

# Droit du travail - Transcription vidéo -Les enjeux juridiques et financiers

---

*Ce cours vous est proposé par Cécile CASEAU-ROCHE, Maître de conférence, Université de Bourgogne et Jean-Michel DORLET, juriste chargé d'enseignement, Université de Bourgogne et par AUNEGe, l'Université Numérique en Économie Gestion.*

---

## **Cécile Caseau-Roche**

Bonjour. Bienvenue sur cette nouvelle séquence toujours consacrée sur le licenciement pour motif personnel. Cette fois, nous allons traiter des enjeux juridiques et financiers. L'objectif est de bien comprendre le mécanisme de la preuve du motif et surtout de savoir calculer le coût d'un licenciement. Nous verrons donc, après une introduction, la preuve du motif réel et sérieux, puis le coût du licenciement.

Lorsque un licenciement est prononcé, il y a un risque important de contentieux. En effet, la plupart des saisines du prudhommes sont générées par un licenciement. La première question qui va se poser est de savoir si le licenciement est ou non justifié. La vérité judiciaire va évidemment dépendre des preuves qui sont apportées par les parties. Une autre question essentielle qui se pose en matière de licenciement est la question du coût.

Revenons donc sur ces deux enjeux financiers et probatoires. Pour commencer, la preuve du motif réel et sérieux.

En la matière, deux questions fondamentales se posent et elles sont les mêmes en matière probatoire, à savoir : qui doit prouver ? C'est la question de la charge de la preuve et comment prouver ? C'est la question du mode de preuve. Nous allons revoir successivement ces deux questions.

## **Jean-Michel Dorlet**

Voyons tout d'abord comment s'établit le motif réel et sérieux en cas de licenciement. C'est la question de la charge de la preuve en matière de licenciement.

Les règles sont dérogatoires au droit commun qui veut que ce soit le demandeur qui apporte la preuve. En fait, l'article L. 1235-1 du Code du travail précise que la charge ne repose sur aucune des parties et au bout du compte, le doute doit profiter au salarié.

Au vu des éléments rapportés par les parties, il revient aux juges d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur et de former sa conviction. Il apprécie également la régularité de la procédure. Le Code du travail précise que le juge peut ordonner des mesures d'instruction qui lui apparaîtraient utiles et nécessaires afin d'établir le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement.

Par ailleurs, certains éléments de preuve peuvent porter atteinte à la vie personnelle. Leur production est admise à deux conditions. Tout d'abord, que ces éléments rapportés soient indispensables à l'exercice du droit à la preuve. Et deuxième condition, que l'atteinte à la vie privée soit proportionnée au but poursuivi.

Quelques exemples.

Ainsi, il a été admis qu'un représentant du personnel pouvait produire des documents qui avaient été utilisés pour le décompte de la durée du travail et des repos compensateurs, malgré leur mention nominative.

Autre exemple : l'extrait d'un compte privé sur un réseau social qui aurait été obtenu sans stratagème par l'employeur.

### **Jean-Michel Dorlet**

Après avoir vu la charge de la preuve, demandons-nous maintenant comment prouver. Ce sont les modes de preuve.

### **Jean-Michel Dorlet**

En matière prud'homale. La preuve est libre. Cela se comprend tout à fait, car dans ce type de contentieux, ce sont des faits qu'il faut prouver.

Le code civil nous précise bien que les faits se prouvent par tout moyen. En pratique, il y a un certain déséquilibre dans l'accès à la preuve puisque l'employeur a plus de moyens que le salarié d'y accéder. Enfin, on doit noter que comme la preuve est libre, les modes de preuve sont particulièrement variés.

### **Cécile Caseau-Roche**

Quels sont les moyens de preuve dont disposent les parties ? Alors il y a des moyens de preuve très classiques : le contrat de travail, c'est la base. Mais également les bulletins de salaire, le reçu pour solde de tout compte. Attention, il est libératoire au bout de six mois s'il n'a pas été contesté. Il y a des documents parfaitement officiels : le règlement intérieur, les statuts de l'entreprise, éventuellement une enquête qui serait menée par le CSE. Et puis évidemment un constat d'huissier qui, il faut bien le dire, est la reine des preuves. Après, il y a des documents qui vont être récoltés. C'est par exemple le certificat médical. Évidemment, tous les mails qu'il peut y avoir eu comme échanges entre l'employeur, le salarié, différentes attestations. Mais ça peut être également un rapport qui aura été lancé par un expert.

