



**RAPPORT DE Mme TECHER,
CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 299 du 11 mars 2025 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-23.557

Décision attaquée : Cour d'appel d'Amiens du 2 septembre 2021

M. [K] [Y] [P]

C/

Société Artemis security

Le présent rapport contient des propositions de rejets non spécialement motivés, formulées en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [Y] [P] a été engagé le 1^{er} avril 2017 par la société Artemis security, en qualité d'agent SSIAP 1 (service de sécurité incendie et d'assistance à personnes).

Le salarié a saisi la juridiction prud'homale le 25 avril 2019 à l'effet d'obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail.

Le 1^{er} juillet suivant, il a été licencié pour faute grave.

Par jugement du 4 décembre 2019, le conseil de prud'hommes de Compiègne a :

- dit les demandes du salarié recevables et partiellement fondées,
- débouté ce dernier de sa demande tendant à la résiliation judiciaire de son contrat de travail,
- dit que licenciement était valablement fondé sur une faute grave,
- pris acte de la décision de l'employeur de payer au salarié une certaine somme à titre de rappel de salaire pour les 1^{er}, 4, 5 et 9 mars 2019,
- condamné l'employeur à payer au salarié une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour non-paiement du salaire susvisé,
- ordonné la remise de documents de fin de contrat conformes,
- rejeté les autres demandes,
- et laissé à la charge des parties les dépens par elles engagés.

Par arrêt du 2 septembre 2021, la cour d'appel d'Amiens a confirmé le jugement sauf en ce qu'il a condamné l'employeur à payer au salarié une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour non-paiement de salaire, statuant à nouveau de ce chef, débouté le salarié de sa demande, y ajoutant, condamné le salarié au paiement d'une indemnité de procédure ainsi qu'aux dépens.

Le salarié a formé un pourvoi le 26 octobre 2021.

Le 28 février 2022, il a déposé un mémoire ampliatif qui a été notifié le même jour à l'employeur constitué et dans lequel il conclut à la cassation et à l'annulation de l'arrêt et réclame la somme de 4 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 21 avril 2022, l'employeur a déposé des conclusions banales en rejet du pourvoi, avec demande de remboursement des frais irrépétibles pour la somme de 3 500 euros, qui ont été notifiées le même jour au salarié.

Le 2 août 2022, il a déposé un mémoire complémentaire.

La procédure apparaît régulière en la forme et en état d'être jugée.

2 - Analyse succincte des moyens

Dans un premier moyen divisé en deux branches, le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande au titre des frais de déplacement, alors :

« 1°/ que le salarié qui exerce son activité sur plusieurs lieux de travail au sein d'une même entreprise qui n'assure pas le transport entre ces différents lieux et entre ces lieux et la résidence habituelle du salarié peut prétendre à la prise en charge des frais de carburant lui permettant de réaliser l'ensemble des déplacements qui lui sont imposés entre sa résidence habituelle et ses différents lieux de travail, ainsi qu'entre ces lieux de travail ; qu'en déboutant le salarié de ses demandes de remboursement de frais de déplacement, aux **motifs inopérants** qu'il "ne démontrait pas en quoi son

temps de trajet travail domicile a[vait] dépassé le temps normal de trajet” (arrêt, p. 5, § 1), la cour d’appel a violé l’article L. 3121-4 du code du travail par fausse application, ensemble les articles L. 3261-3 et R. 3261-15 du code du travail, dans leur rédaction alors applicable ;

2°/ qu’en toute hypothèse, le salarié qui exerce son activité sur plusieurs lieux de travail au sein d’une même entreprise qui n’assure pas le transport entre ces différents lieux et entre ces lieux et la résidence habituelle du salarié peut prétendre à la prise en charge des frais de carburant lui permettant de réaliser l’ensemble des déplacements qui lui sont imposés entre sa résidence habituelle et ses différents lieux de travail, ainsi qu’entre ces lieux de travail ; qu’en déboutant le salarié de ses demandes de remboursement de frais de déplacement, aux motifs que “le contrat de travail ne comporte pas de disposition concernant la prise en charge de ses frais” (arrêt, p. 4, § 9), **sans rechercher**, ainsi qu’il lui était demandé, si le salarié n’était pas conduit à exercer des vacations sur plusieurs lieux de travail, exposant ainsi des frais pour les besoins de son activité professionnelle, et pouvait, en conséquence, obtenir remboursement des frais de carburant, la cour d’appel a privé sa décision de base légale, au regard des articles L. 3261-3 et R. 3261-15 du code du travail, dans leur rédaction alors applicable. »

Dans un deuxième moyen divisé en deux branches, il fait grief à l’arrêt de le débouter de ses demandes au titre du rappel des heures supplémentaires, outre congés payés afférents, et du travail dissimulé, alors :

« 1°/ qu’en cas de litige relatif à l’existence ou au nombre d’heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter à l’appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu’il prétend avoir accomplies afin de permettre à l’employeur d’y répondre utilement en produisant ses propres éléments ; qu’en déboutant le salarié de ses demandes, aux motifs inopérants qu’il n’apportait pas la preuve qu’il ait travaillé les jours fériés cependant qu’elle constatait elle-même qu’il produisait un décompte de ses heures, et ses plannings de travail auquel il appartenait à l’employeur de répondre, la cour d’appel qui n’a **pas respecté le régime probatoire applicable en matière d’heures supplémentaires**, a violé l’article L. 3171-4 du code du travail ;

2°/ qu’en toute hypothèse, dans ses conclusions d’appel, le salarié soutenait qu’il résultait des propres tableaux produits par l’employeur, un reliquat de 12,77 heures supplémentaires non payées pour la période du 1^{er} juin 2016 au 31 mai 2017, et de 168,87 heures pour la période du 1^{er} juin 2017 au 31 mai 2018 (conclusions, p. 13) ; qu’en s’abstenant de répondre aux conclusions déterminantes du salarié sur ce point, la cour d’appel a violé l’article 455 du code de procédure civile. »

Dans un troisième moyen, il fait grief à l’arrêt de le débouter de sa demande de dommages-intérêts pour modification du contrat de travail vers un contrat de nuit et absence de suivi médical renforcé, alors « que le seul constat du non-respect des dispositions protectrices en matière de suivi médical renforcé pour travail de nuit ouvre droit à réparation ; qu’en déboutant le salarié de sa demande d’indemnisation du préjudice d’absence de suivi médical renforcé, au motif qu’il ne démontrait pas la réalité et la consistance de son préjudice, la cour d’appel a violé les articles L. 3122-

1 et L. 3122-11 du code du travail, ensemble l'article 9 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003. »

Dans un quatrième moyen divisé en six branches, il fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes au titre de la résiliation judiciaire, ainsi que du rappel de salaire au titre des mois d'avril, mai, juin et juillet 2019, et de dire que le licenciement est fondé sur une faute grave, alors :

« 1°/ que la cassation à intervenir sur l'un quelconque des premier, deuxième, ou troisième moyens entraînera, par voie de conséquence, celle des chefs de dispositif par lesquels la cour d'appel a débouté le salarié de sa demande de résiliation judiciaire, et jugé que le licenciement était fondé sur une faute grave, en application de **l'article 624 du code de procédure civile** ;

2°/ que constitue un manquement suffisamment grave, justifiant la résiliation du contrat de travail aux torts de l'employeur, l'usage par celui-ci d'une prérogative illicite ; qu'en jugeant que l'employeur n'avait pas commis de manquement suffisamment grave de nature à justifier la résiliation du contrat de travail par M. [Y] en le faisant passer, par application d'une clause du contrat de travail, **d'un horaire de jour à un horaire de nuit**, cependant qu'elle constatait elle-même que "cette [faculté contractuelle de] modification jour/nuit n'est pas légale" (arrêt, p. 6, § 6), la cour d'appel, qui n'a **pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations**, a violé les articles 1134, devenu 1103, et 1184, devenu 1227, du code civil ;

