mai 2014, le Ministre du Travail avait en effet précisé sur ce point que « *Tout cadeau ou bon d'achat offert par le comité d'entreprise ou par un employeur directement à son salarié constitue un élément accessoire de sa rémunération qui doit être assujéti, en tant que tel, aux cotisations et contributions sociales, dans les conditions de droit commun. Toutefois, une tolérance permet, pour l'assujettissement au prélèvement social, de négliger ceux de ces avantages dont le montant annuel est inférieur à 5 % du plafond mensuel de la sécurité sociale, soit 156 € en 2014. Les employeurs ou comités d'entreprise peuvent, dans le cadre de leur politique sociale et en dehors de l'octroi de secours, utiliser des critères leur permettant de réserver ou de moduler les avantages accordés aux salariés dans le cadre des activités sociales et culturelles. Toutefois, ils ne peuvent se référer à des éléments dont l'utilisation constitue une discrimination au sens de l'article L. 225-1 du code pénal. De même, la différence de traitement entre les salariés au regard d'un même avantage doit être fondée sur des raisons objectives et pertinentes, ce qui n'apparaît pas, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, compatible avec des critères en lien avec l'activité professionnelle tels que l'ancienneté ou la présence effective des salariés dans l'entreprise* (Question écrite n° 43931).

Les CSE qui réservent le bénéfice des ASC à une condition d'ancienneté ont tout intérêt à se mettre en conformité avec cette jurisprudence, le risque étant celui de la perte du régime de faveur et d'une réintégration dans l'assiette des cotisations.

21. Effectivité du transfert des contrats de travail en cas de résiliation du contrat de location gérance

Dans un arrêt rendu le 3 avril 2024 (n°22-10.261), la Cour de cassation livre une nouvelle illustration de la date à laquelle doit s'appliquer l'article L. 1224-1 du Code du travail, lors de la résiliation du contrat de location gérance du fait de la liquidation judiciaire du locataire-gérant.

Dans cette espèce, la société H. est propriétaire d'un fonds de commerce, dont la société E. du festival était le locataire-gérant. Cette dernière employait plusieurs salariés affectés à l'exploitation de ce fonds.

A la suite de la liquidation judiciaire de la société E. du festival, le mandataire liquidateur désigné a écrit à la société H. ne pas poursuivre le contrat de location gérance.

En application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le transfert légal des contrats de travail s'opère de plein droit à la fin d'une location-gérance, le fonds faisant alors son retour à son propriétaire.

Après le transfert de leurs contrats de travail à la société H., celle-ci ayant refusé de verser les salaires pour la période du 6 février au 31 mars 2017, les salariés ont alors saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes, salariales et indemnitaires.

Devant la Cour d'appel, la société H. soutenait que :

- elle n'avait recouvré la jouissance de son fonds de commerce qu'à la date du 1^{er} avril 2017,
- c'était à partir de cette date qu'elle avait constaté l'état de délabrement des locaux nécessitant une remise en état d'une durée de 12 mois entraînant une fermeture totale puis une activité réduite donnant lieu à une mise en activité partielle acceptée.

La société H. en concluait que le fonds de commerce n'était pas revenu dans son patrimoine avant le 1^{er} avril 2017, date à laquelle elle était redevenue l'employeur des salariés transférés et auprès desquels elle avait accompli ses obligations dès cette date.

La Cour d'appel a reçu les arguments de la société H., considérant que « *la reprise par le propriétaire du fonds des éléments corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation du fonds est effective à la date du 31 mars 2017, la société H. n'ayant pu exercer son activité commerciale qu'à compter du 1er avril suivant* » et fixant ainsi la date du transfert du contrat de travail au 1^{er} avril 2017.

La Cour de cassation casse cet arrêt, faisant une application stricte du principe selon lequel « *sauf ruine du fonds, la résiliation du contrat de location-gérance par le liquidateur judiciaire entraîne le retour du fonds dans le patrimoine de son propriétaire lequel doit assumer toutes les obligations du contrat de travail* ».

Alors que le contrat de location gérance a été résilié le 6 février 2017, c'est à cette date que le transfert des contrats de travail s'opérait auprès du propriétaire-bailleur, lequel devenait l'employeur du personnel affecté au fonds.

22. L'abandon de la loyauté dans l'administration de la preuve ?

Le 22 décembre 2023, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence majeur en jugeant qu'une preuve obtenue de manière déloyale était susceptible d'être admise dans le cadre du procès prud'homal.

Dans cet arrêt, un salarié embauché en qualité de « *Responsable commercial Grands Comptes* » avait été licencié notamment pour avoir refusé de communiquer à son employeur le suivi de son activité commerciale.

Dans le cadre du litige prud'homal ayant fait suite au licenciement, l'employeur a produit des « *retranscriptions d'un entretien* » informel qui a eu lieu entre l'employeur et le salarié pour tenter de démontrer l'existence de la faute reprochée.

Les pièces correspondantes sont écartées des débats par la Cour d'appel au nom du principe de loyauté de la preuve en matière prud'homale.

La Cour de cassation casse la décision en érigeant un nouveau principe : la preuve obtenue de façon déloyale peut désormais être admise.

Il revient néanmoins au juge du fond, d'apprécier souverainement si une preuve obtenue ou produite de manière déloyale, porte 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.

Cette décision est l'occasion d'envisager les impacts d'une telle décision sur les relations avec les institutions représentatives du personnel et les organisations syndicales.

➤ **Le « feu » principe de la loyauté de la preuve en droit du travail**

Tout d'abord, il convient de rappeler la différence entre la preuve dite « *illicite* » et la preuve dite « *déloyale* ».

En effet, une preuve est considérée comme illicite si elle est obtenue en violation de la loi (Exemple : en violation de la réglementation relative à la protection des données).

Une preuve déloyale est une preuve nécessairement obtenue à l'insu de la partie à laquelle on l'oppose.

Cette dernière résulte en principe de manœuvres, stratagèmes, d'enregistrements clandestins etc...

Jusqu'à la décision de l'Assemblée plénière du 22 décembre 2023, les juges écartaient quasi-systématiquement des débats les preuves dites déloyales (notamment, Cour de cassation, chambre sociale, 18 mars 2008, n° 06-40.852).

A l'inverse, selon la Cour de cassation, la preuve illicite n'était pas, *de facto*, irrecevable dès lors que « *cette production était indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte était proportionnée au but poursuivi* » (notamment, Cour de cassation, chambre sociale, 8 mars 2023, n° 21-17.802).

Ainsi, si l'on peut par principe craindre l'admission de moyens de preuves déloyaux, force est de constater que cette décision a le mérite d'aligner le régime des preuves déloyales à celui des preuves illicites, la frontière étant souvent tenue entre une preuve déloyale et une preuve illicite.

➤ **Sans loyauté, une suspicion constante entre les parties.**

Aux termes de sa décision du 22 décembre 2023, l'assemblée plénière a rappelé que l'exigence de loyauté dans l'administration de la preuve reposait sur la considération que la justice doit être rendue loyalement au vu de preuves recueillies et produites d'une manière qui ne porte pas atteinte à sa dignité et sa crédibilité.

L'employeur se trouverait désormais doté d'une habilitation à la déloyauté, mais qu'en est-il des institutions représentatives du personnel et des organisations syndicales ?

Cette décision à peine rendue, nous avons observé une recrudescence des enregistrements (vocaux et vidéos), bien sûr déloyaux, obtenus à l'insu des personnes enregistrées (souvent des cadres où des personnes susceptibles de représenter la direction) versés dans le cadre de litige opposant les employeurs aux institutions représentatives du personnel et aux organisations syndicales.

