



AVIS DE Mme WURTZ, AVOCATE GÉNÉRALE

Arrêt n° 807 du 4 septembre 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-15.944

Décision attaquée : Cour d'appel de Poitiers du 2 février 2023

**Mme [G] [O]
C/
la société OV**

1. FAITS ET PROCÉDURE

Mme [O] a été engagée par la société O.V à compter du 1^{er} mars 2006.

Placée en arrêt maladie le 24 mars 2017, elle s'est vue notifier le 28 mars 2017 une mise à pied disciplinaire de 45 jours pour absences injustifiées.

Par acte du 10 juillet 2017, elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande d'annulation de la sanction disciplinaire, de rappels de salaire à ce titre et de résiliation judiciaire du contrat.

Le 13 novembre 2017, le médecin du travail a émis à son égard un avis d'inaptitude à son poste de travail lequel, contesté par l'employeur, a été déclaré « injustifié » par ordonnance de référé du 20 juin 2018.

Par jugement du 6 septembre 2018, le conseil de prud'hommes a annulé la sanction disciplinaire et condamné l'employeur à verser un rappel de salaire, puis a constaté l'absence de pause les lundis ainsi que le travail de la salariée pendant son arrêt

maladie, enfin a déclaré justifiée sa demande de résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur.

Par arrêt du 2 février 2023, la cour d'appel a confirmé le jugement attaqué en ce qu'il a annulé la sanction disciplinaire et l'infirmant pour le surplus, a débouté la salariée de l'ensemble de ses demandes et l'a condamnée à verser à l'employeur une somme au titre de la contrepartie financière de la clause de non concurrence.

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi formé par madame [O] lequel est fondé sur cinq moyens de cassation.

Les parties ont été avisées, sur le fondement de l'article 16 du code de procédure civile, de ce que la chambre pourrait, dans sa réponse au premier moyen, viser les articles L. 4121-1 et L. 4121-4 du code du travail et 5 et 6 de la directive 89/391 du 12 juin 1989 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs.

2. DISCUSSION

2-1 Sur les deuxième à quatrième moyens :

Je partage l'avis de madame le conseiller rapporteur qui vous propose un rejet non spécialement motivé de ces moyens, pour les motifs qu'elle expose dans son rapport.

2-2 Sur le premier moyen en sa première branche :

Faut-il étendre le régime du « *préjudice nécessaire* » en cas de non-respect par l'employeur des temps de pause et commande d'un travail pendant un arrêt-maladie du salarié ?

Ce pourvoi tend en effet à vous faire admettre un nouveau cas de violation d'une obligation ou d'un droit pour lequel le salarié serait dispensé de démontrer le préjudice qu'il a subi en raison du manquement de l'employeur.

Ce régime du « *préjudice nécessaire* » a fait l'objet d'évolutions jurisprudentielles.

Au dernier état de la jurisprudence de la chambre, les quelques principes directeurs suivants peuvent être dégagés :

Le régime du « *préjudice nécessaire* » est en principe abandonné au profit du droit commun de la responsabilité civile, lequel exige la caractérisation du préjudice invoqué en lien de causalité avec le manquement reproché.

Deux séries d'exceptions sont néanmoins posées par la chambre, d'origine légale ou supra-nationale.

S'agissant des exceptions d'origine légale :

Ce sont les situations où l'indemnisation est requise par un texte légal. Tel est le cas notamment de l'article L. 1235-5 du code du travail qui impose la réparation de la perte

injustifiée de son emploi ou encore de l'article 9 du code civil qui permet au juge de prescrire différentes mesures « *sans préjudice de la réparation du dommage subi* »¹. Dans ces deux cas de figure, la violation de l'obligation ou l'atteinte au droit entraîne en elle-même un préjudice, les dommages et intérêts alloués relevant alors davantage de la sanction que de la réparation.

S'agissant des exceptions d'origine supra-nationale :

Selon les termes de Monsieur le Doyen « *Il appartient au juge de concilier la norme nationale qu'il se doit de respecter avec les obligations européennes ou internationales auxquelles la République française s'est engagée* »².

A ce titre, c'est le mécanisme d'interprétation conforme de la règle nationale à l'objectif poursuivi par la norme supranationale qui doit être mobilisé pour permettre d'en assurer l'effectivité.

Pour autant, la violation d'une norme internationale, laquelle s'impose d'abord aux Etats, n'est invocable dans les rapports entre particuliers que si la « *disposition est suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour que l'on puisse identifier qu'elle crée des droits subjectifs au profit des particuliers dont ils peuvent se prévaloir devant le juge pour demander réparation du préjudice causé par leur violation* »³.