3°/ que l'acceptation par un salarié de la modification de son contrat de travail ne peut résulter ni de l'absence de protestation de celui-ci, ni de la poursuite par l'intéressé de son travail ; qu'en déboutant le salarié de sa demande de résiliation judiciaire tirée de la modification de son contrat de travail en horaire de nuit, aux motifs qu'il avait "exécuté régulièrement sa prestation de travail de nuit, **sans opposition ni réclamation**" (arrêt, p. 6, § 8), la cour d'appel a **violé** les articles 1134, devenu 1103, et 1184, devenu 1227, du code civil ;

4°/ que le refus persistant de l'employeur d'appliquer les dispositions du contrat de travail constitue un manquement suffisamment grave, empêchant la poursuite du contrat de travail ; qu'en jugeant que le manquement tiré de ce que M. [Y] [P] avait dû travailler de nuit n'était pas suffisamment grave car les manquements étaient anciens, **sans rechercher, ainsi qu'il lui était demandé**, (conclusions p. 17 et 18 in fine), si la gravité du manquement ne résultait pas de sa persistance, jusqu'au jour de la demande de résiliation, la cour d'appel, a privé sa décision de base légale au regard 1134, devenu 1103, et 1184, devenu 1227, du code civil, ensemble l'article L. 1231-1 du code du travail ;

5°/ qu'une rétrogradation, qui constitue un manquement grave de l'employeur, s'analyse en une modification du contrat de travail, que le salarié peut valablement refuser, peu important qu'elle ne s'accompagne pas, par ailleurs, d'une diminution de la rémunération ; qu'en déboutant le salarié de sa demande de résiliation judiciaire, aux motifs que "la preuve de la réalité de la modification des fonctions de Monsieur [Y] [P] n'était pas établie, faute pour celui-ci d'avoir rejoint sa nouvelle affectation" et que "le maintien de la rémunération et du salaire contredisent que la modification était réelle" (arrêt, p. 7, § 1), la cour d'appel s'est prononcée par des **motifs impropres** à exclure

une modification du contrat de travail du salarié et a ainsi privé sa décision de base légale au regard des articles 1134, devenu 1103 et 1184, devenu 1227, du code civil ;

6°/ que le salarié soutenait que la résiliation du contrat de travail était justifiée par l'absence de suivi médical régulier (conclusions, p. 31) ; qu'en déboutant le salarié de ses demandes de résiliation judiciaire, sans répondre à ses conclusions sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile. »

Dans un cinquième et dernier moyen divisé en deux branches, il fait grief à l'arrêt de dire que le licenciement est fondé sur une faute grave, alors :

« 1°/ que le refus par un salarié de reprendre le travail peut être légitimé par un manquement de l'employeur à ses obligations ; qu'en jugeant que le salarié avait commis une faute grave en ne reprenant pas son travail, sans rechercher si le fait d'imposer au salarié un travail de nuit, manquement dont elle constatait par ailleurs l'existence, ne justifiait pas le refus du salarié de reprendre son travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail ;

2°/ que l'acceptation par le salarié de la modification de son contrat de travail ne se présume pas et ne peut résulter de la seule poursuite par lui de l'exécution du contrat de travail ; qu'en jugeant que le licenciement était fondé sur une faute grave, aux motifs réputés adoptés que "le salarié a déjà travaillé de nuit en novembre 2017. Il est de fait que Monsieur [Y] [P] [K] n'a jamais contesté ce principe par le passé" (jugement, p. 7), la cour d'appel et a violé les articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Remboursement de frais de transports personnels pour les trajets domicile - lieux de travail.

Préjudice résultant de l'absence de suivi médical pour un travailleur de nuit.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. Sur le premier moyen, relatif aux frais de déplacement

Nous savons que les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être remboursés sans qu'ils puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due (Soc., 1^{er} mars 2000, pourvoi n° 97-44.700, 97-44.856), à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire (Soc., 25 mars 2010, pourvoi n° 08-43.156, Bull. 2010, V, n° 76).

Dans l'hypothèse où le contrat de travail prévoirait le versement d'une somme forfaitaire, la rémunération du salarié, déduction faite des frais professionnels, doit demeurer supérieure au salaire légal ou conventionnel minimum et la somme forfaitaire

ne doit pas être manifestement disproportionnée au regard du montant réel des frais engagés (Soc., 20 juin 2013, pourvoi n° 11-23.071, Bull. 2013, V, n° 162 ; Soc., 6 novembre 2013, pourvoi n° 12-21.877).

La loi organise la prise en charge, par l'employeur, des frais de transports engagés par les salariés entre leur résidence habituelle et leur lieu de travail.

Tandis que l'article L. 3261-2 du code du travail institue une obligation de prise en charge des frais de transports publics, l'article L. 3261-3 n'instaure qu'une faculté pour l'employeur de prendre en charge les frais de transports personnels.

En effet, aux termes de l'article L. 3261-3 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019, « *L'employeur peut prendre en charge, dans les conditions prévues à l'article L. 3261-4, tout ou partie des frais de carburant engagés pour leurs déplacements entre leur résidence habituelle et leur lieu de travail par ceux de ses salariés :*

1° Dont la résidence habituelle ou le lieu de travail est situé en dehors de la région d'Ile-de-France et d'un périmètre de transports urbains défini par l'article 27 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

2° Ou pour lesquels l'utilisation d'un véhicule personnel est rendue indispensable par des conditions d'horaires de travail particuliers ne permettant pas d'emprunter un mode collectif de transport.

Dans les mêmes conditions, l'employeur peut prendre en charge les frais exposés pour l'alimentation de véhicules électriques ou hybrides rechargeables et permettre la recharge desdits véhicules sur le lieu de travail.

Le bénéfice de cette prise en charge ne peut être cumulé avec celle prévue à l'article L. 3261-2. »

Les modalités de cette prise en charge sont prévues aux articles R. 3261-11 et suivants du code du travail.

L'article R. 3261-15 envisage l'hypothèse particulière des salariés qui exercent leur activité sur plusieurs lieux de travail.

Aux termes de ce texte, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2020-541 du 9 mai 2020, « *Le salarié qui exerce son activité sur plusieurs lieux de travail au sein d'une même entreprise qui n'assure pas le transport entre ces différents lieux et entre ces lieux et la résidence habituelle du salarié peut prétendre à la prise en charge des frais de carburant ou d'alimentation électrique d'un véhicule engagés lui permettant de réaliser l'ensemble des déplacements qui lui sont imposés entre sa résidence habituelle et ses différents lieux de travail, ainsi qu'entre ces lieux de travail. »*

Notre chambre a eu l'occasion de statuer sur ces dispositions, notamment à l'aune de la qualification de frais professionnels :

- Soc., 27 mars 2019, pourvoi n° 17-19.333 :

« Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [H...] a été engagé le 6 septembre 2011 en qualité d'agent de sécurité par la société [G...] sécurité prévention, anciennement dénommée [G...] sécurité intervention ; que contestant son licenciement, il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en paiement des frais de déplacement, l'arrêt retient qu'au soutien de sa réclamation, fondée sur les déplacements entre son domicile et le lieu de travail et non entre deux lieux de travail, l'intéressé n'invoque pas de dispositions conventionnelles, lesquelles ne prévoient une indemnisation à ce titre qu'au profit des agents aéroportuaires de sécurité et des agents de sécurité cynophile, catégories professionnelles dont il ne prétend pas relever mais les

dispositions des articles R. 3261-10 à 15 du code du travail, qu'or selon les dispositions de l'article L. 3261-3 du même code, sur la base desquelles ont été adoptées les dispositions revendiquées, l'indemnisation de ces frais ne constitue pas une obligation mais une simple faculté, que le salarié ne se prévaut d'aucune stipulation contractuelle ou encore engagement unilatéral en vertu duquel l'employeur serait tenu de tout ou partie de ces frais ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le salarié exerçait son activité sur plusieurs lieux de travail, la cour d'appel, qui n'a pas répondu au moyen soutenu par l'intéressé selon lequel il exposait des frais de déplacement pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de son employeur, n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ; »