Ainsi, il convient de s'interroger sur le risque de voir des salariés et des employeurs s'enregistrer constamment et mutuellement dans une perspective contentieuse ?

Si l'on peut espérer que dans le cadre des relations individuelles, en amont du procès prud'homal et en dehors de tout conflit, employeurs comme salariés auront à cœur de continuer à travailler ensemble sans suspicion, ce même optimisme semble moins évident dans le cadre des relations avec les institutions représentatives du personnel et les organisations syndicales lorsqu'elles s'inscrivent dans un contexte social conflictuel.

En effet, en érigeant le contrôle de proportionnalité comme le principe, les parties, tant les institutions représentatives ou les organisations syndicales que les employeurs, auront tout intérêt à multiplier les enregistrements vocaux voire vidéos, afin de se constituer des moyens de preuve (il est, en effet, peu probable que la Cour de cassation opère une distinction selon le type d'enregistrement).

En conséquence, cette décision entraîne un véritable risque de cristallisation et d'aggravation des tensions existantes, avec une augmentation substantielle de la suspicion dans les rapports entre les institutions représentatives ou les organisations syndicales et les employeurs.

Comment en effet négocier sereinement si la moindre proposition, la moindre concession ou le moindre compromis évoqué par l'une ou l'autre des parties pourrait être invoqué devant le juge, *a posteriori* ?

Ainsi, en abandonnant le rejet, par principe, de la preuve déloyale, une multiplication de l'usage de stratagèmes déloyaux dans le cadre des instances judiciaires est à craindre, les conditions imposées par la Cour de cassation pour que la preuve soit recevable ne constituant pas un garde-fou suffisant.

En effet, la Cour de Cassation remet aux juges du fond l'appréciation de déterminer : « *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* ».

Or, un premier écueil résulte de cette solution, celui de l'étude désormais systématique par le juge, de la pièce obtenue déloyalement. Ainsi, le contenu de cette dernière sera nécessairement porté à la connaissance du juge pour que ce dernier puisse étudier son admissibilité.

Un deuxième écueil pourrait être celui de la production de preuves déloyales pour soutenir la moindre demande, la plus farfelue possible.

Enfin, un troisième écueil est celui de la dégradation des relations sociales avec l'utilisation de moyens de preuves déloyaux comme moyen de pression utilisé par chacune des parties à l'encontre de l'autre.

Ainsi, il est permis de se demander si, par ce revirement, la Cour de Cassation n'a pas ouvert une boîte de pandore.

L'étymologie de la loyauté renvoie au latin *legalis* signifiant à la fois loyal et légal, ce qui est conforme à une loi, au sens moral ou au sens juridique.

En autorisant la preuve déloyale, l'Assemblée plénière ne porte-t-elle pas ainsi atteinte au principe de légalité ?

23. Précision sur le point de départ du délai de prescription en matière salariale

Dans un arrêt en date du 7 mai 2024 publié au Bulletin, la Cour de cassation s'est prononcée sur le point de départ du délai de prescription de l'action en paiement des salaires dont le versement doit être repris par l'employeur à partir de l'expiration du délai d'un mois suivant la déclaration d'inaptitude.

En l'espèce, une salariée, déclarée inapte à son emploi le 3 juillet 2012, avait saisi la Juridiction prud'homale le 3 novembre 2017 d'une action tendant notamment à obtenir le paiement des salaires d'août 2012 à septembre 2013.

La Cour d'appel, saisie du litige, avait déclaré son action prescrite en retenant que le délai de prescription de trois ans applicable en matière salariale avait commencé à courir le 3 août 2012, soit à la date à laquelle la reprise du salaire devait intervenir, de sorte qu'elle aurait dû introduire son action avant le 3 août 2015.

A tort, selon la Cour de cassation.

Au visa de l'article L. 1226-4 du Code du travail relatif à la reprise du paiement du salaire, de l'article L. 3245-1 du Code du travail relatif au délai de prescription triennal applicable en matière salariale et de l'article L. 3242-1 afférent au paiement mensuel du salaire, la Cour de cassation énonce qu' « *il résulte de la combinaison des articles L. 3245-1 et L. 3242-1 du code du travail que le délai de prescription des salaires court à compter de la date à laquelle la créance salariale est devenue exigible. Pour les salariés payés au mois, la date d'exigibilité du salaire correspond à la date habituelle du paiement des salaires en vigueur dans l'entreprise et concerne l'intégralité du salaire afférent au mois considéré* ».

Elle en déduit qu'en retenant comme point de départ du délai de prescription de trois ans la date de la reprise du salaire et non pas la date d'exigibilité de chaque salaire mensuel, la Cour d'appel a violé les textes susvisés, dès lors que « *le délai de prescription de l'action en paiement des salaires dont le versement doit être repris par l'employeur à partir de l'expiration du délai d'un mois suivant la déclaration d'inaptitude, dans les conditions fixées à l'article L. 1226-4, court à compter de la date d'exigibilité de chacune des créances de salaire dues jusqu'à la rupture du contrat de travail* ».

Cette solution est conforme à sa position antérieure, la Cour de cassation ayant eu l'occasion de préciser auparavant que le point de départ de la prescription est la date à laquelle la créance salariale est devenue exigible (Cass. soc., 24 avr. 2013, n°12-10.196) et que, pour les salariés soumis à la mensualisation, la date d'exigibilité du salaire correspond à la date habituelle du paiement des salaires en vigueur dans l'entreprise et concerne l'intégralité du salaire afférent au moins considéré (Cass. soc., 14 nov. 2013, n°12-17.409).

On conçoit néanmoins la position de la Cour d'appel dont l'arrêt est cassé et qui tendait à considérer que le salarié avait connaissance des faits lui permettant d'exercer son action, dès l'expiration du délai d'un mois suivant son avis d'inaptitude lui ouvrant droit à la reprise du paiement de son salaire.

24. Transfert conventionnel du contrat de travail

Un salarié de la société F., victime d'un accident du travail, avait été placé en arrêt de travail.

Le salarié et la société F avaient signé une « convention de rupture de contrat d'un commun accord », puis le salarié avait signé un nouveau contrat à durée indéterminée avec la société M.

Le salarié avait finalement été licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Le salarié avait saisi la juridiction prud'homale pour faire constater la nullité de la rupture d'un commun accord intervenue pendant l'arrêt pour accident du travail et faire condamner solidairement la société M. et la société F. à lui verser des dommages et intérêts au titre de la nullité de la rupture.

Le salarié faisait valoir qu'aucune convention tripartite n'avait été signée entre lui-même et les deux employeurs successifs, dès lors qu'il avait signé deux documents distincts, et que cette rupture du contrat de travail pendant la période de suspension du contrat de travail, illicite du fait qu'elle ne comptait pas parmi les modes légaux de rupture du contrat à durée indéterminée, s'analysait en un licenciement intervenu pendant la période de suspension du contrat de travail hors des cas prévus par la loi.

Pour débouter le salarié, les juges du fond avaient retenu qu'une convention tripartite avait été signée entre le salarié et les deux employeurs successifs, « n'ayant pas pour but de mettre définitivement un terme à son contrat de travail mais ayant pour objet de garantir la poursuite de la relation de travail ».

Pour caractériser cette convention, les juges avaient constaté que le salarié avait conclu, d'une part, une convention de rupture avec son employeur mentionnant qu'il prenait ses fonctions auprès d'un nouvel employeur « aux mêmes conditions ou plus avantageuses qu'au moment présent de la rupture » et, d'autre part, un contrat à durée indéterminée avec le nouvel employeur.