Une exception peut néanmoins être relevée : lorsqu'une directive qui n'a pas d'effet direct horizontal se combine avec une disposition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, elle-même dotée d'un tel effet direct⁴.

Ainsi, dès lors qu'une disposition européenne ou internationale applicable en droit interne exige une sanction, voire une indemnisation en cas de manquement à une obligation ou non-respect des droits qu'elle protège, il incombe aux juges nationaux d'en assurer l'effectivité en ne laissant pas sans sanction ou réparation l'atteinte portée aux droits garantis.

C'est le sens de votre jurisprudence relative à l'obligation de l'employeur de mettre en place des institutions représentatives des salariés⁵, au respect de la durée maximale de travail hebdomadaire et quotidien⁶, ainsi qu'à l'obligation de respecter un temps minimum de repos entre deux services⁷.

¹ Soc.13 septembre 2017, n° 16-13.578 ; Soc. 12 novembre 2020, n° 19-20.583

² Jean-Guy Huglo, doyen de la chambre sociale, *La Cour de cassation et la réparation en droit du travail* » Dr.soc.2023

³ Jean-Guy Huglo, doyen de la chambre sociale, *op-cit*

⁴ CJUE, 15 juillet 2021, C-742/19

⁵ Soc.28 juin 2023, n° 22-11.699 s'agissant de l'article 8§1 de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs

⁶ Soc. 26 janvier 2022, n° 20-21.636 ; Soc.11 mai 2023, n° 21-22.281 ; Soc.27 septembre 2023, n° 21-24.782

⁷; Soc.7 février 2024, n° 21-22.994

En l'espèce, la salariée soutient qu'ayant travaillé les lundis pendant 10h30 sans bénéficier de pause, l'employeur l'a privée de son droit fondamental à un repos et lui a causé de ce seul fait un préjudice en portant atteinte à sa sécurité et sa santé.

A l'appui du moyen, elle invoque la violation de :

- l'article L. 3121-16 du code du travail qui fixe cette règle d'ordre public du temps de pause de 20 minutes
- l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946,
- l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs
- l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,

Ces textes, interprétés à la lumière de l'article 4 de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003.

Pour rappel, la directive 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail prévoit en son article 4 la disposition suivante :

« Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cas où le temps de travail journalier est supérieur à 6 heures, d'un temps de pause dont les modalités, et notamment la durée et les conditions d'octroi, sont fixées par des conventions collectives ou accords conclus entre partenaires sociaux ou, à défaut, par la législation nationale ; »;

Or, la Cour de justice de l'Union conditionne l'effet direct dans les rapports entre particuliers d'une disposition d'une directive, si elle énonce une *« obligation qui n'est assortie d'aucune réserve et condition et qui, par sa nature, ne nécessite l'intervention d'aucun acte, soit des institutions de la Communauté, soit des Etats membres »* ⁸.

Ainsi, compte tenu du renvoi de l'article 4 à une durée et des conditions à définir par des actes complémentaires des partenaires sociaux ou de la loi, ces dispositions sur le temps de pause ne sont donc pas invocables directement dans les rapports entre particuliers. Ce n'est en tout état de cause pas expressément demandé par le moyen.

Par ailleurs, vous avez écarté, en formation restreinte, la notion de préjudice nécessaire pour une telle demande de dommages et intérêts liée au non-respect des temps de pause, alors qu'était soulevée l'interprétation conforme à la directive de 2003 ⁹.

Toutefois, vous avez considéré, dans des arrêts publiés antérieurs, que les différentes prescriptions énoncées par la directive de 2003 en matière de temps minimal de repos, dont les temps de pause, constituent des règles du *«droit social communautaire revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale nécessaire pour assurer la protection de sa santé et sa sécurité »*

¹⁰.

⁸ CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn, 41-74 et CJUE, 6 novembre 2018, C-684/16

⁹ Soc.19 mai 2021, n° 20-14.730

¹⁰ Soc.29 juin 2011, n°10-14.743 ; Soc. 17 février 2010, n° 08-43.212

Cette qualification issue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union a été récemment confirmée par elle, s'agissant des durées maximales de travail et des temps de repos journalier et hebdomadaire :

« À titre liminaire, il convient de rappeler que le droit de chaque travailleur à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos, notamment journalier, constitue non seulement une règle du droit social de l'Union revêtant une importance particulière, mais est aussi expressément consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle l'article 6, paragraphe 1, TUE reconnaît la même valeur juridique que les traités (voir, en ce sens, arrêt du 14 mai 2019, CCOO, C 55/18, EU:C:2019:402, point 30 et jurisprudence citée). »¹¹.