- Soc., 6 janvier 2021, pourvoi n° 19-18.168 :

« 4. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de remboursement des frais de déplacement engagés par lui pour se rendre sur les différents sites sur lesquels il travaillait, alors « que les frais qu'un salarié expose pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être remboursés en sus de la rémunération qui lui est due ; que le salarié qui exerce son activité sur plusieurs lieux de travail au sein d'une même entreprise qui n'assure pas le transport entre ces différents lieux et entre ces lieux et la résidence habituelle du salarié peut prétendre à la prise en charge des frais de carburant engagés à l'effet de lui permettre de réaliser ces différents déplacements ; qu'en lui refusant, alors qu'il travaille sur différents sites, le remboursement des frais de carburant engagés à l'effet d'aller de son domicile à ces différents sites, la cour d'appel a violé par refus d'application l'article R. 3261-15 du code du travail, ensemble le principe selon lequel les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur. »

Réponse de la Cour

5. Il résulte des articles L. 3261-3 et R. 3261-15 du code du travail, d'une part, que l'employeur peut prendre en charge tout ou partie des frais de carburant engagés pour leurs déplacements entre leur résidence habituelle et leur lieu de travail par les salariés lorsque l'utilisation du véhicule personnel est rendue indispensable, soit par l'absence de moyens de transports collectifs, soit par des conditions d'horaires de travail particuliers ne permettant pas d'emprunter un mode collectif de transport et, d'autre part, que le salarié qui exerce son activité sur plusieurs lieux de travail au sein d'une même entreprise qui n'assure pas le transport entre ces différents lieux et entre ces lieux et la résidence habituelle du salarié peut prétendre à la prise en charge des frais de carburant lui permettant de réaliser l'ensemble des déplacements qui lui sont imposés entre sa résidence habituelle et ses différents lieux de travail, ainsi qu'entre ces lieux de travail.

6. Ayant relevé que le salarié se rendait quotidiennement à partir de son domicile sur ses différents lieux de travail sans passer par le siège social de l'agence et fait ainsi ressortir que les frais de déplacements dont il sollicitait le remboursement n'étaient pas des frais professionnels, la cour d'appel en a exactement déduit qu'en l'absence de dispositions contractuelles ou d'engagement unilatéral le prévoyant, l'employeur n'était pas tenu de prendre en charge les frais de carburant engagés par l'intéressé pour ses déplacements entre sa résidence habituelle et son lieu de travail.

7. Le moyen n'est donc pas fondé. »

Par ailleurs, nous pouvons rappeler qu'aux termes de l'article L. 3121-4 du code du travail, « Le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif.

Toutefois, s'il dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, il fait l'objet d'une contrepartie soit sous forme de repos, soit sous forme financière. La part de ce temps de déplacement professionnel coïncidant avec l'horaire de travail n'entraîne aucune perte de salaire. »

Le temps de trajet qui dépasse le temps normal de trajet ouvre droit à une contrepartie financière dont, en l'absence d'accord collectif ou d'engagement unilatéral de

l'employeur, il appartient au juge de fixer le montant (Soc., 14 novembre 2012, pourvoi n° 11-18.571, Bull. 2012, V, n° 295).

Pour des exemples illustrant la distinction susvisée entre frais de déplacement et temps de trajet, entre le domicile du salarié et son lieu de travail, voir :

- Soc., 1^{er} mars 2000, pourvois n° 97-44.700, précité :

« Attendu que M. [X...], engagé en décembre 1988 par la société Sécurité, interventions, gardiennage (SIG) international, entreprise de télésurveillance et de téléalarme, en qualité d'agent de sécurité, a saisi en mars 1995 le conseil de prud'hommes pour obtenir de son employeur le paiement d'indemnités de déplacement et de diverses sommes à titre de rémunération ; qu'il a été licencié en octobre 1996 ;

Sur le moyen unique du pourvoi de la société :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt attaqué (Limoges, 1^{er} septembre 1997) de l'avoir condamnée à payer à M. [X...] une somme à titre de **frais de déplacement**, alors, selon le moyen, d'une part, que, à défaut de dispositions légales, conventionnelles ou de la preuve d'un usage, l'employeur n'est pas tenu de prendre en charge les frais de déplacement du salarié entre le lieu de son domicile et le lieu de son travail ; que l'arrêt, qui reconnaît lui-même que ni le contrat de travail de l'intéressé ni la convention collective applicable ne prévoient l'attribution de frais de déplacement correspondant au trajet effectué par le salarié pour se rendre sur le lieu de son travail, lequel s'exécute sur les lieux à surveiller, et se borne à affirmer l'existence d'un usage sans l'établir ni constater un versement à ce titre présentant des caractères de constance, fixité, généralité, a violé l'article 1134 du Code civil ; alors, d'autre part, que l'arrêt attaqué, qui, en l'absence de tout décompte précis et de justificatifs fournis par le salarié, procède à une augmentation importante de l'indemnité allouée par le premier juge, laquelle correspondait exactement à la demande initialement faite par le salarié, a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel a fait ressortir que les frais avancés par M. [X...] pour ses déplacements professionnels étaient inhérents à l'emploi et qu'exposés pour le compte de l'entreprise, ils devaient être indemnisés par elle ; que le moyen n'est pas fondé ; ».

- Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-20.155 :

« Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner au paiement d'une somme au titre de la contrepartie financière du **temps de trajet**, alors, selon le moyen :

1°/ que le temps normal de trajet entre le domicile du salarié et le lieu habituel de travail ne bénéficie d'aucune contrepartie ; que l'employeur est par ailleurs en droit de modifier le lieu habituel de travail du salarié à l'intérieur du même secteur géographique objectif ; qu'en allouant à M. [X...] une contrepartie financière au titre du déplacement professionnel de son domicile à l'établissement de [Localité 10], dont elle constatait qu'il était devenu son lieu habituel de travail à compter du 1^{er} janvier 2009, aux termes de motifs inopérants, pris d'une modification par l'employeur de ce lieu de travail habituel, génératrice d'un "allongement sensible" de son temps de trajet la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 3121-4 du code du travail ;

2°/ subsidiairement que le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail ne constitue pas un temps de travail effectif ; que seul le temps de trajet dépassant le temps normal du trajet d'un travailleur se rendant de son domicile à son lieu de travail habituel doit faire l'objet d'une contrepartie financière ou sous forme de repos ; qu'en allouant à M. [X...] une telle contrepartie financière aux termes de motifs inopérants, pris de ce que le déplacement par l'employeur de son lieu habituel de travail d'[Localité 7] à [Localité 10] à compter du 1^{er} janvier 2009 était générateur d'un "allongement sensible" de son temps de trajet, sans rechercher si le trajet entre le domicile de M. [X...] et le site de [Localité 10] dérogeait au temps normal de trajet d'un travailleur se rendant de son domicile à son lieu de travail habituel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3121-4 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant constaté qu'à la suite de la décision de l'employeur de modifier le lieu habituel du travail, le trajet entre ce lieu et le domicile du salarié s'était sensiblement allongé, la cour d'appel qui a retenu que cet allongement entraînait un dépassement du temps normal de trajet d'un travailleur se rendant de son domicile à son lieu habituel de travail, en a exactement déduit que l'intéressé était fondé à bénéficier d'une contrepartie financière ; que le moyen n'est pas fondé ; ».

