

NEWSLETTER / SOCIAL

L'actualité en droit social

L'usage de moyens de preuve déloyaux est désormais admis, sous certaines conditions

Par deux décisions du 22 décembre 2023, la Cour de cassation réunie en Assemblée Plénière a opéré un revirement de jurisprudence s'agissant du rôle du juge civil en matière de droit de la preuve.

La Cour de cassation est venue préciser le rôle du juge civil lorsque celui-ci fait face à une preuve dite déloyale.

Malgré son absence de consécration textuelle, le Conseil constitutionnel a reconnu que l'autorité judiciaire était garante du principe de loyauté dans l'administration de la preuve¹, de sorte que la Cour de cassation a toujours refusé de déclarer recevables des preuves obtenues de manière déloyale.

A cet égard, il y a une dizaine d'années maintenant, l'Assemblée plénière en avait fait un principe processuel en matière civile, en jugeant irrecevables ces moyens de preuve².

Or, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est religieusement conformée à cette jurisprudence en créant une distinction entre preuve déloyale et preuve illicite.

Si la preuve illicite pouvait être jugée recevable par la mise en balance du droit à la preuve avec un autre droit fondamental, tel que le droit à la vie privée, la preuve déloyale, quant à elle, ne pouvait être jugée recevable.

En 2023, la Chambre sociale a eu l'occasion de le rappeler à diverses reprises :

- En mars, la Chambre sociale jugeait, par trois arrêts du même jour³, que le droit à la preuve de l'employeur peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle du salarié, sous réserve que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.

L'un se prononçait sur le détournement de la finalité du système de badgeage installé à l'entrée de l'entreprise, afin de recueillir des informations sur les salariés.

L'autre concernait l'utilisation d'enregistrements via un système de vidéosurveillance d'un magasin révélant des vols opérés par une salariée.

Enfin, le dernier arrêt concernant l'usage de la vidéoprotection dont les bus étaient équipés afin de révéler des infractions commises au Code de la route par un chauffeur de bus.

Dans ces trois affaires, la Cour de cassation avait appliqué le même raisonnement en aboutissant à des solutions différentes, exposées en détail dans notre Edito du mois d'avril 2023.

- En octobre⁴, la Chambre sociale de la Cour de cassation se prononçait sur la participation de cette même salariée à une séance photo en maillot de bain au temps et au lieu de travail, dans la salle de suture de l'hôpital. Or, ces photographies et vidéos avaient été partagés sur un groupe « Messenger » auquel la salariée appartenait.

Ces photos et vidéos échangées sur les réseaux sociaux auquel l'employeur avait pu avoir accès à l'insu de la salariée constituait un moyen de preuve illicite et relevait de la vie personnelle de la salariée.

Sommaire

Edito : L'usage de moyens de preuve déloyaux est désormais admis, sous certaines conditions

Actualité législative :

- Jeux Olympiques : décret n°2023-1078 du 23 novembre 2023 relatif à la suspension temporaire du repos hebdomadaire dans les établissements qui connaîtront un surcroît extraordinaire de travail dans le cadre des jeux Olympiques de 2024

Actualité jurisprudentielle :

- Etendue de la protection contre le licenciement de la salariée en congé maternité
- Comité social et économique central : l'élu titulaire ayant quitté l'entreprise doit être remplacé
- Licenciement pour motif économique : nouvelles précisions sur l'obligation de reclassement

Dès lors, la Cour de cassation a dû opérer une mise en balance entre le droit à la preuve de l'employeur et le respect de la vie privée de la salariée.

Elle a jugé que la production des photos et vidéos portant atteinte à la vie privée de la salariée était indispensable à l'exercice du droit à la preuve, dans la mesure où elle constituait l'unique moyen de preuve de l'employeur, et était proportionnée au but poursuivi à savoir, la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la protection des patients confiés aux soins des infirmières employées dans son établissement.

- Enfin, **en décembre 2023**, la Cour de cassation s'est également prononcée sur le sort d'un moyen de preuve usé par l'employeur en lui refusant toutefois, la qualification de « *preuve illicite* ».

En l'espèce, une salariée avait fait l'objet d'une enquête par la CHSCT, pour harcèlement moral dont elle était la supposée autrice et avait été licenciée pour faute grave sur la base de ce rapport. Or, le rapport mentionnait l'écoute par cette commission de deux enregistrements audios de la salariée réalisés à son insu, au cours de réunions de travail.