La Haute juridiction a cassé l'arrêt au visa de l'article 1134 du code civil (dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016) les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et l'article L. 1231-1 du code du travail, selon lequel le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou, d'un commun accord, dans les conditions prévues par les dispositions du titre III du Livre II :

« En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations qu'aucune convention tripartite n'avait été signée entre le salarié et ses employeurs successifs organisant la poursuite du même contrat de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (Cass. Soc. 7 mai 2024, n° 22-22.641).

25. Réflexions juridiques autour des notions de droit au repos dominical, liberté d'entreprendre et interdiction des discriminations fondées sur la religion

➤ Le principe du repos dominical

En France, tout salarié a droit à 24 heures de repos hebdomadaire (auxquelles s'ajoutent 11 heures de repos quotidien) qui doivent, par principe, être données le dimanche.

Un principe supposant souvent des exceptions, plusieurs dérogations au repos dominical existant (parmi lesquelles des dérogations permanentes de droit, des dérogations conventionnelles en cas de nécessité de travail en continu ou d'équipes de suppléance dans certaines entreprises industrielles, des dérogations accordées par le Préfet ou le Maire, des dérogations fondées sur la zone géographique ou encore des dérogations temporaires liées à la période des Jeux Olympiques 2024.

Ces dérogations ne sont finalement pas si exceptionnelles en pratique puisque 21 % des salariés ont travaillé au moins un dimanche sur une période de 4 semaines consécutives en 2022.

➤ Les questions préjudicielles soulevées devant la Cour de cassation

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 15 mai dernier concernait un commerce de détail alimentaire exclusivement casher l'obligeant à fermer le vendredi soir et le samedi.

Le commerçant ouvrait toutefois le dimanche toute la journée.

Reprochant non pas l'ouverture du magasin le dimanche mais le fait de faire travailler des salariés le dimanche après 13 heures, l'Inspection du travail a assigné la société en référé afin qu'il lui soit ordonné de cesser d'employer des salariés le dimanche après 13 heures.

Après avoir fait droit à la demande de l'Inspection du travail, le juge des référés a refusé de renvoyer devant la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) les questions préjudicielles formulées par l'employeur.

La Cour d'appel de Paris a ensuite confirmé l'ordonnance du juge des référés et dit n'y avoir lieu à question préjudicielle à poser à la CJUE.

A l'occasion de son pourvoi contre l'arrêt d'appel, la société demandait la transmission des deux questions préjudicielles suivantes à la CJUE :

« 1/ Les dispositions combinées des articles R 1455-6 [sur les mesures prises par la formation de référé] et L 3132-13 du Code du travail [sur le repos dominical à partir de 13 heures dans les commerces de détail alimentaire], qui permettent au juge des référés d'interdire sous astreinte, sur le fondement de la cessation d'un trouble manifestement illicite, à un commerce de détail alimentaire exclusivement casher d'employer des salariés le dimanche après 13 heures, alors que le magasin, afin d'être considéré comme conforme aux lois de la « Cacherout » et de recevoir la clientèle à laquelle ses produits sont destinés, est déjà tenu de fermer le samedi pour des raisons religieuses tenant au suivi du shabbat, ne sont-elles pas incompatibles avec le principe d'égalité de traitement et la prohibition de la discrimination indirecte fondée sur la religion, garantis notamment par l'article 6 du Traité sur l'Union Européenne et l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, d'une part, et la liberté d'entreprendre, garantie par l'article 16 de la même Charte, d'autre part ?

2/ Les dispositions de l'article 5 de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003 [sur le repos hebdomadaire], combinées avec celles de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, notamment ses articles 1^{er} et 2 [sur l'interdiction des discriminations directes et indirectes], lues à la lumière de l'article du Traité sur l'Union Européenne et des articles 16 [sur la liberté d'entreprise] et 21 [sur la non-discrimination] de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne s'opposent-elles à une législation telle que celle issue des articles R 1455-6 et L 3132-13 du Code du travail, permettant à un juge des référés d'interdire sous astreinte, sur le fondement de la cessation d'un trouble prétendument manifestement illicite, à un commerce de détail alimentaire exclusivement casher d'employer des salariés le dimanche après 13 heures alors que le magasin, afin d'être considéré comme conforme aux lois de la « Cacherout » et de recevoir la clientèle à laquelle ses produits sont destinés, est déjà tenu de fermer le samedi pour des raisons religieuses tenant au suivi du shabbat ? »

Sans surprise et dans la lignée de son refus de renvoyer au Conseil Constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité dans la même affaire, la Cour de cassation décide qu'il n'y a pas lieu de saisir la CJUE de ces deux questions préjudicielles, en l'absence de doute raisonnable quant à l'application et l'interprétation des dispositions du droit de l'Union Européenne invoquées.

La motivation de la Haute juridiction est particulièrement éclairante sur l'équilibre entre les droits fondamentaux que sont le droit au repos dominical, la liberté d'entreprendre ou encore la liberté religieuse.

➤ **Le droit au repos dominical ne se heurte pas à la liberté d'entreprendre**

Dans son arrêt du 15 mai dernier, la Cour de cassation rappelle que la liberté d'entreprendre est protégée par la Charte des droits fondamentaux et comporte la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, la liberté contractuelle et la concurrence libre.

Elle confirme également que l'interdiction de travailler le dimanche constitue bien une atteinte au principe de liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle dont disposerait un employeur à l'égard de ses salariés.

Néanmoins, la Haute juridiction précise que la liberté d'entreprendre n'est pas « *une prérogative absolue* » et que des limitations peuvent y être apportées dès lors que ces dernières sont prévues par la loi, respectent le contenu essentiel des droits et libertés consacrés, obéissent au principe de proportionnalité et sont nécessaires à des objectifs d'intérêt général reconnus.

Or, figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général susceptible de limiter la liberté d'entreprendre, la protection des travailleurs dans le cadre de laquelle le repos hebdomadaire s'inscrit.

En effet, la Cour rappelle que le droit au repos hebdomadaire participe d'un objectif de protection des travailleurs mais également des liens familiaux et sociaux.

L'employeur invoquait à cet égard l'existence de nombreuses dérogations au repos dominical pour mettre en avant le fait que, selon lui, « *l'impératif de cohésion sociale a très nettement cédé la place à un pur impératif économique* ».

La Cour de cassation ne suit pas cette analyse et retient que le principe du repos hebdomadaire n'affecte pas le contenu essentiel de la liberté d'entreprendre et ce, d'autant plus que l'interdiction d'employeur des salariés dans les commerces de détail alimentaire le dimanche après 13 heures ne concerne que les travailleurs salariés, dont le contrat est régi par le Code du travail (pour rappel, un commerce indépendant peut très bien ouvrir son commerce le dimanche après-midi dès lors qu'il ne fait pas travailler de salariés).

➤ **Les juges écartent l'argumentaire portant sur la discrimination indirecte fondée sur la religion**

A la question soulevée par la société de l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur la religion du fait de l'interdiction du travail dominical, la Cour de cassation ne répond pas sur le fond et statue principalement en écartant l'invocabilité par une personne morale et devant un juge national des dispositions européennes mises en avant par la société.

Pourtant, en invoquant une discrimination indirecte fondée sur la religion, l'employeur semblait en creux interroger le fait que la législation française fixe par principe le repos hebdomadaire le dimanche, qui correspond au « Jour du Seigneur » pour le christianisme (sans que le principe de laïcité n'ait pour autant été évoqué dans cette affaire).

A cet égard, ainsi que le Rapport de la conseillère référendaire de la Cour de cassation le rappelle, le choix du dimanche comme jour de repos hebdomadaire des salariés ne découle d'aucun motif confessionnel mais a consacré un usage, lequel s'explique certes historiquement par les pratiques chrétiennes.