Pour un exemple illustrant la distinction dans les frais exposés entre, d'une part, le domicile du salarié et son lieu de travail, d'autre part, deux lieux de travail, voir Soc., 12 février 2015, pourvoi n° 13-21.975 :

« Attendu, selon le jugement attaqué rendu en dernier ressort, que Mme [X...] a été engagée par l'oeuvre de perfectionnement de la Loire en qualité de psychomotricienne ; que le contrat ayant été transféré à l'association PEP de la Loire, la salariée était, en dernier lieu, affectée sur deux établissements distincts, l'un situé à [Localité 6] et l'autre à [Localité 9] ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement de frais exposés pour effectuer le trajet entre ces deux établissements ainsi qu'en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes, le jugement retient que les dispositions contractuelles ne prévoient pas la prise en charge par l'association des frais de carburant engagés pour les déplacements **entre la résidence habituelle de la salariée et ses différents lieux de travail**, et que l'intéressée n'apporte pas la preuve d'un engagement de cette dernière de rembourser ses frais de déplacement pour se rendre à [Localité 9] ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la salariée demandait le remboursement de frais exposés pour le trajet **entre les deux établissements auxquels elle était affectée**, le conseil de prud'hommes a méconnu l'objet du litige dont il était saisi ; ».

Notre chambre a récemment retenu que des frais exposés pour les besoins de l'activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur, non assimilés à un trajet habituel domicile - lieu de travail en termes de distance, et non de durée, ouvraient droit à remboursement. Voir :

- Soc., 23 janvier 2019, pourvoi n° 17-19.779 :

« Attendu que l'employeur fait grief au jugement de le condamner à payer au salarié une certaine somme au titre du remboursement de frais professionnels de déplacement alors, selon le moyen :

1°/ que dans ses conclusions écrites, reprises à l'audience, M. [X...] a sollicité le versement d'une somme à titre de remboursement de frais professionnels de déplacement sur le fondement des dispositions de l'article R. 3262-10 du code du travail qui ouvrent droit "à la prise en charge des titres de transport" du salarié par son employeur ; que la demande du salarié consistait ainsi en la prise en charge de frais de titres de transports publics ; qu'en décidant néanmoins d'accorder au salarié la somme de 2 865 euros nets au titre du remboursement de frais professionnels de déplacement sur le fondement de l'article R. 3262-15 du code du travail qui est afférent "à la prise en charge des frais de carburant ou d'alimentation électrique d'un véhicule", le conseil de prud'hommes a méconnu les termes du litige et violé l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en application des **articles L. 3261-3 et R. 3261-15 du code du travail** la prise en charge par l'employeur des frais de carburant engagés par le salarié pour les déplacements entre le lieu de sa résidence habituelle et son lieu de travail, ou lorsque le salarié exerce son activité sur plusieurs lieux de travail au sein d'une même entreprise qui n'assure pas le transport entre ces différents lieux, constitue une simple faculté pour l'employeur et non une obligation ; qu'en décidant au contraire que le salarié disposait d'un droit au remboursement des frais de carburant utilisés avec son véhicule personnel pour se rendre sur ses lieux de travail, le conseil de prud'hommes a violé les articles L. 3261-3 et R. 3261-15 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant constaté que le contrat de travail spécifiait que le salarié était rattaché au siège d'Orthez de la société et que l'intéressé avait toujours été affecté à des sites variés dont la distance était très supérieure à la distance entre son domicile et le siège de la société et relevé que les nombreux déplacements de courte durée mais à des distances considérables du siège de l'employeur ne permettaient pas l'utilisation des transports en commun, le conseil de prud'hommes, qui a fait ressortir que les déplacements du salarié, inhérents à son emploi, étaient effectués pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur et a retenu, à bon droit, qu'ils ne pouvaient être assimilés à des trajets habituels domicile-travail, en a exactement déduit qu'ils devaient être indemnisés ; que le moyen, qui, en sa première branche, manque par le fait qui lui sert de base, n'est pas fondé ; »

Cet arrêt a été ainsi commenté à la Revue de jurisprudence sociale de 2019, n° 216 :

« 1° La prise en charge par l'employeur des frais professionnels exposés par ses salariés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur constitue une obligation (Cass. soc. 25-2-1998 n° 95-44.096 PBR : RJS 4/98 n° 464 ; Cass. soc. 9-1-2001 n° 98-44.833 F-P : RJS 5/01 n° 604 ; Cass. soc. 10-11-2004 n° 02-41.881 F-PB : RJS 3/05 n° 275).

S'agissant des frais de transport domicile-travail, la prise en charge par l'employeur des frais exposés par le salarié qui utilise son véhicule personnel est en revanche facultative (C. trav. art. L 3261-3). Il en est de même pour les frais engagés par le salarié exerçant son activité sur plusieurs lieux de travail au sein d'une même entreprise qui n'assure pas le transport entre ces différents lieux et entre ces lieux et la résidence habituelle du salarié (C. trav. art. R 3261-15).

Se prévalant de ces dispositions, une entreprise contestait le droit, reconnu à un salarié par les juges du fond, au remboursement des frais de carburant de son véhicule personnel utilisé pour se rendre sur ses lieux de travail.

Le pourvoi est rejeté. La Cour de cassation approuve le conseil de prud'hommes qui, ayant constaté que le salarié était rattaché contractuellement au siège de la société mais affecté sur des sites variés dont la distance était très supérieure à celle domicile-siège et ne permettait pas l'utilisation des transports en commun, avait retenu que ces déplacements étaient inhérents à son emploi, effectués pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur et en avait déduit qu'ils ne pouvaient pas être assimilés à des trajets habituels domicile-travail et devaient être indemnisés. »

- Soc., 6 juillet 2022, pourvoi n° 21-11.165 :

« 4. La cour d'appel a, d'abord, énoncé, à bon droit, que les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être remboursés sans qu'ils ne puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins, d'une part, qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et, d'autre part, que la rémunération reste au moins égale au SMIC ou au minimum conventionnel, ces deux conditions étant cumulatives.

5. Elle a, ensuite, constaté que le contrat de travail n'était pas formalisé par un écrit.

6. Elle a, enfin, relevé que le salarié, domicilié à [Localité 4], en Loire-Atlantique, avait été affecté par son employeur sur différents sites à [Localité 3] à compter de septembre 2014 à hauteur de soixante-dix-sept vacations, en 2015 à hauteur de soixante-dix-sept vacations et en 2016 à hauteur de cinquante vacations, et qu'il avait parcouru pour chaque vacation cent-quarante-et-un kilomètres, faisant ressortir, en l'état des déclarations reprises par l'employeur, selon lesquelles l'intéressé était amené à utiliser sa voiture personnelle en partant de son domicile sans passer par l'établissement de [Localité 5], que la distance que celui-ci parcourait jusqu'à ces lieux d'exécution du contrat de travail était très supérieure à la distance entre son domicile et l'établissement dont il dépendait et ne pouvait être assimilée à un trajet habituel domicile-lieu de travail.

7. Elle a pu en déduire, sans être tenue de faire application des dispositions des articles L. 3261-3 et R. 3261-15 du code du travail, que le salarié avait exposé des frais pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur et a exactement décidé, en l'absence de dispositions conventionnelles ou contractuelles le prévoyant, qu'ils devaient être indemnisés par l'allocation d'une somme qu'elle a souverainement évaluée sur la base du barème fiscal.

8. Le moyen n'est donc pas fondé. »

En l'espèce, la cour d'appel a statué comme suit sur la demande au titre des frais de déplacement :

« La cour observe en premier lieu que le contrat de travail ne comporte pas de disposition concernant la prise en charge de ses frais.

La cour observe également que la demande du salarié consiste exclusivement en remboursement sur la base d'indemnité kilométrique des trajets entre son domicile et son lieu d'affectation.

Il est constant que les frais professionnels doivent être supportés par l'employeur.

Le temps de trajet entre le domicile et le lieu de travail n'est pas considéré comme du temps de travail effectif. Dès lors, aucune compensation salariale n'est imposée à l'employeur.