La Chambre sociale juge que l'enquête incluant les révélations faites au cours de ces réunions de travail ne constituait pas une preuve illicite.

En outre, cette même chambre relevait que les juges du fond avaient considéré comme établis les actes de harcèlement moral grâce à une lettre, des courriers électroniques et des déclarations de deux salariées recueillies par la commission, de sorte que le rapport d'enquête n'était pas le seul moyen de preuve versé aux débats.

Au regard de ces jurisprudences, se posaient alors la question de la définition de la preuve illicite, recevable, sous certaines conditions et de la preuve déloyale, irrecevable en toutes circonstances.

Le rapport de la Cour de cassation établi à l'occasion des arrêts d'Assemblée plénière, a tenté de dessiner les contours de la preuve déloyale en la définissant comme suit :

*« Ainsi, une preuve loyale apparaît comme celle que l'on peut s'attendre à voir produite en justice, qui a été constituée et **recueillie sans artifice ni stratagème**, et qui n'a pas pour unique dessein de placer l'adversaire dans une situation d'infériorité en le manipulant ou en créant un effet de surprise. »*

En résumé, la loyauté de la preuve recouvre 3 situations :

- les preuves obtenues par l'utilisation d'un procédé clandestin ou dissimulé de surveillance ;
- les preuves obtenues par l'utilisation d'un stratagème ;
- les preuves obtenues par fraude ou moyen frauduleux.

En revanche, est considérée comme illicite, au regard de la jurisprudence de la Chambre sociale, la preuve obtenue en l'absence de respect de certaines formalités (information du CSE ou déclaration à la CNIL) ou en cas de détournement de la finalité du moyen de preuve (en cas d'enregistrement par exemple).

La distinction entre la preuve déloyale et la preuve illicite restait néanmoins ténue, de sorte que la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence, le 22 décembre 2023.

L'Assemblée plénière a ainsi harmonisé sa jurisprudence en déclarant recevables la preuve déloyale, dans les mêmes conditions que la preuve illicite.

Désormais, **dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écartier des débats.**

« Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi »⁵.



Catherine Davico-Hoarau
Associée

hoarau@coblence-avocats.com



Kelly Domingues
Avocat

domingues@coblence-avocats.com

¹ Cons. constit., QPC, 18 novembre 2011, n°2011-191/194/195/196/197

² Cass. Ass. Plén., 7 novembre 2011, n°09-14.316 ; n°09-14.667

³ Cass. soc., 8 mars 2023, n°21-20.798 ; n°21-17.802, n°20-21.848

⁴ Cass. soc., 4 octobre 2023, n°21-25.452

⁵ Cass. Ass. plén., 22 décembre 2023, n°20-20.648

ACTUALITÉ LÉGISLATIVE

Jeux Olympiques : [décret n°2023-1078 du 23 novembre 2023](#) relatif à la suspension temporaire du repos hebdomadaire dans les établissements qui connaîtront un surcroît extraordinaire de travail dans le cadre des jeux Olympiques de 2024

La préparation des jeux Olympiques se poursuit, y compris d'un point de vue juridique.

Pour mémoire, il est en principe interdit de faire travailler un même salarié plus de 6 jours par semaine et les salariés doivent bénéficier d'un repos hebdomadaire de 35 heures consécutives minimum (C.trav., [art. L.3132-1](#) et [L.3132-2](#)).

Le Code du travail prévoit toutefois certaines dérogations avec, notamment, la possibilité pour certaines industries ayant à répondre à certains moments à un surcroît extraordinaire de travail de suspendre le repos hebdomadaire de leurs salariés :

- Cette dérogation peut être mise en œuvre 2 fois par mois maximum, dans la limite de 6 suspensions par an ;
- Les heures travaillées le jour de repos hebdomadaire suspendu constituent des heures supplémentaires, décomptées du contingent annuel (C.trav., [art. L.3132-5](#)).

La liste des industries susceptibles de bénéficier de cette dérogation légale est fixée à [l'article R.3132-1 du Code du travail](#). On y trouve notamment les activités des hôtels, restaurants, traiteurs et rôtisseurs, de sorte que ces derniers pourront directement appliquer les dispositions légales et réglementaires en vigueur dans le cadre des jeux Olympiques de 2024.