### **Cécile Caseau-Roche**

Alors parmi tous ces moyens de preuve possibles, quels sont ceux qui sont recevables en la matière ? Il y a un principe : pour que la preuve soit recevable, elle doit être obtenue de façon loyale. Mais comme tout bon principe, il y a désormais des tempéraments. Nous verrons que désormais, la jurisprudence admet éventuellement qu'une preuve obtenue de façon déloyale peut être recevable. Revenons dans les détails.

### **Jean-Michel Dorlet**

Alors revenons sur l'exigence de loyauté de la preuve. Celle-ci est fondée sur le principe d'exécution de bonne foi du contrat de travail. Principe qui est rappelé dans le code du travail. Ceci étant posé, la jurisprudence a assez développé sur cette question de loyauté de la preuve. Elle a par exemple précisé que la preuve ne pouvait être obtenue par un stratagème. Comme dans cette affaire où il y avait des lettres piégées qui ont permis effectivement de révéler l'ouverture du courrier par une factrice. Eh bien, cette preuve était irrecevable.

Par ailleurs, la Cour de cassation précise que les salariés doivent être préalablement informés sur les modes de contrôles exercés. Tel est le cas dans cette affaire d'une visite de client mystère dans un restaurant. Les salariés du restaurant ayant été informés de l'éventualité de cette visite, il se trouve donc que le rapport émis par le contrôleur pourra être utilisé comme mode de preuve.

### **Cécile Caseau-Roche**

Si la Cour de cassation avait toujours exigé la preuve loyale, elle vient d'opérer un revirement de jurisprudence dans deux arrêts particulièrement médiatisés en décembre 2023. La Cour de cassation a ainsi considéré que : « le droit à la preuve, droit fondamental, peut 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 ».

Que faut-il comprendre de ce revirement de jurisprudence ? La Cour de cassation met fin au côté binaire recevable ou pas recevable. Elle admet qu'une preuve obtenue de façon déloyale, si c'est le seul mode de preuve que le salarié ou l'employeur avait, et bien ce mode de preuve pourra être utilisé. Depuis cet important revirement de jurisprudence, la Cour de cassation continue d'apporter des précisions au gré de ses arrêts. D'abord, elle est revenue rappeler qu'un enregistrement clandestin, s'il n'est pas indispensable dans le cadre des débats, doit être écarté. Autrement dit, il faut vraiment que ce soit le seul moyen de preuve pour que ce moyen de preuve irrecevable soit accepté. Elle est venue par ailleurs apporter des précisions sur les modalités du contrôle de proportionnalité. En effet, le juge devra faire la balance entre le droit à la preuve d'un côté et la loyauté de l'autre. Et en l'occurrence, dans cette affaire où il y avait des vols, il a considéré qu'à partir du moment où l'employeur avait d'abord essayé d'écarter le fait que ce soit des vols par des clients pour ensuite utiliser les vidéosurveillance, il a été considéré que c'était proportionné car utilisé sur un temps restreint et par une seule personne.

### **Jean-Michel Dorlet**

Si la preuve est recevable, encore faut-il qu'elle soit admise. Ce sont les juges du fond qui apprécieront la force probante de la preuve. Pour certaines d'entre-elles, ce sera incontestable. Par exemple, un constat d'huissier. L'appréciation sera variable pour d'autres, comme par exemple pour ce qui concerne des attestations de témoignage. Enfin, certaines autres preuves, comme par exemple des SMS, peuvent être véritablement contestées. Enfin, le juge va opérer un contrôle de proportionnalité par rapport à l'exercice d'autres droits, notamment le droit à la vie privée.