Cependant, à l'occasion d'un déplacement professionnel, le temps de trajet peut dépasser le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail.

Monsieur [Y] [P] ne démontre pas en quoi son temps de trajet travail domicile a dépassé le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, étant au surplus retenu que son contrat de travail définissait sa zone géographique d'intervention.

En conséquence, la Cour rejette le manquement invoqué et la demande au titre des frais de déplacement. »

Le salarié lui reproche :

* première branche (violation de la loi) : d'avoir statué par des motifs inopérants tirés de l'absence de démonstration de ce que son temps de trajet entre ses lieux de travail et son domicile avait dépassé le temps normal de trajet,

* seconde branche (manque de base légale) : de ne pas avoir recherché, comme il le lui avait demandé, s'il n'était pas conduit à exercer des vacations sur plusieurs lieux de travail, exposant ainsi des frais pour les besoins de son activité professionnelle, et pouvait, en conséquence, obtenir remboursement des frais de carburant.

Dans son mémoire en défense, l'employeur soutient que la première branche est inopérante, dès lors que la demande du salarié portait exclusivement sur le remboursement, sur la base d'indemnités kilométriques, des trajets entre son domicile et le lieu d'affectation, et que le contrat de travail ne comportait aucune disposition concernant la prise en charge de ces frais et que la seconde branche est mal fondée, dès lors que la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante.

Notre chambre devra se prononcer sur les mérites de ce moyen à la lumière des éléments qui précèdent.

4.2. Sur le deuxième moyen, relatif aux heures supplémentaires et au travail dissimulé

La loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 ayant institué l'article L. 212-1-1, devenu L. 3171-4, du code du travail a mis en place un système de preuve partagée entre les parties, rompant ainsi avec les règles de preuve issues de l'article 1315, devenu 1353, du code civil.

Aux termes de l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable.

Notre chambre a fait évoluer ce système.

Par deux arrêts rendus en 2004, elle a instauré un mécanisme probatoire en deux temps. En effet, elle a décidé, sans faire peser sur le salarié la charge de la preuve, que ce dernier devait à tout le moins produire des éléments de nature à étayer sa demande, puis, lorsque la demande était étayée, qu'il pouvait être tenu compte de la carence de l'employeur dans l'administration de la preuve (Soc., 25 février 2004, pourvoi n° 01-45.441, Bull. 2004, V, n° 62 ; Soc., 24 mars 2004, pourvoi n° 01-43.875, Bull., 2004, V, n° 96).

Par l'arrêt Soc., 24 novembre 2010, pourvoi n° 09-40.928, Bull. 2010, V, n° 266, notre chambre a précisé, sur l'étalement, « *qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments* ; »

Il s'agissait, comme cela a été expliqué dans le rapport annuel de la Cour en 2010, pour le salarié, d'apporter des éléments, non de preuve, mais factuels, pouvant être établis unilatéralement par ses soins et revêtant un minimum de précision afin que l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail accomplies, puisse y répondre utilement.

Cette décision a, au surplus, introduit le contrôle, par notre chambre, de l'étalement de la demande, lequel a finalement été abandonné en 2016 (Soc., 13 janvier 2016, pourvoi n° 14-17.915 ; Soc., 5 juillet 2017, pourvoi n° 16-15.609 ; Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 17-10.630 ; Soc., 6 février 2019, pourvoi n° 17-27.983 ; Soc., 12 février 2020).

Depuis un arrêt rendu en plénière de chambre, Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-10.919, en cours de publication, par lequel nous avons abandonné l'obligation pour le salarié d'étayer sa demande, les juges doivent « *apprécier les éléments produits par le salarié à l'appui de sa demande au regard de ceux produits par l'employeur et ce afin que les juges, dès lors que le salarié a produit des éléments factuels revêtant un minimum de précision, se livrent à une pesée des éléments de preuve produits par l'une et l'autre des parties*, ce qui est en définitive la finalité du régime de preuve partagée. » (note explicative).

Dans un article intitulé « Le régime de la preuve des heures supplémentaires (évolution de jurisprudence) », *La semaine juridique social*, n° 22, 2 juin 2020, 2036, M. le président Frouin a proposé les observations suivantes sur l'articulation du régime probatoire issu de la décision du 18 mars 2020 et la précision des éléments attendus du salarié :

« *Une interrogation est ici incontournable : s'il advenait que le salarié ne présente pas d'éléments suffisamment précis à l'appui de sa demande, se pourrait-il que le juge du fond écarte la demande sans*

même confronter ces éléments à ceux produits par l'employeur ? Une réponse affirmative laisserait supposer que l'étalement, pourtant abandonné, peut réapparaître subrepticement et qu'au fond l'évolution de jurisprudence est toute relative, ce qui ne paraît pas correspondre au sens véritable de l'arrêt dans sa combinaison avec l'arrêt de la CJUE qui l'a inspiré. Il est manifeste, et cela est rappelé dans la note explicative, que les éléments suffisamment précis mentionnés dans l'arrêt se comprennent des « éléments factuels revêtant un minimum de précision ».

Or, il est bien rare aujourd'hui qu'un salarié qui demande le paiement d'heures supplémentaires ne présente pas au soutien de sa demande des éléments factuels revêtant un minimum de précision. Dans la plupart des cas, en effet, le salarié produit des éléments suffisamment précis. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'arrêt du 18 mars 2020 et c'est, nous semble-t-il, le message envoyé aux juges du fond.

Par suite, à la question précédemment posée, deux réponses peuvent être envisagées : soit, ne pourrait être écartée (à l'avenir) comme ne comportant pas d'éléments suffisamment précis qu'une demande informelle, très fantaisiste ou manifestement invraisemblable ; soit aucune demande ne pourrait être écartée d'emblée de ce chef (au titre d'éléments insuffisamment précis) mais le serait, dans l'hypothèse d'une demande informelle, fantaisiste ou manifestement invraisemblable, à l'issue de sa confrontation avec les éléments produits par l'employeur, ce qui laisse subsister le cas où une demande très vague dans sa présentation rencontrerait une carence totale de l'employeur.

Ce qui paraît certain, en tout cas, avec l'arrêt du 18 mars 2020, c'est que le risque de la preuve, inhérent à tout système de preuve partagée, a changé de camp : il pesait sur le salarié avec les arrêts de 2004 et 2010. Il pèse désormais sur l'employeur ; ce qui n'est pas en soi critiquable dès l'instant que c'est celui-ci qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, comme l'a rappelé la Cour de justice de l'Union européenne. »

Notre chambre a précisé, dans un arrêt rendu également en plénière de chambre, Soc., 27 janvier 2021, pourvoi n° 17-31.046, en cours de publication, nos attentes sur la motivation des juges du fond en décidant que fait peser sur le seul salarié et viole l'article L. 3171-4 du code du travail, la cour d'appel qui, pour rejeter la demande au titre des heures supplémentaires, retient que le décompte produit est insuffisamment précis en ce qu'il ne précise pas la prise éventuelle d'une pause méridienne, alors qu'il résultait de ses constatations, d'une part, que le salarié présentait des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre, d'autre part, que ce dernier ne produisait aucun élément de contrôle de la durée du travail.

En l'espèce, la cour d'appel a statué comme suit sur les demandes relatives aux heures supplémentaires et au travail dissimulé :

« En l'espèce, le salarié produit un tableau récapitulatif reconstitué a posteriori notant les heures travaillées par semaine, aux colonnes peu intelligibles. Il se prévaut également des plannings produits. Il en déduit des totaux, qu'il envisage aux termes de ses dernières écritures à l'année.

L'employeur conteste à juste titre que les jours fériés puissent être comptabilisés comme du temps de travail effectif, le salarié n'apportant pas d'élément sur le fait qu'il ait travaillé sur ces périodes. L'employeur énonce justement que le salarié a été réglé des heures réalisées en sus du contingent annuel, ce qui est établi par les bulletins de salaire de mai 2017 et 2018.