Le décret n°2023-1078 étend le bénéfice de cette dérogation aux établissements connaissant un surcroît extraordinaire de travail pour :

- Les besoins de la captation, de la transmission, de la diffusion et de la retransmission des compétitions organisées dans le cadre des jeux ;
Dans son [questions-réponses publié le 30 novembre 2023](#), le ministère du Travail précise que cette catégorie vise la filiale du comité international Olympique et les entreprises de médias et d'agences événementielles techniques mobilisées par Olympic broadcasting services ;
- Assurer les activités relatives à l'organisation des épreuves et au fonctionnement des sites liés à l'organisation et au déroulement des jeux.
Le ministère du Travail a inclus une liste des structures principalement concernées dans son questions-réponses.

Cette dérogation est applicable du 18 juillet au 14 août 2024.

Pour ces établissements, les salariés concernés devront bénéficier d'un repos compensateur au moins égal à la durée du repos suspendu, immédiatement après la période dérogatoire précitée.

Si l'inspection du travail n'a pas à donner son autorisation pour la mise en œuvre de la dérogation au repos hebdomadaire, elle doit toutefois en être informée par l'employeur avant le commencement du travail (C.trav., [art. R.3172-7](#)).

A noter enfin que la suspension injustifiée du repos hebdomadaire peut donner lieu à :

- Sanctions pénales (contravention de 5ème classe, C.trav. [art. R.3135-2](#) et [R.3135-6](#)) ;
- Sanctions administratives (amende, C. trav. [art. L.8115-1](#)).

ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE

Etendue de la protection contre le licenciement de la salariée en congé maternité – Cour de cassation, Chambre sociale, 29 novembre 2023, n°22-15.794

Conformément à [l'article L.1225-4 du Code du travail](#), il n'est pas possible de rompre unilatéralement le contrat de travail d'une salariée :

- Lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté ;
- Pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre (dite période de protection absolue) :
 - Du congé de maternité ;
 - Des congés payés pris immédiatement après le congé de maternité ;
- Pendant les 10 semaines suivant l'expiration de ces périodes.

L'employeur peut toutefois rompre le contrat s'il justifie :

- D'une faute grave de la salariée, non liée à l'état de grossesse ; ou
- De son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement. Ce critère est toutefois apprécié de façon extrêmement restrictive par la jurisprudence. Ainsi, la Cour de cassation juge l'existence d'un motif économique ne constitue pas en soi une impossibilité de maintenir le contrat (Cass. soc., 6 octobre 2010, [n°08-44.626](#)). Seuls la cessation d'activité, la fermeture totale d'un établissement ou un refus de mutation géographique semblent susceptibles de caractériser une telle impossibilité (v. not. Cass. soc., 26 septembre 2012, [n°11-17.420](#) ; 24 octobre 2012, [n°11-21.500](#) ; 24 janvier 1996, [n°92-42.682](#)).

En dehors de ces deux cas, tout licenciement prononcé est nul. Par ailleurs, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant la période de protection absolue.

La Cour de cassation juge également que la protection conférée aux salariées en état de grossesse / en congé de maternité englobe l'interdiction pour un employeur de prendre des mesures préparatoires à un licenciement pendant la période de protection visée à l'article L.1225-4 du Code du travail (Cass. soc., 1 février 2017, [n°15-26.250](#)).

Dans le cas d'espèce, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la nature des actes susceptibles d'être qualifiés d'actes préparatoires à un licenciement pendant la période de protection.

Dans cette affaire, une salariée a pris des congés payés immédiatement après son congé de maternité. Pendant cette période, elle a reçu une convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement pour motif économique, lequel devait se tenir à l'issue des 10 semaines suivant son retour en entreprise après ses congés payés. L'entretien préalable était donc fixé à l'issue de la période de protection de la salariée.

Cette dernière a ensuite été licenciée pour motif économique et a contesté son licenciement devant les juridictions prud'homales en alléguant de la nullité de cette mesure. Selon elle, l'employeur a préparé son licenciement pendant sa période de protection, puisqu'il a consulté les représentants du personnel sur le projet de licenciement et lui a envoyé une convocation à un entretien préalable pendant cette période.

Les juges d'appel ont débouté la salariée de ses demandes, au motif que l'employeur n'avait pas effectivement pris la décision de la licencier pendant sa période de protection.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel, estimant au contraire que l'employeur avait d'ores et déjà engagé la procédure de licenciement pendant la période de protection par le simple envoi de la convocation à entretien préalable, peu importe que cet entretien se soit effectivement tenu à l'issue de la période de protection de la salariée. L'envoi de la convocation à entretien préalable constituait donc un acte préparatoire prohibé.