Le repos hebdomadaire dominical a d'ailleurs été institué par une loi du 13 juillet 1906, adoptée quelques mois à peine après la loi du 9 décembre 1905 de séparation des Eglises et de l'Etat.

Très peu de temps après cette loi, le Conseil d'Etat avait retenu que les raisons religieuses invoquées par un commerçant israélite pour demander l'autorisation de donner le repos hebdomadaire à son personnel le samedi devaient être écartées dans la mesure où la législation relative au repos dominical permettait de garantir l'égalité entre opérateurs économiques agissant sur le même marché.

La Cour de cassation avait même eu l'occasion de confirmer que la disposition imposant que le repos hebdomadaire soit donné le dimanche n'était pas contraire à la liberté du travail ni au principe de laïcité « *en ce qu'elle participe d'un objectif de préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs mais également des liens familiaux* ».

Dès lors que le principe du travail dominical n'a pas, sur le plan juridique, de justification religieuse, il n'est donc pas possible d'invoquer la pratique d'une autre religion pour pouvoir y déroger.

En dernier lieu, la Cour de cassation écarte l'existence d'un doute raisonnable quant à l'application et l'interprétation des dispositions du droit de l'Union Européenne invoquées.

A cet égard, alors même que jusqu'en 2000, le droit européen consacrait le principe du repos dominical, les Etats membres de l'Union Européenne peuvent aujourd'hui choisir un autre jour de repos hebdomadaire que le dimanche.

De manière intéressante, la Cour de cassation précise ainsi que selon le droit européen, l'inclusion du dimanche dans la période de repos hebdomadaire est aujourd'hui laissée à l'appréciation des Etats membres « *compte tenu, notamment, de la diversité des facteurs culturels, ethniques et religieux dans les différents Etats membres* ».

En définitive le droit au repos dominical poursuit, selon les juges, des objectifs de protection des travailleurs et de préservation des liens familiaux et sociaux.

Le principe du repos hebdomadaire, fixé le dimanche, apparaît ainsi comme l'une des garanties d'un droit au repos des salariés, que le législateur a entendu concilier avec la liberté d'entreprendre et la garantie de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs.

Il n'obéirait pas, à ce titre, à des considérations religieuses et peut valablement venir limiter la liberté d'entreprendre.

26. Collecte de données personnelles des salariés : quand un détective privé est poursuivi

Rares sont les condamnations sur le fondement de l'article 226-18 du Code pénal qui prohibe la collecte de données personnelles par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite.

Encore plus rares sont les arrêts de la Cour de cassation rendus sur cette question.

Le récent arrêt de la Cour de cassation confirmant la condamnation d'un détective privé sur ce fondement mérite donc attention (Cass. Crim. 30 avril 2024, n° 23-80.962).

Les faits à l'origine de cet arrêt ont été commis dans le cadre de l'affaire IKEA au cours de laquelle la Société avait fait appel à un détective privé pour recueillir des données personnelles sur ses salariés entre 2009 et 2012.

Ces données incluaient les antécédents judiciaires, les renseignements bancaires et téléphoniques, les véhicules, les propriétés, la qualité de locataire ou de propriétaire, la situation matrimoniale, la santé, ainsi que les déplacements à l'étranger.

Cette entreprise et plusieurs de ses représentants ont déjà été condamnés pénalement en juin 2021 (TJ Versailles, 15 juin 2021, n° 999).

Déclaré coupable du délit de collecte de données à caractère personnel et condamné à un an d'emprisonnement avec sursis et à 20 000 € d'amende, le détective privé chargé de ces recherches s'était pourvu en cassation, soutenant essentiellement que le recensement d'informations publiques (par voie de presse ou sur les réseaux sociaux) ne caractérisait pas un mode de collecte déloyal.

➤ **L'exigence de loyauté dans la collecte de données personnelles des salariés**

Ce raisonnement n'a été suivi ni par la Cour d'appel, ni par la Cour de cassation.

La Cour de cassation a considéré que « *le fait que les données à caractère personnel collectées par le prévenu aient été pour partie en accès libre sur internet ne retirait rien au caractère déloyal de cette collecte dès lors qu'une telle collecte, de surcroît réalisée à des fins dévoyées de profilage des personnes concernées et d'investigation dans leur vie privée, à l'insu de celles-ci, ne pouvait s'effectuer sans qu'elles en soient informées* ».

Il importe donc peu que les informations recueillies aient été rendues publiques ou non, le caractère déloyal ne s'apprécie pas en fonction de l'origine des données collectées.

Cette position n'est toutefois pas nouvelle (Cass. Crim. 14 mars 2006, n° 05-83.423).

Pour la Cour de cassation, le caractère déloyal, au sens de l'article 226-18 du Code pénal, ressort du fait que la collecte de données personnelles a été réalisée à l'insu des personnes concernées, les privant donc de leurs droits issus de la Loi informatique et Libertés, étant précisé que ces faits ont été commis avant l'entrée en vigueur du RGPD.

C'est cette dissimulation qui caractérise la déloyauté.

Elle souligne également le caractère illicite de la finalité de cette collecte, ayant pour objet le profilage des personnes concernées et l'investigation dans leur vie privée.

Cette constatation, bien que non déterminante pour apprécier la loyauté de la collecte, était néanmoins suffisamment grave pour être relevée par la Cour de cassation.

➤ **Une restriction au pouvoir d'enquête des détectives privés ?**

Une lecture rapide de cet arrêt pourrait laisser penser que la jurisprudence fait désormais interdiction aux détectives privés, et par extension aux employeurs, de recueillir en toute circonstance des informations issues de données publiques.

Telle n'est pas notre analyse.

En effet, cette condamnation doit, à notre sens, s'expliquer par la particularité de l'affaire en cause.

Il existait en effet ici, à côté du dossier du personnel classique, un autre dossier contenant un grand nombre d'informations privées, voire intimes, dont le salarié n'avait nullement connaissance.

Cette situation n'est guère assimilable à celle de l'employeur qui collecterait des données issues de sources publiques pour faire valoir ses droits, par exemple en cas de vol de matériel appartenant à l'entreprise ou de violation d'une clause de non-concurrence par un ancien collaborateur.

Dans cette hypothèse, la collecte n'interviendrait pas à l'insu des personnes concernées, qui en seraient informées par leur employeur dans le cadre d'une procédure disciplinaire ou judiciaire.

Elle ne serait donc pas déloyale selon l'interprétation donnée par la Cour de cassation, de sorte que l'infraction prévue à l'article 226-18 du Code pénal ne seraient pas caractérisée.

Au demeurant, il convient de rappeler que l'article 14 du RGPD, qui liste les informations à fournir en cas de collecte indirecte, c'est-à-dire lorsque les données personnelles ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, prévoit plusieurs exceptions, notamment lorsque la fourniture de telles informations « *compromettrait gravement la réalisation des objectifs dudit traitement* ».

Selon le Comité européen de la protection des données, cette exception concerne notamment les signalements entre acteurs privés dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux.

Cette exception peut également, à notre sens, être utilement invoquée pour justifier une collecte de données à des fins purement probatoires.

Sous réserve que les données personnelles soient collectées de façon licite et non frauduleuse, à des fins légitimes et ne soient pas conservées durablement à l'insu des salariés, le recours à un détective privé reste donc envisageable.

27. Renonciation à la clause de non-concurrence

Lors du départ d'un salarié soumis à une clause de non concurrence, la Cour de cassation admet que l'employeur puisse renoncer unilatéralement à la clause si le contrat ou la convention collective lui en donne expressément la possibilité (Cass. soc., 22 septembre 2010, 09-41.635).