Le manquement au titre des heures supplémentaires non rémunérées doit être écarté, de même que celui qui serait né d'un travail dissimulé en ce qu'il en est la conséquence directe. Les demandes de rappel de salaire et d'indemnités (pour travail dissimulé et non paiement intégral) sont rejetées. »

Le salarié lui reproche :

* première branche (violation de la loi) : de ne pas avoir respecté le mécanisme probatoire des heures supplémentaires en retenant qu'il n'apportait pas la preuve d'un travail durant les jours fériés alors qu'elle constatait elle-même qu'il produisait un

décompte de ses heures et ses plannings de travail auquel il appartenait à l'employeur de répondre,

* seconde branche (défaut de réponse à conclusions) : de ne pas avoir répondu au moyen qu'il invoquait selon lequel il résultait des propres tableaux produits par l'employeur un reliquat de 12,77 heures supplémentaires non payées pour la période du 1^{er} juin 2016 au 31 mai 2017, et de 168,87 heures pour la période du 1^{er} juin 2017 au 31 mai 2018.

Dans son mémoire en défense, l'employeur soutient que la première branche est inopérante, dès lors qu'en retenant que le salarié avait été rempli de ses droits, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision, et qu'elle est mal fondée, dès lors qu'elle a considéré que le salarié ne produisait pas d'éléments suffisamment précis. Il estime que la seconde branche manque en fait.

Notre chambre devra dire si le moyen est fondé.

4.3. Sur le troisième moyen, relatif aux dommages-intérêts pour modification unilatérale du contrat de travail (travail de nuit) et absence de suivi médical renforcé

Selon l'article 2 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, intitulé « Définitions », est travailleur de nuit :

« a) d'une part, tout travailleur qui accomplit durant la période nocturne au moins trois heures de son temps de travail journalier accomplies normalement;
b) d'autre part, tout travailleur qui est susceptible d'accomplir, durant la période nocturne, une certaine partie de son temps de travail annuel, définie selon le choix de l'État membre concerné:
i) par la législation nationale, après consultation des partenaires sociaux, ou
ii) par des conventions collectives ou accords conclus entre partenaires sociaux au niveau national ou régional; »

En droit interne :

- aux termes de l'article L. 3122-2 du code du travail, « Tout travail effectué au cours d'une période d'au moins neuf heures consécutives comprenant l'intervalle entre minuit et 5 heures est considéré comme du travail de nuit.

La période de travail de nuit commence au plus tôt à 21 heures et s'achève au plus tard à 7 heures. »

- aux termes de l'article L. 3122-5 du même code, « Le salarié est considéré comme travailleur de nuit dès lors que :

1° Soit il accomplit, au moins deux fois par semaine, selon son horaire de travail habituel, au moins trois heures de travail de nuit quotidiennes ;

2° Soit il accomplit, au cours d'une période de référence, un nombre minimal d'heures de travail de nuit au sens de l'article L. 3122-2, dans les conditions prévues aux articles L. 3122-16 et L. 3122-23. »

Selon l'article 9 de la directive 2003/88/CE susvisée, intitulé « Évaluation de la santé et transfert au travail de jour des travailleurs de nuit », « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les travailleurs de nuit bénéficient d'une évaluation gratuite de leur santé, préalablement à leur affectation et à intervalles réguliers par la suite; » (1. a)).

En droit interne :

- aux termes de l'article L. 3122-11 du code du travail, « *Tout travailleur de nuit bénéficie d'un suivi individuel régulier de son état de santé dans les conditions fixées à l'article L. 4624-1.* »

- selon l'article L. 4624-1 du même code, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2021-1018 du 2 août 2021, « *Tout travailleur de nuit bénéficie d'un suivi individuel régulier de son état de santé. La périodicité de ce suivi est fixée par le médecin du travail en fonction des particularités du poste occupé et des caractéristiques du travailleur, selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'Etat.* » (alinéa 7)

Les modalités du suivi de l'état de santé des travailleurs de nuit sont organisées aux articles R. 3122-11 et suivants ainsi que R. 4624-1 et suivants du code du travail.

Notamment, aux termes de l'article R. 4624-18 du code du travail, « *Tout travailleur de nuit mentionné à l'article L. 3122-5 et tout travailleur âgé de moins de dix-huit ans bénéficie d'une visite d'information et de prévention réalisée par un professionnel de santé mentionné au premier alinéa de l'article L. 4624-1 préalablement à son affectation sur le poste.* »

Par ailleurs, aux termes de l'article 1231-1 du code civil, « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.* »

Les juges du fond justifient l'existence du préjudice par l'évaluation qu'ils en font, sans être tenus d'en préciser les divers éléments (Ass. plén., 26 mars 1999, pourvoi n° 95-20.640, Bull. 1999, Ass. plén., n° 3 ; Ch. mixte., 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-22.981, Bulletin civil 2002, Ch. mixte, n° 4 ; et pour un exemple de notre chambre, Soc., 10 février 2016, pourvoi n° 14-13.482).

Notre chambre a abandonné récemment la notion de préjudice nécessaire : « *Mais attendu que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; que le conseil de prud'hommes, qui a constaté que le salarié n'apportait aucun élément pour justifier le préjudice allégué, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;* » (Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28.293, Bull. 2016, V, n° 72).

Le pouvoir souverain des juges du fond a été rappelé notamment pour des demandes de réparation de préjudices résultant :

- de manquements d'employeurs à leur obligation de sécurité (Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-18.517 ; Soc., 20 septembre 2017, pourvoi n° 15-24.999 ; Soc., 9 décembre 2020, pourvoi n° 19-13.470, en cours de publication ; Soc., 12 mai 2021, pourvoi n° 20-14.507),

- de l'absence de visite médicale (Soc., 7 mars 2018, pourvoi n° 16-21.529 ; Soc., 7 mars 2018, pourvoi n° 16-21.530 ; Soc., 4 septembre 2019, pourvoi n° 16-19.137), d'embauche (Soc., 23 mai 2017, pourvoi n° 16-12.251 ; Soc., 5 avril 2018, pourvoi n° 16-16.573 ; Soc., 9 mai 2019, pourvoi n° 18-14.072 ; Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 19-10.631), périodique (Soc., 13 juin 2018, pourvoi n° 17-13.588), ou de reprise (Soc., 4 mai 2017, pourvoi n° 15-19.334 ; Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-15.922), ainsi que d'organisation tardive d'une visite de reprise (Soc., 17 mai 2016, pourvoi n° 14-23.138),

- d'un défaut de double examen en cas d'inaptitude physique du salarié (Soc., 23 mai 2017, pourvoi n° 15-26.941, Bull. 2017, V, n° 94 ; Soc., 22 septembre 2021, pourvoi n° 19-17.046, en cours de publication).