### **Cécile Caseau-Roche**

La question de l'admission du droit à la preuve par rapport au droit à la vie privée a nourri un contentieux important. Rappelons que dans un arrêt célèbre, « l'arrêt Nikon », la Cour de cassation avait considéré que la preuve qui portait atteinte à la vie personnelle du salarié était illicite et donc, à

ce titre, devait être écartée. Il s'agissait de mails personnels envoyés par un salarié de son ordinateur professionnel.

Et puis la Cour de cassation a évolué dans cette approche puisqu'elle a, au fur et à mesure, admis un droit à la preuve. Notamment dans un arrêt du 9 novembre 2016 où il s'agissait de fournir des documents dans le contentieux sur l'égalité de traitement. Et plus récemment, la Cour de cassation a véritablement consacré un droit à la preuve qui vient en confrontation avec le droit à la vie privée. Dans cet arrêt « Petit bateau », la salariée avait pris des photos lors de la présentation confidentielle de la nouvelle collection de prêt-à-porter qu'elle avait déposées sur son compte personnel. Mais il y avait une personne ayant accès à son compte personnel qui avait fait une capture d'écran de ce compte et qui l'avait fourni à l'employeur. L'employeur avait donc obtenu de façon loyale la preuve. Mais cette preuve portait atteinte à la vie privée. La Cour de cassation a considéré que cette preuve était pour autant admissible, quand bien même elle portait atteinte à la vie privée, car elle a effectué un contrôle de proportionnalité. Les conditions sont posées dans cet arrêt. D'abord, il faut que la preuve soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve et par ailleurs, l'atteinte portée à la vie privée doit être proportionnée au but poursuivi. Autrement dit, aujourd'hui, une preuve qui porte atteinte à la vie privée peut être recevable et elle peut être admise.

### **Cécile Caseau-Roche**

L'employeur doit verser des indemnités de rupture.

Deux hypothèses : soit il s'agit d'un licenciement en dehors d'une faute grave ou d'une faute lourde et dans ce cas-là, il va verser spontanément les indemnités de rupture au moment du départ du salarié. Deuxième hypothèse : il a licencié pour faute grave ou pour faute lourde. Le salarié conteste le licenciement. L'employeur sera alors condamné au versement des indemnités de rupture si le licenciement est considéré comme abusif.

En cas de licenciement pour cause réelle et sérieuse, le salarié va toucher un certain nombre d'indemnités. D'abord, les indemnités de licenciement, puis les indemnités compensatrices de préavis, dans l'hypothèse où le salarié a le droit au préavis et que l'employeur le dispense d'exécuter son préavis. Enfin les indemnités de congés payés, en tout cas, s'il lui reste des congés payés qu'il n'a pas pu prendre, elles seront transformées en indemnités.

Pour en savoir plus, nous vous rappelons que le détail des calculs se trouve dans la séquence sur la mise en œuvre du licenciement.

### **Jean-Michel Dorlet**

Que se passe-t-il en l'absence de motif réel et sérieux ?

Tout d'abord, le juge peut réintégrer le salarié dans l'entreprise. Sinon, et c'est le plus fréquent, il peut prononcer l'indemnisation du salarié qui reste à la charge de l'employeur. Enfin, il peut demander à l'employeur de rembourser à Pôle emploi des indemnités de chômage. L'indemnisation pour un licenciement sans motif réel et sérieux a été modifiée par l'ordonnance de 2017.

Après une première tentative qui a été censurée par le Conseil constitutionnel, il a été instauré un barème d'indemnisation. C'est le fameux barème Macron. Il se présente sous la forme d'une fourchette, avec un plancher et un plafond d'indemnisation. Le montant de cette fourchette dépend de la taille de l'entreprise et de l'ancienneté du salarié, celle-ci étant calculée en année complète.

Voici, à titre d'illustration, ce fameux barème Macron pour les entreprises de onze salariés et plus, sachant qu'un autre barème est applicable pour les entreprises de plus petite taille

Tableau à 12 colonnes et 9 lignes. Dans les colonnes 1, 4, 7 et 10 sont représentées les années d'ancienneté allant de 0 à 30 ans et plus. Dans les colonnes 2, 5, 8 et 11 sont affichés les barèmes minimum. Dans les colonnes 3, 6, 9 et 12 sont affichés les barèmes maximum.

