HOCHE
AVOCATS

Lettre d'information — 08.01.2024

DROIT SOCIAL

Temps de lecture: 10 minutes

Actualité jurisprudentielle

Le versement continu à un salarié pendant plus de 7 ans de certaines primes auxquelles il ne peut normalement pas prétendre entraîne-t-il leur contractualisation ?

Cour de cassation, Chambre sociale, 13 décembre 2023, n° 21-25.501

Un salarié travaillant dans le secteur de l'automobile percevait depuis plusieurs années des primes dites « d'équipe » et de « casse-croûte » auxquelles il n'aurait normalement pas pu prétendre faute notamment de travailler en équipe (critère prévu par l'accord d'entreprise applicable). Ce versement n'était par ailleurs pas mentionné par son contrat de travail.

Son employeur ayant finalement décidé d'arrêter de lui verser ces primes, le salarié avait saisi la juridiction prud'homale en référé pour en obtenir le paiement. Devant les juges du fond, l'employeur faisait notamment valoir que ce versement résultait d'une erreur du système de paramétrage du logiciel de paie qui n'avait été découverte qu'au bout de 7 ans, erreur qui ne pouvait pas être créatrice de droit.

Cet argument est rejeté par la Cour de cassation qui relève que le versement continu au salarié, pendant plus de 7 années, des primes d'équipe et de casse-croûte, auxquelles il ne pouvait normalement pas prétendre, caractérisait leur contractualisation. La cour d'appel pouvait donc écarter l'existence d'une erreur dans le paiement de ces primes.

La vigilance est donc de mise s'agissant des éléments de rémunération versés de manière continue qui peuvent se retrouver contractualiser par le passage du temps et la constance de leur versement.

Le licenciement verbal peut-il résulter d'un échange de courriels au sein du service des Ressources Humaines de l'employeur ?

Cour de cassation, Chambre sociale, 6 décembre 2023, n° 22-20.414

Conformément à l'article L. 1232-6 du code du travail, l'employeur qui décide de licencier un salarié doit notifier sa décision par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au plus tôt deux jours après la tenue de l'entretien préalable.

Les juges sanctionnent donc toute prise de décision qui interviendrait avant la notification licite et dans les délais légaux du licenciement, notamment les licenciement « verbaux » (annonce du licenciement lors de l'entretien, etc.) qui ouvrent droit à des dommages et intérêts pour le salarié.

Ainsi, un salarié, licencié pour faute, soutenait que son licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, dans la mesure où il lui avait été annoncé avant même l'envoi de la lettre recommandée avec avis de réception. Il produisait à ce titre un courriel du Responsable de paie adressé à un collègue, avant la notification du licenciement, libellé en ces termes : « Nous regardons comment récupérer l'indu car celui-ci est sur l'ancien employeur (sinon nous récupérerons sur le STC). ». Pour le salarié, en évoquant le « STC » dans cet échange du service RH (acronyme du « solde de tout compte »), il apparaissait que l'employeur avait nécessairement pris sa décision de rompre le contrat de travail, qui n'aurait

pourtant dû rester à ce stade une simple hypothèse. Cette analyse avait été partagée par la Cour d'appel.

A tort pour la Cour de cassation qui affirme qu'en l'absence de lettre de licenciement, ce dernier ne peut résulter que d'un acte de l'employeur par lequel il manifeste au salarié sa volonté de mettre fin au contrat de travail. Or, les propos tenus par le Responsable de paie dans son email relatif à une possible répétition de l'indu, n'émanaient pas du titulaire du pouvoir de licencier, ce dont il résultait que l'employeur n'avait pas manifesté la volonté de mettre fin au contrat de travail.

Il convient néanmoins d'être très vigilent sur les informations échangées entre services avant l'envoi de la lettre de licenciement, pour éviter toute difficulté d'interprétation et notamment de prendre le risque de se voir reproché un licenciement verbal, ce qui entraînerait de facto la condamnation de l'employeur, quels que soient la réalité et le sérieux du motif du licenciement.

Usage d'une preuve obtenue de façon déloyale devant le juge civil : les dernières précisions apportées par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation

L'Assemblée Plénière de la Cour de cassation a rendu le 22 décembre dernier deux décisions très attendues sur le droit à la preuve.

Note : L'audience relative à la première de ces deux affaires avait fait l'objet d'une captation audiovisuelle et d'une retransmission en direct sur le site de la Cour de cassation. L'enregistrement est disponible à la rediffusion sur le site internet de la Cour de cassation.