Voir notamment cet arrêt, Soc., 27 juin 2018, pourvoi n° 17-15.438, qui concernait un travailleur de nuit :

« Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande indemnitaire au titre de l'absence de visite médicale d'embauche, alors, selon le moyen, qu'en déboutant le salarié de sa demande indemnitaire au titre de l'absence de visite médicale d'embauche, au motif qu'il ne justifiait pas du préjudice qui en serait résulté pour lui, sans s'expliquer, comme elle y était invitée, sur la qualité de travailleur de nuit du salarié, imposant une surveillance médicale renforcée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 3122-42 et R. 3122-18 et suivants du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige ;

Mais attendu que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; que la cour d'appel, ayant constaté que s'il n'était pas contesté par l'employeur que le salarié n'avait pas bénéficié d'une visite médicale d'embauche, ce dernier ne justifiait pas, toutefois, du préjudice qui en serait résulté pour lui ; que le moyen n'est pas fondé ; »

Cet arrêt a ainsi été commenté à la Revue de jurisprudence sociale de 2018, n° 609 :

« Un salarié reprochait à son employeur de ne pas avoir organisé une visite médicale obligatoire. La cour d'appel l'avait débouté de sa demande de dommages et intérêts au motif qu'il ne justifiait pas du préjudice qui serait résulté pour lui de l'absence d'organisation de la visite médicale. La Cour de cassation confirme cette analyse, en se fondant sur le principe selon lequel l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

La Haute Cour confirme ainsi l'abandon de sa jurisprudence antérieure, en vertu de laquelle le manquement de l'employeur à son obligation d'organiser une visite médicale cause nécessairement au salarié un préjudice, dont il doit être indemnisé (voir notamment : Cass. soc. 13-12-2006 n° 05-44.580 FS-PB : RJS 2/07 n° 293 ; Cass. soc. 5-10-2010 n° 09-40.913 F-D : RJS 12/10 n° 941). Elle transpose ainsi au domaine de la surveillance médicale des salariés l'abandon de la notion de préjudice nécessaire, résultant d'un arrêt de revirement de 2016 (Cass. soc. 13-4-2016 n° 14-28.293 FS-PBR : RJS 6/16 n° 423). Le salarié ne peut obtenir des dommages et intérêts qu'à condition de prouver que le manquement de l'employeur lui a causé un préjudice.

Bien que rendue à propos de la visite médicale d'embauche qui, depuis le 1^{er} janvier 2017, a été remplacée, pour la plupart des salariés, par une simple visite d'information et de prévention, la solution retenue par la Cour de cassation est transposable, selon toute vraisemblance, à tous les litiges relatifs à un manquement de l'employeur aux règles de suivi médical périodique des salariés. »

Il a également été discuté comme suit par le professeur Véricel, dans le Répertoire de droit du travail, « Services de santé au travail – Responsabilités encourues », janvier 2022, n° 398 :

« Une décision du 26 juin 2018 (Soc. 26 juin 2018, n° 17-15.438, Dr. ouvrier 2018. 753, note M. Véricel) est plus claire encore sur l'abandon de la théorie du préjudice nécessaire. Cette décision confirme un arrêt d'appel selon lequel un salarié relevant d'une surveillance médicale renforcée n'ayant pas fait l'objet d'une visite médicale d'embauche ne saurait obtenir une indemnité sans démontrer le préjudice résultant pour lui du non-respect de cette visite obligatoire. L'affaire paraît assez emblématique des difficultés soulevées par l'exigence d'une preuve de l'existence du préjudice dont la démonstration est mise à la charge du salarié qui demande une indemnisation pour manquement de l'employeur à ses obligations légales. En effet, le non-respect par l'employeur de l'obligation d'organiser une visite médicale dans les cas où elle demeure imposée par le code du travail est l'une des hypothèses types où il est totalement impossible, dans la plupart des cas, en l'absence de circonstances particulières, d'apporter la preuve d'un préjudice, qui pourtant, à l'évidence, existe (V. Dr. ouvrier 2018. 753, note M. Véricel). Il est ici impossible de dissocier le fait fautif du préjudice, « car la qualification du premier suppose la réalisation du second » (V. Bonin, le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail, RJS 2017. 619). De fait, il nous paraît bel et bien y avoir des domaines du droit où la théorie du préjudice nécessaire s'avère indispensable, d'une part, pour assurer l'effectivité d'une obligation et, d'autre part, pour éviter une solution totalement inéquitable à l'égard de l'auteur de l'action en justice. Il

en est ainsi notamment lorsqu'un employeur manque à l'une de ses obligations à l'égard de ses salariés, en particulier dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail. »

Nous savons que des exceptions à ce pouvoir souverain ont été consacrées dans les hypothèses suivantes :

- en cas de perte injustifiée de son emploi par le salarié (Soc., 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.578, Bull. 2017, V, n° 136),
- en cas d'absence de mise en place des institutions représentatives du personnel, sans procès-verbal de carence (Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-14.392, en cours de publication),
- en cas d'atteinte à la vie privée (Soc., 12 novembre 2020, pourvoi n° 19-20.583),
- en cas d'atteinte à l'intérêt collectif de la profession (Soc., 20 janvier 2021, pourvoi n° 19-16.283, en cours de publication),
- en cas de dépassement de la durée maximale de travail (Soc., 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-21.636, en cours de publication).

Dans cet arrêt du 26 janvier 2022, notre chambre a statué ainsi :

« Vu l'article L. 3121-35, alinéa 1er, du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, interprété à la lumière de l'article 6 b) de la directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 :

5. Aux termes du texte susvisé, au cours d'une même semaine, la durée du travail ne peut dépasser quarante-huit heures.

6. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire fixée à l'article 6, sous b), de la directive 2003/88 constitue, en tant que tel, une violation de cette disposition, sans qu'il soit besoin de démontrer en outre l'existence d'un préjudice spécifique (CJUE, 14 octobre 2010, C-243/09, Fuß c. Stadt Halle, point 53). Cette directive poursuivant l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise d'un repos suffisant, le législateur de l'Union a considéré que le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire, en ce qu'il prive le travailleur d'un tel repos, lui cause, de ce seul fait, un préjudice dès lors qu'il est ainsi porté atteinte à sa sécurité et à sa santé (CJUE, 14 octobre 2010, C-243/09, Fuß c. Stadt Halle, point 54). La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que c'est au droit national des États membres qu'il appartient, dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, d'une part, de déterminer si la réparation du dommage causé à un particulier par la violation des dispositions de la directive 2003/88 doit être effectuée par l'octroi de temps libre supplémentaire ou d'une indemnité financière et, d'autre part, de définir les règles portant sur le mode de calcul de cette réparation (CJUE, 25 novembre 2010, Fuß c. Stadt Halle, C-429/09, point 94).

7. Pour débouter le salarié de sa demande en dommages-intérêts pour violation de la durée maximale de travail, l'arrêt, après avoir constaté que le salarié avait travaillé 50,45 heures durant la semaine du 6 au 11 juillet 2015, retient que celui-ci doit démontrer très exactement en quoi ces horaires chargés lui ont porté préjudice et, qu'en l'état des éléments soumis, ce préjudice n'est pas suffisamment démontré.

8. En statuant ainsi, alors que le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvre droit à la réparation, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Cet arrêt a fait l'objet des commentaires suivants :

- dans la *Revue de jurisprudence sociale* de 2022, n° 139 :

« Si, par un arrêt rendu le 13 avril 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation a abandonné ce qui est communément appelé la « théorie du préjudice nécessaire » pour dire que l'existence et la preuve du préjudice relèvent du pouvoir souverain des juges du fond, il est des cas où, sans remettre ce principe en

cause, la violation d'une règle ouvre, en soi, le droit à une indemnisation (Cass. soc. 13-4-2016 n° 14-28.293 FS-PBR : RJS 6/16 n° 423).

Ainsi, dans un arrêt rendu le 13 septembre 2017, la chambre sociale a jugé qu'il résulte des dispositions de l'article L 1235-5 du Code du travail que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue (Cass. soc. 13-9-2017 n° 16-13.578 FP-PBRI : RJS 11/17 n° 734).

De même, dans un arrêt rendu le 17 octobre 2018, la chambre sociale a jugé que l'employeur qui met en œuvre une procédure de licenciement économique, alors qu'il n'a pas accompli, bien qu'il y soit légalement tenu, les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel et sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts (Cass. soc. 17-10-2018 n° 17-14.392 FS-PB : RJS 12/18 n° 730).

La même solution a été dégagée en dehors du contexte d'un licenciement économique dès lors qu'est constaté un défaut de mise en place d'institutions représentatives du personnel (Cass. soc. 25-9-2019 n° 17-22.224 F-D : RJS 12/19 n° 702).