5 ans d'ancienneté correspondent à un barème minimum de 3 mois de salaire brut et à un barème maximum de 6 mois.

Le barème n'est pas applicable dans un certain nombre de situations : celles où le licenciement est considéré comme nul. La liste est relativement longue. Il peut s'agir de licenciements en violation d'une liberté fondamentale ou à l'occasion d'un harcèlement moral ou sexuel.

Cela peut être le cas également lorsque la mesure de licenciement s'avère être une mesure discriminatoire, qu'elle touche des salariés protégés ou des salariées enceintes, ou qu'elles interviennent à l'issue d'un arrêt qui aurait été accordé après un accident du travail ou une maladie professionnelle. Enfin, dans deux hypothèses celle de la dénonciation d'un crime ou d'un délit par le salarié ou lorsque celui-ci intente une action pour l'égalité entre les femmes et les hommes.

### **Cécile Caseau-Roche**

Un débat est né sur la conformité ou non de ce fameux barème Macron aux textes internationaux, notamment la convention n°158 de l'OIT et la charte sociale.

Revenons sur ce débat.

On a assisté, à partir de 2018-2019 à une fronde de certaines juridictions prud'homales qui, considérant que le barème ne permettait pas une indemnisation adéquate, ont écarté le barème et accordé des indemnisations supérieures, au même moment ou d'autres juridictions prud'homales appliquaient bien le barème. La Cour de cassation, saisie pour avis, s'est alors prononcée. Elle a considéré que le barème était bien conforme à la convention n°158 de l'OIT mais elle a aussi considéré qu'elle n'avait pas à se prononcer par rapport à la charte sociale, qui n'avait pas d'effet direct.

Les cours d'appel ont alors innové.

En effet, certaines juridictions ont alors considéré que si, en général le barème Macron était bien conforme dans certaines situations particulières, par un contrôle *in concreto* de la convention et du barème, il fallait écarté le barème, au regard notamment de l'ancienneté du salarié. Elles ont alors accordé des indemnisations supérieures. Dans ce contexte d'insécurité juridique, l'arrêt de la Cour de cassation était très attendu.

La Cour de cassation a finalement décidé que le barème était bien conforme à l'article 10 de la convention n°158 de l'OIT. Elle a également confirmé que l'article 24 de la charte sociale n'avait pas d'effet direct et elle a rejeté le contrôle de conventionnalité *in concreto*. A priori, la décision de la Cour de cassation devrait mettre fin au débat. Selon la Cour de cassation, le terme adéquat qui est exigé dans les textes internationaux, permet en effet que l'indemnisation française est suffisamment

dissuasive. En effet, elle considère que le fait que l'employeur peut être condamné à rembourser les indemnités versées par Pôle emploi dans l'hypothèse où le salarié est au chômage est suffisamment dissuasif. Elle considère par ailleurs que cela permet une indemnisation adéquate parce que ce barème ne s'applique pas en cas de nullité du licenciement.

### **Jean-Michel Dorlet**

Que retenir en définitive ?

Tout d'abord, que la charge de la preuve est partagée en matière de licenciement, que les modes de preuve sont variés et peuvent être rapportés librement, mais qu'ils n'ont pas forcément tous la même force probante. Que les indemnités de rupture comprennent à la fois les indemnités de licenciement, les indemnités compensatrices de préavis et les indemnités de congés payés.

Et qu'enfin, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'indemnisation du salarié s'opérera selon un barème qui est désormais validé.

Merci pour votre attention.

# Références

## Comment citer ce cours ?

Droit du travail – Les enjeux juridiques et financiers, Cécile CASEAU-ROCHE, Jean-Michel DORLET, AUNEGe (<http://auneg.fr>), CC – BY NC ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).



Cette œuvre est mise à disposition dans le respect de la législation française protégeant le droit d'auteur, selon les termes du contrat de licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>). En cas de conflit entre la législation française et les termes de ce contrat de licence, la clause non conforme à la législation française est réputée non écrite. Si la clause constitue un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles, sa nullité emporte celle du contrat de licence tout entier.