Attention donc au calendrier lorsqu'une salariée protégée du fait de sa maternité est visée par un plan de licenciement pour motif économique.

Comité social et économique central : l'élu titulaire ayant quitté l'entreprise doit être remplacé – Cour de cassation, chambre sociale, 6 décembre 2023, n°22.21-239

Les entreprises ayant au moins 50 salariés et comportant au moins deux établissements distincts doivent mettre en place des comités sociaux et économiques d'établissement (« **CSEE** ») et un comité social et économique central d'entreprise (« **CSEC** »), selon [l'article L.2313-1 du Code du travail](#).

Le CSEC :

- A vocation à exercer les attributions qui concernent la marche générale de l'entreprise et qui excèdent les limites des pouvoirs des chefs d'établissement ([C.trav. art. L.2316-1](#)) ;
- S'agissant de la représentation des salariés, est composé d'un nombre égal de délégués titulaires et de suppléants, élus, pour chaque établissement, par le CSEE parmi ses membres ([C.trav. art. L.2316-4](#)).

Le litige d'espèce est né à la suite de la désignation d'un membre titulaire et d'un membre suppléant au CSEC, en remplacement de deux élus de la même qualité ayant quitté l'entreprise.

Dans sa décision du 6 décembre 2023, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur deux problématiques :

- **Quelle juridiction est compétente pour connaître des litiges liés à la désignation des membres d'un CSEC ?**

En l'espèce, la société a introduit son recours devant le tribunal judiciaire du ressort du lieu de son siège. Les élus considéraient que seul était compétent le tribunal judiciaire du ressort du lieu d'élection des membres du CSEC, c'est-à-dire du lieu de l'établissement du CSEE concerné.

La Cour de cassation considère que le tribunal judiciaire compétent est celui du ressort du lieu où les désignations doivent prendre effet. Il s'agit donc du lieu du siège social de la société, puisque les membres du CSEC exercent leur mandat de représentation des salariés au niveau de l'entreprise dans son ensemble.

- **Est-il possible de désigner des membres en remplacement (i) d'un élu titulaire ; et/ou (ii) d'un élu suppléant ayant quitté l'entreprise ?**

Le juge de première instance a relevé que le Code du travail ne comporte aucune indication quant aux éventuelles modalités de remplacement des membres élus du CSEC. Il a également relevé l'absence d'accord collectif ou de convention collective contenant des dispositions en ce sens. Par conséquent, il a annulé la désignation des deux membres en remplacement de l'élu titulaire et de l'élu suppléant du CSEC ayant quitté l'entreprise.

La Cour de cassation a approuvé la décision du juge de première instance s'agissant du membre suppléant.

En revanche, elle a cassé cette décision s'agissant du membre titulaire. La Haute juridiction estime ainsi qu'en l'absence de disposition contraire, les textes du Code du travail concernant le remplacement des membres élus titulaires du comité social et économique (« **CSE** ») s'appliquent également aux membres élus titulaires du CSEC. [L'article L.2314-37 du Code du travail](#) prévoyant les modalités de remplacement des élus titulaires en cas de cessation de fonctions était donc applicable dans le cas d'espèce.

Il est ainsi possible de procéder au remplacement d'un élu titulaire du CSEC, mais pas d'un élu suppléant, comme pour le CSE classique.

Licenciement pour motif économique : nouvelles précisions sur l'obligation de reclassement – Cour de cassation, Chambre sociale, 8 novembre 2023, [n°22-18.784](#) et Cour de cassation, Chambre sociale, 6 décembre 2023, [n°21-25.012](#)

En cas de licenciement pour motif économique, l'employeur est tenu d'une obligation préalable de recherches d'offres de reclassement pour les salariés visés par cette mesure. Selon [l'article L.1233-4 du Code du travail](#), cette obligation de reclassement porte sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.