Il faut néanmoins observer que contrairement à la limitation de la durée maximale de travail et des périodes de repos journalier et hebdomadaire, le temps de pause au cours d'une journée n'est pas expressément visé par l'article 31§2 de la Charte des droits fondamentaux.

Par ailleurs, l'alinéa 11 du Préambule de 1946 qui vise la « Nation » ainsi que la Charte européenne des droits sociaux qui s'adresse aux Etats signataires et ne leur fixe que des principes et des exigences programmatiques ne sauraient être invoqués directement dans les rapports entre particuliers pour asseoir « un préjudice nécessaire ».

Votre chambre envisage donc de répondre au moyen sur le fondement des articles L. 4121-1, L. 4121-4 et des articles 5 et 6 de la Directive n° 89/391/CEE du 12 juin 1989.

Les articles 5 et 6 de la directive du 12 juin 1989 exigent de l'employeur une démarche de préservation de la santé et de la sécurité des salariés dans tous les aspects liés au travail et par tous les moyens utiles, à la lumière des neuf principes généraux qui sont énoncés.

L'article 5 vise les « obligations de l'employeur » d'assurer la sécurité et la santé et l'article 6 emploie des termes à l'impératif tels que « prend les mesures nécessaires », « doit veiller », « met en oeuvre » « doit garantir » suivis des principes de prévention de nature à le guider pour le respect de ses obligations.

Ces dispositions sont donc claires, précises, inconditionnelles et impératives.

C'est dans le respect et pour assurer l'effectivité de ces dispositions de la directive de 1989 que le législateur français a défini l'obligation générale de sécurité de l'employeur édictée à l'article L. 4121-1 du code du travail et l'a précisée dans ses contours à l'article L. 4121-2.

Or, il n'est pas contestable que le temps de pause exigible, lorsque le temps de travail quotidien atteint six heures, contribue à la prévention des risques professionnels liés à une fatigue du salarié, laquelle peut engendrer un accident du travail. Ce temps de pause participe donc à l'objectif de sécurité et de santé au travail.

Faut-il pour autant ériger un nouveau de préjudice nécessaire ?

¹¹ CJUE, 17mars 2021, C-585/19

Au regard du dernier état de votre jurisprudence sur la durée quotidienne maximale pour laquelle vous avez retenu un préjudice de principe, en cas de dépassement même très minime de cette durée, il serait incohérent de fixer une règle distincte pour le temps de pause. En effet, ce temps de pause s'intègre nécessairement dans la logique de calcul de la durée quotidienne maximale et son non-respect est de nature à entraîner un dépassement de cette durée que vous entendez sanctionner indépendamment de tout préjudice démontré, eu égard à l'objectif de santé poursuivi.

En outre, la condamnation à des dommages et intérêts est l'unique moyen de garantir l'effectivité du droit dans ce cas de figure.

En conclusion, au regard de l'ensemble de ces éléments et à la lumière tant de la directive de 2003 strictement interprétée par la CJUE, que des articles 5 et 6 de la directive cadre de 1989, vous pourrez considérer que le non-respect du temps de pause, de nature à porter atteinte à la sécurité et la santé du salarié, lui cause nécessairement un préjudice qu'il y a lieu de réparer par l'allocation de dommages et intérêts, à défaut de tout autre mode de réparation possible.

Je suis donc à la cassation sur le premier moyen en sa première branche, sans qu'il soit besoin de statuer sur la seconde branche du moyen.

2-3 Sur le cinquième moyen relatif à la restitution de la contrepartie financière de la clause de non concurrence :

Sur la première branche :

Il est reproché à la cour d'appel une violation de l'article 910-4 du code de procédure civile, pour ne pas avoir relevé d'office l'irrecevabilité de la demande de l'employeur en restitution de la contrepartie financière de la clause de non concurrence, alors qu'elle ne figurait pas dans ses premières conclusions d'appel.

Vous pourrez rejeter cette branche du moyen au regard de l'arrêt publié de la deuxième chambre civile qui précise que l'article 910-4 du code de procédure civile confère à la cour d'appel la simple faculté de relever d'office la fin de non recevoir tirée de la tardiveté d'une demande d'appel.

Sur la deuxième branche :

Cette branche invoque la prescription de la demande de l'employeur au titre de la restitution de la contrepartie financière de la clause de non concurrence, laquelle a la nature d'une indemnité compensatrice de salaire ¹².