En l'absence de disposition spécifique, la renonciation ne peut intervenir qu'avec l'accord du salarié.

Dans une affaire, ayant donné lieu à un arrêt du 3 juillet 2024 (n°22-17.452), la Cour de cassation était invitée à se prononcer sur le formalisme de la renonciation de l'employeur à se prévaloir de la clause de non concurrence.

En l'espèce, le contrat de travail prévoyait que l'employeur pouvait renoncer à l'application de la clause « *par lettre recommandée avec avis de réception dans un délai de quinze jours maximum après la notification de la rupture du contrat de travail* ».

C'est finalement par courriel que l'employeur avait informé le salarié de sa renonciation.

Se posait donc la question de savoir si cette renonciation, qui ne respectait pas le formalisme contractuellement convenu, était valable.

La réponse est non !

La renonciation ne pouvait valablement intervenir que par courrier recommandé.

Ainsi, comme l'avait déjà jugé la Cour de cassation, le formalisme prévu par la clause permettant la renonciation est impératif (Cass. soc., 21 octobre 2020, n°19-18.399).

Cet arrêt invite les employeurs à faire preuve d'une particulière vigilance quant à la rédaction de la clause contractuelle ou des dispositions conventionnelles lorsqu'ils souhaitent renoncer à une clause de non concurrence.

28. Arrêt de travail mentionnant « burn-out »

Par un arrêt rendu le 6 juin 2018, le Conseil d'Etat a admis que les employeurs, dès lors qu'ils sont lésés de manière suffisamment directe et certaine par un certificat ou une attestation établie par un médecin du travail, peuvent introduire une plainte disciplinaire à l'encontre d'un médecin (CE, 6 juin 2024, n° 405453).

➤ **Certificat faisant le lien entre l'état de santé du salarié et ses conditions de travail : conditions posées par le Conseil d'Etat en 2018**

Rappelant ensuite les dispositions de l'article R 4127-28 du Code de santé publique selon lequel « *la délivrance d'un rapport tendancieux ou d'un certificat de complaisance est interdite* », le Conseil d'Etat avait, dans cette affaire, considéré que le médecin ne saurait établir un lien entre l'état de santé d'un salarié et ses conditions de travail qu'en considération de constats personnellement opérés par lui, tant sur la personne du salarié que sur son milieu de travail.

Or, en l'espèce, le médecin avait, entre autres, reproché à l'employeur « des pratiques maltraitantes » sans faire état de faits qu'il aurait pu lui-même constater.

Le Conseil d'Etat avait ainsi confirmé la décision de sanction disciplinaire (avertissement) prise par la Chambre disciplinaire de l'Ordre des Médecins.

La Haute Autorité de la Santé indique d'ailleurs, dans ses recommandations de bonnes pratiques professionnelles, que pour le repérage du burn-out, « *dans l'intérêt du patient et avec son accord, il est indispensable qu'un échange ait lieu entre le médecin traitant et le médecin du travail* ».

Tout semblait donc conduire le médecin traitant à ne faire mention du syndrome d'épuisement professionnel qu'après avoir pu, notamment, échanger avec le Médecin du travail quant aux conditions de travail et sans se contenter des seules déclarations du salarié.

➤ **Des conditions modifiées par l'arrêt du 28 mai 2024 ?**

Mais dans un récent arrêt rendu le 28 mai 2024, le Conseil d'Etat durit son analyse en considérant que la seule référence à un burn-out n'est pas nécessairement de complaisance.

Dans cette affaire, le salarié concerné se voit remettre par son médecin traitant un arrêt de travail portant la mention, sur le formulaire CERFA, sans autre précision, d'un « burn-out ».

Il n'est pas contesté que le médecin a rempli ce formulaire sur la base des seules déclarations du salarié et pourtant, le Conseil d'Etat annule la sanction disciplinaire (avertissement) notifiée par l'Ordre des Médecins en prenant soin de préciser que *« la seule circonstance que le médecin ait fait état de ce qu'il avait constaté l'existence d'un syndrome d'épuisement professionnel sans disposer de l'analyse des conditions de travail du salarié émanant notamment du médecin du travail ne saurait caractériser l'établissement d'un certificat tendancieux ou de complaisance au sens des dispositions de l'article R 4127-28 du Code de la santé publique »*.

➤ **Que retenir de cette décision ?**

On peut souligner l'observation suivante contenue dans les conclusions du rapporteur public : *« Compte tenu de la sensibilité du sujet et du risque qu'un tel document soit utilisé un jour dans un conflit entre employeur et salarié, un document à la fois plus détaillé et plus prudent, faisant part du constat d'un syndrome d'épuisement et de ce que les dires du salarié le relie à son activité professionnelle, aurait à cet égard sans doute été plus approprié »*.

Il faut espérer que ce message de prudence soit bien entendu par les médecins d'une part et, d'autre part, il faut retenir que la décision rendue ne remet pas en cause une règle essentielle : il ne revient pas au médecin de confirmer l'existence d'un lien entre la pathologie constatée et les conditions de travail.

Il lui revient, en application des dispositions de l'article L 162-4-1 du Code de la Sécurité Sociale, de mentionner sur la prescription d'arrêt de travail donnant lieu à versement des indemnités journalières les éléments d'ordre médical.

Il va revenir à la Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des Médecins, vers qui l'affaire est renvoyée, d'identifier le cas échéant un autre fondement si elle entend maintenir sa décision de sanctionner le médecin en cause.

29. L'attrait croissant des modes de rupture amiable sous l'impulsion de jurisprudences récentes

Les modes de rupture amiables, qu'ils interviennent à une échelle individuelle ou dans un cadre collectif, offrent aux entreprises un régime juridique avantageux et permettent de sécuriser de manière adéquate le risque contentieux lorsqu'ils sont convenablement mis en œuvre.

Le recours à ces modes conventionnels de rupture du contrat de travail est d'ailleurs en constante progression : pour preuve et à titre illustratif, le nombre de ruptures conventionnelles a dépassé 129.000 aux 3^{ème} et 4^{ème} trimestres de 2023, soit une évolution positive de plus de 60 % par rapport à la même période dix années plus tôt.

Dans ce contexte, il convient d'encourager les entreprises, au regard des arrêts récents de la chambre sociale de la Cour de cassation, à envisager ces modes de ruptures conventionnelles tout en accordant une attention particulière au respect des formalités substantielles.

En effet, la jurisprudence récente tend à sécuriser au bénéfice des entreprises le recours à ces modes de ruptures et, notamment, à la rupture conventionnelle.

➤ **La faculté pour l'employeur de régulariser une convention de rupture conventionnelle non-substantiellement viciée après un refus d'homologation de l'administration**

Le dispositif de rupture conventionnelle, prévu aux articles L1237-11 et suivants du code du travail, est ouvert à l'ensemble des contrats à durée indéterminée.

Il implique une volonté commune de mettre un terme à la relation de travail, ce à l'initiative du salarié, de l'employeur voire des deux parties.

La jurisprudence a admis la possibilité de conclure des conventions de rupture conventionnelle dans de nombreuses hypothèses, y compris en cas de suspension du contrat de travail et à l'égard de salariés protégés.

Ces conventions de rupture conventionnelle, ont vocation à faire l'objet d'une homologation de l'administration.

En cas de refus d'homologation et dans l'hypothèse où les formalités substantielles de la procédure auraient été respectées par l'employeur, la jurisprudence a très récemment admis que les explications fournies par ce dernier à l'administration sont susceptibles de s'avérer suffisantes à régulariser la procédure (Cass. soc. 19 juin 2024, n° 22-23.143 publié).