Pour mémoire, afin de garantir au justiciable son droit d'accès au juge, la Cour de cassation a consacré ces dernières années un droit « à la preuve ». Ce droit découle notamment de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à un procès équitable).

Toutefois, la Cour de cassation a fixé des limites à ce droit en consacrant en 2011 un principe de loyauté dans l'administration de la preuve (*Cour de cassation, Assemblée plénière, 7 janvier 2011, n° 09-14.316 et n° 09-14.667*). Ainsi, en l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation, lorsqu'une preuve est obtenue de manière déloyale, c'est-à-dire lorsqu'elle est recueillie à l'insu d'une personne, grâce à une manœuvre ou à un stratagème, un juge ne peut pas en tenir compte.

Sous l'effet de la position de la Cour européenne des droits de l'homme, un certain infléchissement de la position de la Cour de cassation s'était déjà fait ressentir (voir notamment l'arrêt "Petit Bateau" (*Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2020, n°19-12.058*) dans lequel une salariée travaillant pour la marque de vêtements avait été licenciée pour avoir diffusé, sur son compte Facebook personnel et en violation de sa clause contractuelle de confidentialité, les photographies de la nouvelle collection qui n'avaient été transmises qu'aux commerciaux).

A la position de principe posée par la Cour de cassation le 7 janvier 2011, sur le rejet pur et simple des éléments de preuve obtenus de façon déloyale, on pouvait donc opposer des arrêts plus récents qui semblaient les admettre. Cette situation était source d'insécurité juridique et nécessitait donc l'intervention de l'Assemblée plénière, qui prend clairement position dans les deux affaires soumises à son contrôle.

1ère espèce :

Un enregistrement sonore réalisé à l'insu d'un salarié, qui fait état de propos ayant conduit à son licenciement, constitue-t-il une preuve valable devant un juge ?

Un salarié licencié pour faute contestait son licenciement. Lors de l'instance, l'employeur soumettait au juge l'enregistrement sonore, réalisé à l'insu du salarié, d'un entretien au cours duquel ce dernier tenait des propos ayant conduit à sa mise à pied. La cour d'appel avait déclaré cette preuve irrecevable, car l'enregistrement avait été réalisé de façon clandestine. Aucune autre preuve ne permettant de démontrer la faute commise par le salarié, la cour d'appel avait donc jugé que ce licenciement était sans cause réelle et sérieuse.

2nde espèce :

Un message électronique envoyé sur Facebook, à l'origine d'un licenciement, mais dont la production porte atteinte à la vie privée de son auteur, constitue-t-il une preuve valable devant un juge ?

Un salarié était en congés et remplacé par un intérimaire qui utilisait son poste informatique. Le compte Facebook du salarié absent étant resté ouvert sur cet ordinateur, l'intérimaire avait pu prendre connaissance d'une conversation qui y avait été tenue à son sujet. Dans cette conversation Facebook, le salarié absent sous-entendait que la promotion dont avait bénéficié l'intérimaire était liée à son orientation sexuelle et à celle de son supérieur hiérarchique. L'intérimaire transmettait cette conversation à l'employeur et le salarié ayant tenu ces propos sur Facebook était licencié pour faute grave, ce qu'il a contesté devant la justice.

Selon lui, le juge ne pouvait tenir compte de ses conversations Facebook car leur utilisation remettait en cause le principe de loyauté de la preuve et portait atteinte au respect de sa vie privée. Le suivant dans ce raisonnement, la cour d'appel a écarté des débats cette conversation Facebook. Aucune autre preuve ne permettant de démontrer la faute commise par le salarié, la cour d'appel avait jugé que ce licenciement était sans cause réelle et sérieuse.

1ère espèce :

Admission de la preuve déloyale (revirement de jurisprudence)

La Cour de cassation admet que des moyens de preuve déloyaux peuvent être présentés au juge dès lors qu'ils sont indispensables à l'exercice des droits du justiciable. Toutefois, la prise en compte de ces preuves ne doit pas porter une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux de la partie adverse (vie privée, égalité des armes, etc.).

Cette solution s'inspire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et répond à la nécessité de ne pas priver un justiciable de la possibilité de faire la preuve de ses droits, lorsque la seule preuve disponible pour lui suppose, pour son obtention, une atteinte aux droits de la partie adverse.