Il est constant que le régime de prescription est fixé par la nature de la créance en cause.

Contrairement à ce que prétend le mémoire en défense, les modalités de paiement fractionné de l'indemnité de non-concurrence ne sauraient modifier ce principe.

¹² Soc.13 octobre 2021, n° 20-12.059

C'est donc les dispositions de l'article L. 3245-1 du code du travail qui s'appliquent et qui prévoient que l'action en répétition se prescrit par trois ans, à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Et s'agissant des sommes dues, la demande peut porter sur les trois dernières années à compter du jour précité ou lorsque le contrat est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture.

En l'espèce, l'employeur a versé à la salariée, à la suite du jugement du 6 septembre 2018 et entre septembre 2018 et septembre 2019, des échéances mensuelles au titre de la contrepartie financière de la clause de non concurrence. Aux termes des constatations de la cour d'appel, il n'a eu connaissance de l'activité concurrentielle de la salariée que le 31 juillet 2019, date à laquelle elle a été recrutée auprès d'une autre entreprise.

Le jugement de résiliation judiciaire ayant été frappé d'appel, le contrat ne peut être considéré comme rompu, de sorte que le point de départ de la prescription des sommes dues commence le 22 avril 2022, date des conclusions de l'employeur formalisant sa demande de restitution. La demande ne peut en conséquence couvrir les sommes qui ont été versées avant le 22 avril 2019.

Dans ces conditions, la cour d'appel qui a fait droit à l'intégralité de la demande de l'employeur, qui dépassait la période de prescription, a méconnu les dispositions de l'article L. 3245-1 du code du travail.

Et sur la quatrième branche :

La thèse du pourvoi est de considérer que l'employeur ne peut solliciter la restitution des sommes qu'il a versées postérieurement au jugement au titre de la contrepartie financière de la clause de non concurrence, dès lors que la salariée a respecté cette clause.

En l'espèce, pour faire droit à la demande de l'employeur, la cour d'appel a estimé que *« compte tenu du fait que la contrepartie financière de la clause de non concurrence ne peut pas être payée avant la rupture du contrat de travail, il est justifié de faire droit à la demande de la société O.V. »*.

Pour critiquer les motifs susvisés, la salariée oppose votre jurisprudence selon laquelle est nulle la clause de non-concurrence prévoyant le versement d'une indemnité avant la rupture du contrat de travail, de sorte que les sommes versées pendant le cours du contrat au titre de la contrepartie financière, sont qualifiées de complément de salaire, non restituable à l'employeur.

Le paiement de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence ne peut en effet intervenir pendant la durée du contrat, dès lors que cette indemnité a pour objet de réparer l'atteinte à la liberté de travailler du salarié, laquelle n'est effective qu'après la rupture du contrat. C'est donc cette rupture qui marque le point de départ de l'obligation de non concurrence. La jurisprudence de la chambre est constante sur ce point, la clause de non concurrence qui prévoit le versement d'une indemnité avant la rupture du contrat de travail est nulle et l'employeur ne peut en obtenir la restitution, les sommes versées étant considérées comme des compléments de salaire ¹³.

¹³ Soc.17 novembre 2010, n° 09-42.389 ; Soc.15 janvier 2014, n° 12-19.472

En l'espèce, c'est en application du jugement de résiliation judiciaire prononcé le 6 septembre 2018 que l'employeur a procédé au paiement de la contrepartie financière de la clause de non concurrence, par des versements entre septembre 2018 et septembre 2019 et ce malgré l'appel qu'il a formé contre le jugement et son effet suspensif sur la résiliation.

Ainsi, contrairement à ce que prétend le mémoire en défense, cette contrepartie financière n'a pas été réglée après la rupture, compte tenu de cet effet suspensif. De même, le contrat n'a pu être rompu par le simple fait que la salariée n'a manifesté aucun souhait de reprise du travail au sein de la société.

La cour d'appel a donc retenu à bon droit que la contrepartie financière de la clause ne pouvait être payée avant la rupture du contrat, mais elle n'a pas tiré jusqu'au bout les conséquences légales de ses constatations, en ordonnant la restitution à l'employeur des sommes versées, nonobstant leur qualification de complément de salaire, sans avoir préalablement recherché si l'intéressée avait respecté la clause.

Je suis donc à la cassation de l'arrêt sur cette branche du moyen.

AVIS DE CASSATION SUR LES PREMIER ET CINQUIEME MOYENS