Ainsi, dans cette hypothèse, la signature d'une nouvelle convention n'apparaît plus impérative et la procédure n'a pas à être réinitiée, les seules explications fournies à l'administration étant susceptibles de suffire à régulariser l'ensemble.

Cet arrêt permet à l'employeur de ne pas s'encombrer d'un formalisme superfétatoire impliquant de recommencer intégralement la procédure en cas de refus initial d'homologation fondé sur une formalité non-substantielle.

Cette faculté de régularisation est d'autant plus pertinente que la jurisprudence admet de longue date que la rupture conventionnelle intervienne postérieurement à une rupture unilatérale du contrat de travail.

➤ **La faculté pour l'employeur et le salarié de régulariser une rupture conventionnelle après une prise d'acte, une démission avec réserves ou encore un licenciement**

La jurisprudence désormais constante admet la validité d'une rupture conventionnelle intervenue postérieurement à une prise d'acte, une démission avec réserves ou un licenciement.

C'est ainsi, en effet, que la rupture conventionnelle pourra se substituer à la rupture unilatérale, la chambre sociale de la Cour de cassation précisant que « *la signature postérieure d'une rupture conventionnelle vaut renonciation commune à la rupture précédemment intervenue* » (Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-20.549).

L'intérêt pour l'employeur de favoriser une rupture amiable consiste, bien entendu, dans le fait qu'elle permet de considérablement réduire le risque contentieux inhérent à la rupture du contrat de travail.

Elle permet aussi de fixer les modalités de déroulement du préavis d'une commun accord.

L'intérêt indéniable de la rupture conventionnelle individuelle doit, toutefois, s'accompagner d'une attention particulière au respect des formalités substantielles, faute de quoi l'annulation de la convention sera susceptible d'intervenir.

A ce titre, la jurisprudence récente admet désormais la faculté pour l'employeur de remettre en cause la validité de la convention en raison d'un vice du consentement.

➤ **La faculté pour l'employeur de demander l'annulation d'une convention de rupture conventionnelle viciée substantiellement**

Si la convention de rupture conventionnelle peut être régularisée par de simples explications, à condition que ladite régularisation n'implique pas de formalités substantielles, ou conclue après une rupture unilatérale du contrat, il demeure que le dispositif de rupture conventionnelle suppose le respect rigoureux de trois phases distinctes :

- Négociation,
- possibilité de rétractation dans un délai de 15 jours,
- et homologation.

Un tel formalisme vise à garantir notamment la liberté de consentement des parties expressément visée par les textes.

Il en résulte que seuls la fraude ou le vice du consentement sont susceptibles de remettre en cause la validité d'une telle rupture.

S'il est admis de longue date qu'en cas de vice du consentement du salarié, la convention de rupture est nulle et la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (en ce sens notamment : Cass. soc. 30 janvier 2013, n° 11-22.332), la jurisprudence récente a admis pour la première fois à notre connaissance l'hypothèse d'un vice du consentement de l'employeur, lequel emporte également nullité de la rupture conventionnelle ce qui a pour conséquence cette fois que la rupture prenne les caractères d'une démission du salarié (Cass. soc. 19 juin 2024, n° 23-10.817, publié).

Au cas d'espèce, cette annulation est intervenue alors que le salarié avait intentionnellement dissimulé à l'employeur une information dont il connaissait le caractère déterminant pour l'autre partie.

Le caractère déterminant de l'information dissimulée est d'ailleurs central, la Cour de cassation ayant *a contrario* considéré, dans une affaire examinée le 11 mai 2022 qu'une cour d'appel ne peut pas annuler une rupture conventionnelle du contrat de travail pour dol, au motif que le salarié avait invoqué un projet fallacieux de reconversion professionnelle pour obtenir l'accord de l'employeur à la rupture, sans constater que ce projet a déterminé le consentement de ce dernier à la rupture conventionnelle (Cass. soc. 11 mai 2022 n° 20-15.909).

En l'occurrence, la Cour de cassation, le 19 juin 2024, valide le raisonnement d'une cour d'appel faisant grief au salarié d'avoir fait preuve de réticence dolosive en n'informant pas son employeur du projet d'entreprise qu'il avait initié dans le même secteur d'activité, alors même que le consentement de l'entreprise à la rupture conventionnelle avait été déterminé au regard du seul souhait invoqué par le salarié de reconversion professionnelle dans un autre secteur d'activité, à savoir le management.

En d'autres termes, et sur le fondement des dispositions du code civil, le salarié, à qui il n'incombe aucune obligation d'information contractuelle, ne peut employer des manœuvres, notamment le mensonge, afin d'obtenir le consentement de son employeur à la rupture amiable (art. 1137 C. civ. relatif au dol parmi les vices du consentement).

La rupture conventionnelle ainsi viciée d'un dol du salarié produit alors les effets d'une démission, sans qu'il ne soit porté atteinte de manière disproportionnée à sa liberté d'entreprendre (Cass. soc. 19 juin 2024, *op. cit.*).

Cette décision est le pendant bienvenu et juridiquement logique des décisions plus nombreuses existant en matière de vice de consentement du salarié lors de la rupture conventionnelle (cf. notam. : Cass. soc. 6 janvier 2021, n° 19-18.549 pour l'annulation de la rupture conventionnelle intervenue alors que l'employeur préparait un PSE, rupture privant ainsi le salarié du bénéfice du plan).

Il résulte de ces jurisprudences récentes que la rupture conventionnelle dispose d'un régime juridique sécurisé au bénéfice de l'employeur. Il en va de même des ruptures amiables intervenant dans un cadre collectif.

➤ **La sécurisation confirmée des ruptures amiables intervenant dans un cadre collectif**

A l'instar des arrêts susvisés, la jurisprudence récente a également confirmé la sécurisation des ruptures amiables conclues pour motif économique.

A ce titre, la chambre sociale de la Cour de cassation précise que ne peut être contestée la rupture amiable intervenue dans le cadre de la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi assorti d'un plan de départs volontaires soumis aux représentants du personnel.

Dans une telle hypothèse en effet, aucune remise en cause de la rupture ne sera susceptible de prospérer, sauf, là encore, en présence d'une fraude ou d'un vice du consentement grevant ainsi de manière substantielle l'accord intervenu (Cass. soc. 26 juin 2024, n° 23-15.498, publié).

Cette jurisprudence apparaît parfaitement applicable à l'hypothèse de départs volontaires dans le cadre d'un congé de mobilité mis en place par accord de Ruptures Conventionnelles Collectives ou de Gestion des Emplois et des Parcours Professionnels.

Cette limitation de la faculté de contester une rupture amiable intervenue dans un cadre collectif octroie au mécanisme un attrait d'autant plus important que la jurisprudence susvisée permet de sanctionner un éventuel dol de la part du salarié dès lors que des précautions suffisantes sont prises lors de l'élaboration du cadre collectif et du traitement du dossier individuel de départ volontaire.

Aussi, dans une telle hypothèse, la remise en cause susceptible de prospérer sur le terrain des vices du consentement pourrait entraîner la requalification de la rupture amiable en démission, dissuadant ainsi les salariés d'envisager une réticence dolosive de leurs projets professionnels postérieurs à la rupture.

De surcroît, dans le cadre particulier de départs volontaires à l'occasion d'un PSE, la jurisprudence récente souligne également que le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de séparation des pouvoirs, en l'état d'une autorisation administrative de rupture amiable devenue définitive, apprécier le caractère réel et sérieux du motif de de la rupture au regard de la cause économique ou du respect par l'employeur de son obligation de reclassement (Cass. soc. 26 juin 2024, n° 23-15.533, publié).