2ème espèce :

Pour la Cour de cassation, les juges n'avaient pas à s'interroger sur la valeur de la preuve provenant de la messagerie Facebook

Il n'est en effet possible de licencier disciplinairement un salarié pour un motif en lien avec sa vie personnelle uniquement si celui-ci constitue un manquement à ses obligations professionnelles (par exemple, une conversation d'un salarié sur son compte Facebook peut justifier un licenciement disciplinaire s'il divulgue à cette occasion une information confidentielle sur son entreprise alors qu'il a signé dans son contrat de travail une clause de confidentialité).

Tel n'était pas le cas dans cette affaire pour la Cour de cassation qui considère que les propos échangés par le salarié avec l'une de ses collègues sur la messagerie Facebook constituent une conversation privée qui n'avait pas vocation à être rendue publique et ne pouvait s'analyser, en l'absence d'autres éléments, en un manquement du salarié aux obligations découlant de son contrat de travail.

Pas de protection pour le « lanceur d'alerte » de mauvaise foi

---

Conseil d'État, 4ème - 1ère chambres réunies, 08 décembre 2023, n°435266

Il résulte des dispositions de la loi « Sapin II » telles que modifiées par la loi 2022-401 du 21 mars 2022 que le lanceur d'alerte est une personne physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général. Il peut également s'agir d'une violation (ou une tentative de dissimulation de cette violation) d'un engagement international de la France.

Conformément aux article L. 1121-2 et L. 1132-4 du code du travail, un salarié qui signale ou divulgue des informations en respectant ces conditions, en particulier l'exigence de bonne foi, bénéficie d'un statut protecteur. Il ne doit notamment pas être licencié au motif qu'il a lancé une alerte. Un tel licenciement serait nul.

L'exigence de bonne foi est donc consubstantielle à l'octroi de la protection qui est allouée au lanceur d'alerte.
Par un courriel envoyé à des dirigeants de l'entreprise et des collègues de travail, un représentant syndical mettait directement en cause son ancien supérieur hiérarchique en

l'accusant, sans plus de précision, de commettre un « délit d'abus de bien social » résultant de « l'utilisation massive d'emplacements de parkings à des fins personnelles », et en dénonçant « une longue liste de délits » ainsi que des « affaires de clientélisme, de népotisme, de conflits d'intérêts » et de « prises illégales d'intérêts » affectant l'entreprise.

Par deux autres mails postérieurs envoyés eux aussi à de nombreux dirigeants, le salarié a qualifié son ancien supérieur hiérarchique de « sinistre personnage » ayant « sa garde rapprochée », et indiqué ne plus vouloir accepter de mission provenant du service dirigé par ce dernier, qualifié de « truand corrompu » et dénoncé les « sombres activités de certains dirigeants ».

L'employeur, souhaitant licencier le salarié pour faute en raison de ses propos, a d'abord essuyé un refus d'autorisation de l'inspection du travail. Il a alors saisi d'un recours le ministre du travail et obtenu l'autorisation de licenciement.

Le salarié a saisi le juge administratif et porté l'affaire jusque devant le Conseil d'État. Selon lui, son statut de lanceur d'alerte aurait dû empêcher son licenciement.

Note : le salarié bénéficiait dans cette affaire d'une première protection au titre de sa qualité de représentant du personnel. C'est l'éventuelle protection octroyée au lanceur d'alerte qui était ici en débat. Depuis les faits de l'espèce, les textes relatifs au lanceur d'alerte ont été modifiés mais l'exigence de bonne foi continue de s'appliquer, l'arrêt présenté conservant donc à notre sens tout son intérêt.

Le Conseil d'État rappelle que, dans le cas où l'inspection du travail, saisie d'une demande d'autorisation de licenciement pour faute d'un salarié protégé auquel il est reproché d'avoir signalé des faits répréhensibles, doit vérifier si les conditions requises pour que la protection du lanceur joue sont remplies, notamment l'exigence de bonne foi. Si toutes les conditions sont remplies, l'inspection du travail doit refuser d'autoriser le licenciement.

Or, pour le Conseil d'Etat : *« il ressort des pièces du dossier que les accusations d'une particulière gravité proférées par M. A... dans les courriers électroniques litigieux sont formulées en des termes généraux et outranciers, sans que l'intéressé ait été par la suite en mesure de les préciser d'aucune manière. Elles s'inscrivent, en outre, dans le cadre d'une campagne de*

dénigrement dirigée contre son ancien supérieur hiérarchique direct, se traduisant par la mise en cause répétée de celui-ci pour des pratiques illégales que M. A... n'a jamais étayées par le moindre élément factuel, le requérant n'ayant, par exemple, pas donné suite à la demande de précision de la direction de l'éthique de la SNCF qu'il avait saisie en 2013, en des termes allusifs, d'accusations de fraude. M. A... ne peut, dans ces conditions, être regardé comme ayant agi de bonne foi ».