La Cour de cassation a récemment rendu deux décisions apportant des précisions sur l'obligation de reclassement de l'employeur :

- **La permutation de tout ou partie du personnel peut-elle intervenir dans les entreprises d'un groupe n'appartenant pas au même secteur d'activité que l'entreprise qui prononce le licenciement ?**

C'est ce que soutenait un salarié, en contestation de son licenciement pour motif économique. Le juge d'appel n'a pas suivi cette position, adoptant au contraire l'argument de la société selon lequel la permutation ne pouvait pas être retenue entre deux sociétés du groupe dans la mesure où elles n'appartenaient pas au même secteur d'activité. Par conséquent, le fait que la société n'ait pas procédé à la recherche de postes au sein de l'entreprise n'appartenant pas au même secteur d'activité ne pouvait constituer un manquement à son obligation de reclassement.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt, jugeant qu'en matière de reclassement, il importe peu que les entreprises d'un groupe appartiennent ou non à un même secteur d'activité, dès lors que leurs activités, leur organisation ou leur lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel. Le secteur d'activité ne doit donc pas être pris en compte pour apprécier la possibilité de permutation du personnel, laquelle permet de définir le périmètre de l'obligation de reclassement de l'employeur souhaitant procéder à un licenciement pour motif économique.

Attention donc à bien distinguer entre le groupe de reclassement et le groupe servant de périmètre à l'appréciation du motif économique de licenciement, ce dernier s'appréciant effectivement au niveau du secteur d'activité commun à l'entreprise qui procède au licenciement pour motif économique et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national ([C.trav. art. L.1233-3](#)).

- **La notification à titre conservatoire d'une lettre de licenciement pour motif économique avant l'expiration du délai imparti au salarié pour accepter ou refuser une proposition de reclassement constitue-t-elle un manquement à l'obligation de reclassement ?**

Dans un second cas, une salariée a été convoquée à un entretien préalable à un éventuel licenciement pour motif économique, au cours duquel l'employeur lui a proposé d'adhérer au contrat de sécurisation professionnelle (« **CSP** »). Quelques jours plus tard, la société a adressé une proposition de reclassement à la salariée, que cette dernière a refusée. Entre la notification de la proposition de reclassement et le refus de la salariée, l'employeur lui a notifié son licenciement pour motif économique à titre conservatoire. En dernier lieu, la salariée a adhéré au CSP.

Devant les juridictions prud'homales, la salariée a estimé que l'employeur avait manqué à son obligation de reclassement, dans la mesure où il n'avait pas attendu sa réponse à l'offre de reclassement pour lui notifier son licenciement. La Cour d'appel a retenu cet argument et jugé que, l'obligation de reclassement étant un élément constitutif de la cause économique de licenciement, tout manquement de l'employeur suffisait à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel, après avoir constaté que :

- La lettre de licenciement a eu pour seul but de notifier à la salariée le motif économique du licenciement envisagé et de lui préciser qu'en cas de refus du CSP, cette lettre constituerait la notification de son licenciement : selon la Haute juridiction, cette lettre n'a donc pas eu pour effet de rompre le contrat de travail ;
- La salariée a adhéré au CSP, à l'issue du délai de réflexion et de renonciation à la proposition de reclassement, de sorte que c'est cette adhésion qui avait emporté rupture du contrat de travail.

En outre, la Cour de cassation a précisé, conformément aux arguments de l'employeur, que l'adhésion d'un salarié au CSP entraîne nécessairement renonciation de sa part aux propositions de reclassement qui lui ont été faites.

Par conséquent, l'employeur ne manque pas à son obligation de reclassement en notifiant une lettre de licenciement pour motif économique à titre conservatoire, même si le salarié dispose encore d'un délai pour se positionner sur une éventuelle offre de reclassement. Il faut en revanche veiller à ce que le délai pour adhérer au CSP intervienne à l'issue du délai de réflexion laissé au salarié pour se positionner sur ces offres de reclassement.

Cet arrêt souligne donc l'attention qui doit être portée aux délais encadrant les étapes successives d'une procédure de licenciement pour motif économique, ainsi qu'à la rédaction des différents courriers adressés aux salariés dans ce cadre.

NOTRE EQUIPE



Catherine Davico-Hoarau

Associée

hoarau@coblence-avocats.com



Chantal Giraud-van Gaver

Associée

van-gaver@coblence-avocats.com



Laurent Guardelli

Associé

guardelli@coblence-avocats.com



Myrtille Lapuelle

Associée

lapuelle@coblence-avocats.com



Justine Moreau

Collaboratrice

moreau@coblence-avocats.com



Christine Lecomte

Collaboratrice

lecomte@coblence-avocats.com



Léa Fonseca

Collaboratrice

fonseca@coblence-avocats.com



Valérie Denis

Collaboratrice

denis@coblence-avocats.com



Kelly Domingues

Collaboratrice

domingues@coblence-avocats.com



Bérengère Nguyen-Trong

Collaboratrice

nguyen-trong@coblence-avocats.com