Cette impossibilité pour le juge judiciaire d'apprécier la cause réelle et sérieuse d'un motif économique en cas de rupture amiable d'un représentant du personnel autorisée par l'inspection du travail concourt, là encore, à sécuriser les mécanismes de rupture amiable et leur octroyer un attrait certain pour les employeurs, leur remise en cause par les salariés étant de plus en plus limitée par la tendance jurisprudentielle récente.

Cet arrêt est la confirmation bienvenue d'une jurisprudence antérieure rendue en la matière par la chambre sociale concernant le salarié non protégé (Cass. soc. 8 février 2012, n° 10-27.176, publié).

30. Droit à la preuve et communication d'un rapport d'enquête interne

Dans un arrêt du 4 juillet 2024, la Cour d'appel de Paris a livré une nouvelle illustration de l'appréciation du caractère « *indispensable* » des mesures au soutien de l'exercice du droit à la preuve.

Quelques mots de contexte : deux collègues de travail entretiennent une relation amoureuse, laquelle prend fin dans des conditions manifestement dégradées.

La salariée signale à son employeur le comportement de son ancien amant, notamment des faits d'humiliations sexuelles au travail.

L'employeur, diligent, réalise une enquête qu'il confie à un cabinet extérieur.

La salariée sollicite ultérieurement la communication du rapport d'enquête interne, au visa de l'article 145 du Code de procédure civile, estimant que ce document lui permettrait de faire valoir les manquements de son employeur à son obligation de sécurité au regard des mesures prises en considération de la situation dénoncée, que la salariée juge insuffisantes.

Il sera rappelé que l'article 145 du Code de procédure civile permet d'ordonner à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé, les mesures d'instruction légalement admissibles, lorsqu'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

La Cour d'appel de Paris énonce dans un premier temps qu'il appartient au juge saisi d'une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, d'abord, de rechercher si cette communication n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du harcèlement sexuel et des manquements de l'employeur à son obligation de sécurité et proportionnée au but poursuivi et s'il existe ainsi un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, ensuite, si les éléments dont la communication est demandée sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, de vérifier quelles mesures sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitée.

La Cour juge ensuite que « *la communication du rapport sollicité **n'est pas nécessaire à l'exercice du droit de la preuve par Madame [F]**, alors qu'elle dispose des éléments utiles lui permettant, dans le cadre d'une action au fond, de faire valoir les manquements de son employeur à son obligation de sécurité au regard des mesures prises par ce dernier qu'elle estime insuffisantes, et de la situation dénoncée par elle.* »

La Cour s'est notamment fondée sur les éléments suivants :

- le signalement réalisé par la salariée,
- les courriels adressés par l'employeur au salarié mis en cause et à la salariée auteur du signalement,
- la proposition émise par l'employeur d'organiser une visite médicale,
- les mesures immédiates mises en œuvre par l'employeur pour ne pas mettre en contact les deux salariés au sein de l'entreprise,
- la mise en œuvre d'une enquête confiée à un cabinet extérieur,
- la mise à pied disciplinaire notifiée au salarié mis en cause,
- l'organisation d'une formation par l'employeur sur la prévention contre le harcèlement.

Il convient de noter que la Cour d'appel de Toulouse avait déjà refusé d'ordonner la communication du rapport d'enquête interne au salarié sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, aux motifs notamment qu'au stade antérieur à une instance au fond, la demande de communication n'apparaît pas proportionnée à l'atteinte qui serait apportée à la confidentialité de certains témoignages consignés dans le rapport qui comporte des éléments allant au-delà des données personnelles concernant le salarié (CA Toulouse, 19 janvier 2024, RG n° 23/02401).

31. Rupture conventionnelle : l'employeur face aux mensonges du salarié

➤ Validité de la rupture conventionnelle

Seuls un vice du consentement, la fraude et le non-respect d'une formalité essentielle affectent la validité d'une rupture conventionnelle.

Concernant le vice du consentement, la rupture conventionnelle doit bien entendu être librement consentie autant par le salarié que par l'employeur.

A ce titre, il convient de rappeler que l'article 1130 du Code civil dispose que « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ».

C'est à celui qui prétend que son consentement à conclure la rupture conventionnelle a été vicié d'en rapporter la preuve.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 instituant la rupture conventionnelle, la majorité des quelques litiges relatifs à l'annulation des ruptures conventionnelles portent sur le consentement vicié des salariés.

➤ Vice du consentement de l'employeur

Pourtant, pour la première fois à notre connaissance, un arrêt de la Cour de cassation rendu le 19 juin 2024 (n° 23-10.817) confirme que l'employeur peut également contester la validité d'une rupture conventionnelle aux motifs que les circonstances dans lesquelles elle a été signée ont altéré son consentement qui n'a alors pas pu être libre et éclairé.

S'agissant des conséquences de ce vice du consentement avéré, les juges vont au bout du raisonnement : si la rupture conventionnelle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsque sa nullité est imputable à l'employeur, elle s'analyse comme une démission lorsqu'elle est imputable au salarié ayant commis un dol (dissimulation intentionnelle d'information).

En l'espèce, les juges du fond ont considéré que le salarié, qui exerçait les fonctions de responsable commercial, avait vicié le consentement de l'employeur en dissimulant volontairement son projet de création d'entreprise initié dans le même secteur d'activité, auquel étaient par ailleurs associés deux anciens salariés.

Il apparaissait en effet que l'employeur ne s'était déterminé qu'au regard du souhait de reconversion professionnelle dans le management invoqué par le salarié.

La Chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel ayant déclaré nulle la rupture conventionnelle et condamné le salarié au paiement de diverses sommes au titre de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle perçue à tort et de l'indemnité compensatrice de préavis non exécuté.

Le juge reconnaît ainsi que le salarié a vicié la rupture par des manœuvres dolosives en dissimulant une information décisive du consentement de l'employeur.

➤ **Quels enseignements tirer de cette jurisprudence ?**

- L'employeur peut se prévaloir d'un vice du consentement pour obtenir la nullité d'une rupture conventionnelle à l'instar du salarié
- Lorsque la nullité de la rupture conventionnelle est imputable au salarié pour avoir vicié le consentement de l'employeur, elle produit les effets d'une démission
- Puisqu'elle produit les effets d'une démission, l'ancien salarié est logiquement condamné à rembourser à l'employeur l'équivalent de l'indemnité compensatrice de préavis et l'indemnité spécifique de rupture.

Pour autant, faut-il en conclure qu'il existe une obligation d'information à la charge du salarié sur le projet professionnel qu'il entend poursuivre après son départ de l'entreprise ?

La réponse est non, il lui appartient simplement d'engager loyalement la négociation de la rupture en fournissant l'ensemble des informations qui s'avèrent nécessaires à la prise de décision libre et éclairée de l'employeur.

En revanche, si l'employeur conditionne l'acceptation d'une rupture conventionnelle à la confirmation par le salarié qu'il ne part pas rejoindre une société concurrente, le salarié qui viendrait à mentir s'expose à voir annulée sa rupture conventionnelle.

Dans ce type d'hypothèse, il peut être opportun, en plus du formulaire CERFA, de conclure une convention de rupture formalisant clairement les conditions dans lesquelles s'inscrit la négociation de cette rupture conventionnelle.

32. Salaire de référence du salarié à temps partiel thérapeutique : la Cour de cassation revoit sa position

Les indemnités de rupture du contrat de travail se calculent à partir du salaire mensuel de référence perçu par le salarié avant la rupture de son contrat de travail.

Ainsi, pour le calcul de l'indemnité de licenciement, le salaire mensuel brut moyen du salarié dont le contrat de travail est rompu correspond, selon la formule la plus avantageuse :

- soit à la moyenne mensuelle des douze derniers mois précédant la rupture,
- soit au tiers des trois derniers mois (*Art. R. 1234-4 du Code du travail*).