Le Conseil d'Etat en conclut que le salarié ne pouvait pas bénéficier de la protection allouée aux lanceurs d'alerte.

Le Conseil d'État semble ainsi rejoindre la position de la Cour de cassation sur la notion de bonne foi, même si, à la différence de cette dernière, il ne pose pas un principe général. Pour mémoire, la Cour de cassation considère que la mauvaise foi du salarié ne peut résulter que de sa connaissance de la fausseté des faits dénoncés et non de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis (*Cass. soc. 8 juillet 2020, n° 18-13593*). Or, dans l'affaire soumise au Conseil d'État, le fait que le salarié n'ait jamais pu ni voulu étayer ses accusations peut démontrer qu'il les savait fausses.

Actualité légale et règlementaire

Loi n° 2023-1107 du 29 novembre 2023

Loi du 29 novembre 2023 « *portant transposition de l'accord national interprofessionnel relatif au partage de la valeur au sein de l'entreprise* »

La loi relative au partage de la valeur, qui a pour objet de transposer l'accord national interprofessionnel conclu le 10 février 2023 sur le même thème, a été publiée au Journal Officiel le 1er décembre dernier. Sans revenir sur l'intégralité des dispositions de cette loi, il est possible de relever un certain nombre d'évolutions relatives à :

- <u>l'intéressement et la participation</u> :

- La loi prévoit désormais expressément la possibilité pour les entreprises de verser des avances sur l'intéressement ou sur la participation.

  L'accord du salarié devra néanmoins être recueilli préalablement et la périodicité des versements ne pourra être inférieure au trimestre. En cas de trop-perçu, le remboursement des sommes excédant les droits du salarié sera obligatoire.

- Un nouveau dispositif a été institué à titre expérimental (pour une durée de 5 années) permettant aux entreprises de moins de 50 salariés de mettre en place de manière volontaire un dispositif de participation moins favorable que le régime légal, tout en bénéficiant du régime social de faveur. Pour ce faire, ces entreprises devront soit :

  - appliquer un accord de participation conclu au niveau de la branche et conclu dans les conditions prévues à l'article L. 3322-9 du code du travail ou,

  - conclure un accord de participation selon l'une des modalités prévues par l'article L. 3322-6 dudit code (accord collectif, accord avec les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, accord conclu avec le CSE ou ratification d'un projet d'accord à la majorité des 2/3 des salariés)

  La mise en place du régime par décision unilatérale de l'employeur est ainsi exclue.

- <u>la prime de partage de la valeur ajoutée (PPV)</u> :

- Deux PPV pourront désormais être versées par année civile (au lieu d'une seule actuellement), offrant ainsi plus de souplesse aux employeurs pour associer les salariés aux résultats de l'entreprise. Le montant cumulé des deux primes ne pourra toutefois pas excéder 3 000 € (portés à 6 000 € dans certains cas).

- Le régime renforcé d'exonération (exonération de cotisations, de CSR/CRDS et d'impôt sur le revenu) pour les primes versées aux salariés des entreprises de moins de 50 salariés dont la rémunération est inférieure à 3 SMIC annuel est prolongé jusqu'en 2026.

- La PPV pourra être placée par les salariés sur un plan d'épargne salariale (PEE) ou sur un plan d'épargne retraite (PER) et, ainsi, bénéficier d'une exonération d'impôt sur le revenu (sous réserve de respecter les conditions prévues pour ces types de versement).

De nouvelles obligations sont par ailleurs instituées pour les entreprises dégageant un certain niveau de bénéfice. Ainsi :

- les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 50 salariés qui réalisent un bénéfice net fiscal d'au moins 1 % du chiffre d'affaires pendant 3 exercices consécutifs auront l'obligation de mettre en place un dispositif de partage de la valeur (intéressement, participation, PPV ou abondement du PEE ou du PERCO).

  Cette obligation, mise en œuvre à titre expérimental pour une durée de 5 années, s'appliquera à compter des exercices ouverts après le 31 décembre 2024. Autrement dit, les entreprises concernées devront obligatoirement mettre en place un dispositif de partage de la valeur au titre de l'exercice 2025 si des bénéfices sont réalisés sur les années 2022, 2023 et 2024.

- les entreprises de plus de 50 salariés qui disposent d'un ou plusieurs délégués syndicaux sont désormais obligatoirement tenues de négocier sur les modalités de partage de la valeur en cas de bénéfice exceptionnel.

Enfin, un nouveau « plan de partage de la valorisation de l'entreprise » permet à toute entreprise, quelle que soit sa taille, de verser une prime à l'ensemble des salariés, dont le montant sera fixé par référence à l'évolution de sa valorisation. Plus précisément, le montant de la prime sera déterminé en fonction d'un montant de référence (qui sera fixé par le plan) auquel sera appliqué le taux de variation de la valeur de l'entreprise (lorsque celui-ci est positif).

Les primes ainsi versées entre 2026 et 2028 seront exonérées de cotisations sociales mais assujetties à CSG-CRDS, ainsi qu'à une contribution patronale de 20 %.

Loi de financement de la sécurité sociale pour 2024

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2024 a été définitivement adoptée le 4 décembre 2023, après le rejet de la motion de censure déposée en réaction au déclenchement de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution par la Première ministre.

A la suite delà décision du Conseil constitutionnel du 21 décembre dernier ayant validé la quasi-totalité de son contenu, la loi a été publiée au Journal Officiel le 26 décembre dernier.

Parmi les principales mesures, on relèvera notamment :

- Le versement dès le 1er jour, sans délai de carence, des indemnités journalières de la sécurité sociale (IJSS) en cas d'interruption médicale de grossesse.

- La prescription ou le renouvellement d'un arrêt de travail établi au moyen d'une téléconsultation ne pourra plus porter sur plus de 3 jours ni avoir pour effet de porter à plus de 3 jours un arrêt de travail déjà en cours.

- A compter du 1er juillet 2024, la prise en charge obligatoire par l'employeur des déplacements domicile-lieu de travail s'appliquera également aux titres d'abonnement de location de vélos souscrit auprès d'opérateurs privés. Cette prise en charge n'est donc plus réservée aux seuls services publics de vélos et pourra, elle aussi, bénéficier du régime social et fiscal de faveur applicable aux frais de transports publics.

- La procédure d'abus de droit en matière Urssaf est simplifiée avec la suppression du comité d'abus de droit. En pratique, il faut donc s'attendre à ce que les Unions aient plus souvent recours à cette procédure qui permet aux inspecteurs de requalifier juridiquement les actes qui leur sont soumis et a pour effet de porter les majorations applicables à 20 % (contre 5 %).

- Le volet pénal de la lutte contre la fraude sociale est renforcé :

1. Un nouveau délit de facilitation de la fraude sociale est créé et prévoit comme élément matériel « *la mise à disposition, à titre gratuit ou onéreux, d'un ou plusieurs moyens, services, actes ou instruments juridiques, comptables ou financiers, ou informatiques ayant pour but de permettre à un ou des tiers de se soustraire frauduleusement à la déclaration et au paiement des cotisations et contributions sociales dues ou d'obtenir*

une allocation, une prestation, un paiement ou un avantage indu d'un organisme de protection sociale ».

Ce délit est puni d'une peine de 3 ans d'emprisonnement et de 250 000 € d'amende pour les personnes physiques.

2. Le délit d'incitation à la fraude sociale est, pour sa part, redéfini et celui d'organisation de la fraude sociale est plus sévèrement réprimé (3 ans d'emprisonnement et 250 000 € d'amende contre 2 ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende antérieurement).

- Les gratifications versées aux lycéens professionnels seront désormais exemptées de cotisations sociales en cas de réalisation de périodes de formation en milieu professionnel ou de stages obligatoires. Pour rappel, depuis la rentrée scolaire 2023, ces lycéens bénéficient obligatoirement d'une gratification versée par l'Etat dans les cas visés ci-dessus. Cette exonération ne concernera toutefois que la gratification versée par l'Etat et non l'éventuelle rémunération complémentaire qui serait accordée par l'entreprise.

Sauf dispositions particulières prévoyant une autre date, la loi est entrée en vigueur le 1er janvier 2024.

Contact

Frédérique Cassereau
Avocate associée – Droit social
cassereau@hocheavocats.com

Myrtille Dubois-Carmine
Avocate Counsel – Droit social
duboiscarmine@hocheavocats.com

Violaine Goux
Avocate – Droit social
goux@hocheavocats.com

Laura Bocaert
Avocate – Droit social
bocaert@hocheavocats.com

Anaël André
Avocat – Droit social
andre@hocheavocats.com

Thibault Minjollet
Avocat – Droit social
minjollet@hocheavocats.com

Si vous ne souhaitez plus recevoir nos communications, suivez ce lien