En application d'une jurisprudence constante, et afin d'éviter les discriminations fondées sur l'état de santé, la Cour de cassation juge néanmoins que si, sur ces périodes, le salarié est placé en arrêt de travail pour maladie, le salaire de référence à prendre en considération est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, celui des douze ou des trois derniers mois précédant l'arrêt de travail pour maladie (Cass. Soc. 23 mai 2017, n° 15-22.223).

Les périodes pendant lesquelles le salarié est placé en arrêt de travail sont ainsi « neutralisées » pour le calcul du salaire de référence.

Jusqu'alors, ce principe ne trouvait pas à s'appliquer aux salariés ayant travaillé selon un temps partiel thérapeutique avant la rupture de leur contrat de travail.

Aux termes d'une jurisprudence ancienne, l'indemnité d'un salarié ayant repris le travail dans le cadre d'un temps partiel thérapeutique devait en effet être calculée sur la base des salaires réellement perçus par ce dernier au cours de cette période (Cass. Soc. 26 janvier 2011, n° 09-66.453).

Le 12 juin 2024, la Cour de cassation est toutefois revenue sur cette position.

Rappelant l'interdiction faite aux employeurs de toute mesure discriminatoire fondée sur l'état de santé, elle a en effet jugé que lorsque le salarié travaillait selon un temps partiel thérapeutique au moment de son licenciement, l'assiette de calcul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement était, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, celle des 12 ou des 3 derniers mois précédant le temps partiel thérapeutique et l'arrêt de travail pour maladie l'ayant, le cas échéant, précédé.

La Haute Juridiction a également souligné que ledit principe était applicable au salaire de référence à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité compensatrice de préavis ainsi que de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse :

« Il résulte de la combinaison de ces textes que lorsque le salarié en raison de son état de santé travaille selon un temps partiel thérapeutique lorsqu'il est licencié, le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité compensatrice de préavis ainsi que de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est le salaire perçu par le salarié antérieurement au temps partiel thérapeutique et à l'arrêt de travail pour maladie l'ayant, le cas échéant, précédé et que l'assiette de calcul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, celle des douze ou des trois derniers mois précédant le temps partiel thérapeutique et l'arrêt de travail pour maladie l'ayant, le cas échéant, précédé ».

Cette décision s'inscrit dans le prolongement d'un arrêt rendu le 20 septembre 2023, aux termes duquel la Cour de cassation avait décidé que le salaire à prendre en compte pour le calcul de l'assiette de la participation due à un salarié travaillant selon un mi-temps thérapeutique était le salaire perçu avant le temps partiel thérapeutique, et l'arrêt de travail pour maladie l'ayant, le cas échéant, précédé (Cass. Soc. 20 septembre 2023, n° 22-12.293).

33. L'enregistrement clandestin de l'employeur lors de l'entretien préalable : Preuve déloyale recevable ?

Avec l'admissibilité des moyens de preuves illicites puis déloyaux, le droit de la preuve en matière prud'homale vient de connaître des évolutions importantes.

C'est dans ce contexte que la Cour d'appel d'Amiens (5 mai 2024, n° 23-01.099) a dû répondre à la question suivante : l'enregistrement clandestin de l'employeur lors de l'entretien préalable est-il une preuve recevable bien que déloyale ?

➤ L'enregistrement clandestin de l'entretien préalable devant le juge prud'homal

Dans cet arrêt, un salarié versait aux débats la retranscription dans un procès-verbal de constat d'huissier des échanges intervenus lors de son entretien préalable au moyen d'un enregistrement audio clandestin.

L'employeur avait obtenu que cette pièce soit écartée des débats devant le Conseil de Prud'hommes.

Le salarié sollicitait, en cause d'appel, l'infirmité du jugement sur ce point et donc la possibilité de se prévaloir de cette pièce au soutien de la contestation de son licenciement pour faute grave.

Il soutenait que son droit à la preuve ne portait pas atteinte de manière disproportionnée au droit à un procès équitable de l'employeur.

Après avoir rappelé que, dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention de la preuve ne conduit pas nécessairement à l'écartier, la Cour d'appel a rejeté cet argument au motif que le salarié avait été informé, par le biais de sa convocation, de la possibilité de se faire assister lors de l'entretien préalable par une personne de son choix.

L'assistance par une telle personne permet de retranscrire les échanges et ce, de manière loyale.

La Cour conclut que l'enregistrement clandestin de l'employeur lors d'un entretien préalable (au licenciement) n'est donc pas indispensable à l'exercice du droit de la preuve du salarié et n'est pas proportionné au but poursuivi.

Une telle retranscription doit par conséquent être écartée.

➤ **Un rappel des strictes conditions de recevabilité d'une preuve déloyale**

Il s'agit donc ici d'une décision satisfaisante, qui rappelle les conditions de recevabilité de la preuve déloyale et démontre qu'il n'est pas donné aux salariés un blanc-seing à tout enregistrement réalisé à l'insu de l'employeur.

La jurisprudence continue de mettre en balance le droit à la preuve et le droit à un procès équitable et/ou le droit au respect de la vie privée pour déterminer si l'atteinte à ces derniers est proportionnée au but recherché et si la production de la preuve est indispensable à l'exercice de son droit.

A cet égard, la Cour de cassation a récemment jugé que le salarié peut utiliser un enregistrement clandestin effectué sur son téléphone portable lors d'une dispute avec son employeur dans une espèce où cette preuve a été jugée indispensable à l'exercice de son droit à voir reconnaître le caractère professionnel de l'accident et la faute inexcusable de son employeur (Cass. Civ. 2^{ème}, 6 juin 2024, n° 22-

34. Le CSE peut avoir la qualité à agir par voie d'action en nullité d'un accord collectif

Il ne résulte pas de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'un CSE est irrecevable à invoquer par voie d'action la nullité d'un accord collectif au motif que celui-ci viole ses droits propres.

Eu égard aux effets de l'action en nullité d'un accord collectif, il y a lieu de juger que seule l'institution représentative du personnel, dont son périmètre couvre dans son intégralité le champ d'application de l'accord contesté, a qualité à agir par voie d'action en nullité d'un accord collectif au motif qu'il viole ses droits propres résultant de l'exercice des prérogatives qui lui sont reconnues par des dispositions légales d'ordre public.

En l'espèce, deux CSE d'établissement contestent la légalité de l'accord portant sur la gestion de l'ASC de restauration au sein de l'UES Orange, conclu au sein de cette UES par les organisations syndicales représentatives dans ce même périmètre de l'UES.

Or, le périmètre de chacun des deux CSE d'établissement ne couvrant pas l'intégralité du champ d'application de cet accord collectif, leur action en nullité est irrecevable.

Par ailleurs, la contribution versée chaque année par l'employeur pour financer des institutions sociales du CSE est fixée par accord d'entreprise.

Les activités sociales et culturelles ne sont pas exclues du champ de la négociation collective et l'employeur, à qui le CSE choisit de déléguer l'une des ASC que constitue la restauration des salariés et les organisations syndicales représentatives de l'entreprise ont compétence pour négocier et conclure un accord collectif d'entreprise précisant les modalités d'exercice de la gestion de la restauration déléguée à l'employeur qui reste responsable devant le CSE.

En l'espèce, en l'absence de violation des règles d'ordre public et d'atteinte aux prérogatives des CSE d'établissement, la demande de nullité de l'accord collectif du 31 mai 2019 devait être rejetée (Cass. Soc. 10 juillet 2024, n° 22-9.675).

<https://www.courdecassation.fr/decision/668e243ffc93851fdd644ed>