Dans un arrêt rendu le 12 novembre 2020, rendu au visa de l'article 9 du Code civil, la chambre sociale a jugé que la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvrait droit à réparation (Cass. soc. 12-11-2020 n° 19-20.583 F-D).

Enfin, dans un arrêt rendu le 20 janvier 2021, la chambre sociale a jugé que, en cas d'atteinte à l'intérêt collectif de la profession, il appartenait au juge d'évaluer le préjudice subi par le syndicat (Cass. soc. 20-1-2021 n° 19-16.283 FS-PI : RJS 4/21 n° 213).

L'affaire dont la chambre sociale a eu à connaître concernait un salarié dont la demande de dommages-intérêts pour violation de la durée maximale de travail hebdomadaire avait été rejetée au motif qu'il ne démontrait pas l'existence d'un préjudice.

Le salarié s'était pourvu en cassation en invoquant la violation des dispositions de l'article L 3121-35 du Code du travail ainsi que de l'article 6 b) de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 et en soutenant que le dépassement de la durée hebdomadaire de travail lui causait nécessairement un préjudice.

L'article L 3121-35 du Code du travail, qui assure la transposition en droit interne de l'article 6 b) de la directive 2003/88/CE, prévoit, dans sa rédaction applicable au litige, c'est-à-dire dans sa version antérieure à la loi 2016-1088 du 8 août 2016, qu'au cours d'une même semaine, la durée de travail ne peut dépasser 48 heures.

Dans un arrêt rendu le 14 octobre 2010, la Cour de Justice de l'Union Européenne a jugé que le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire fixée à l'article 6 b) de la directive 2003/88 constituait en soi une violation de cette disposition sans qu'il soit besoin de démontrer en outre l'existence d'un préjudice spécifique et que le dépassement de la durée moyenne maximale en ce qu'il prive le travailleur d'un repos suffisant lui causait de ce seul fait un préjudice, dès lors qu'il était porté atteinte à sa sécurité et sa santé (CJUE 14-10-2010 aff. 243/09, points 53 et 54 : RJS 2/11 n° 193 et note H. Tissandier p. 99).

Dans un second arrêt *Fuß* rendu le 25 novembre 2010, la CJUE a renvoyé au droit national des États membres le soin de déterminer la forme de réparation de ce dommage par l'octroi de temps libre supplémentaire ou d'une indemnité financière ainsi que le mode de calcul de cette réparation (CJUE 25-11-2010 aff. 429/09, point 94 : RJS 2/11 n° 191).

C'est donc en s'appuyant sur l'article L 3121-35 du Code du travail, dans sa version applicable à l'espèce, interprété à la lumière de l'article 6 b) de la directive 2003/88/CE et sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne que la chambre sociale censure la cour d'appel en retenant que le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvrait droit à réparation en sorte qu'ayant constaté le dépassement de la durée maximale hebdomadaire, elle ne pouvait pas débouter le salarié de sa demande de dommages-intérêts en relevant qu'il ne rapportait pas la preuve de l'existence d'un préjudice.

Par cet arrêt, qui s'inscrit en cohérence avec la jurisprudence de la CJUE, la chambre sociale reconnaît que la violation de la durée maximale de travail hebdomadaire ouvre en soi le droit à réparation et ménage une nouvelle exception au principe posé par la décision du 13 avril 2016. »

- de M. Morand, dans un article intitulé « Dépasser la durée maximale hebdomadaire cause nécessairement un préjudice », *La Semaine Juridique Sociale*, n° 7, 22 février 2022, p. 1049 :

« 2. Un préjudice automatique

C'est essentiellement sur ce terrain que se situe l'apport de la décision commentée.

Sur cette thématique du préjudice en raison du non-respect par l'employeur d'une obligation lui incombant, la Cour de cassation a tout d'abord eu une appréciation selon laquelle le manquement par l'employeur à une obligation légale, conventionnelle ou contractuelle, causait nécessairement au salarié un préjudice qui devrait être réparé.

À cette période jurisprudentielle du préjudice « automatique » lui a succédé celle relative à la nécessité pour le salarié de prouver l'existence d'un préjudice. S'agissant de la non-délivrance ou de la délivrance tardive d'un certificat de travail, alors que les juges du fond avaient condamné l'employeur à des dommages et intérêts, considérant que cette carence causait nécessairement un préjudice qui devait être réparé, la Haute Juridiction a censuré cette appréciation, le salarié ne rapportant aucun élément qui justifiait le préjudice allégué (Cass. soc., 13 avr. 2016, n° 14-28.293 : JurisData n° 2016-006999).

Ce revirement de jurisprudence largement commenté (M. Hautefort, Abandon du préjudice automatique ou la fable du pot de terre contre le pot de fer revisitée : JSL, n° 500, 19 juin 2020) a depuis comporté un certain nombre d'exceptions dans lesquelles le juge, dans certaines circonstances, a admis le retour du préjudice automatique.

Ainsi « la perte injustifiée de l'emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue » (Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 16-13.578 : JurisData n° 2017-017656). Cette jurisprudence a été reprise dans le cadre d'une procédure de licenciement économique lorsque le CSE n'a pas été mis en place et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi (Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-14.392 : JurisData n° 2018-018016 ; JCP S 2018, 1394, note G. François). Dans le même sens, l'absence d'instances représentatives du personnel dans l'entreprise, sans que l'employeur ne produise un procès-verbal de carence, cause nécessairement un préjudice aux salariés dont ils pourraient demander réparation (Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12.852 : JurisData n° 2011-008891 ; JCP S 2011, 1419, note J.-Y. Kerbourc'h). Tel n'est pas le cas, en revanche, si le manquement de l'employeur concerne la mise en place d'élections partielles (Cass. soc., 4 nov. 2020, n° 19-12.775 : JurisData n° 2020-017436 ; JCP S 2020, 3094, note J.-Y. Kerbourc'h).

Le préjudice automatique est donc revenu dans certaines situations dans « les cas où un texte ou une règle en consacre clairement le principe » (P. Flores, SSL, n° 1721, 2 mai 2016).

Un nouvel épisode du préjudice automatique est consacré par la décision commentée par l'appréciation du droit interne à la lumière du droit de l'Union relatif de la nature du préjudice. La Cour de cassation, en effet, pour admettre le bien-fondé de la demande du salarié, fait sienne la jurisprudence de la CJUE, qui s'agissant précisément de l'interprétation de l'article 6 sous b de la directive 2003/88 avait posé le principe que la violation de cette directive, qui fixe la durée maximale hebdomadaire à 48 heures, prive les travailleurs d'un repos suffisant et « lui cause de ce seul fait, un préjudice dès lors qu'il est ainsi porté atteinte à sa sécurité et à sa santé » (CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-243/09, pt 53 : Europe 2010, comm. 49, note L. Driguez).

Le préjudice automatique consacré par le droit de l'Union est transposé en droit interne par la Cour de cassation, créant ainsi un nouveau domaine d'exceptions au préjudice prouvé. La démarche est originale et non contestable, compte tenu de l'importance qu'attache le droit de l'Union et le droit interne à la protection du droit au repos et à la santé des salariés. La Cour de justice se plaît à rappeler, s'agissant de la durée maximale hebdomadaire, qu'il s'agit d'une « règle du droit social de l'Union revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale destinée à assurer la protection de sa sécurité et de sa santé » (CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-243/09, pt 33).

La Cour de cassation aurait pu probablement aboutir à la même solution en se dispensant d'une interprétation à la lumière, compte tenu du caractère impératif de l'article L. 3121-35 du Code du travail, mais cette référence à l'appréciation du préjudice automatique par le droit de l'Union paraît encore renforcer la solution retenue.

En outre, cette référence dans l'appréciation du préjudice automatique à la lumière du droit de l'Union, pourrait être déclinée et appliquée aux situations dans lesquelles il aura été constaté une infraction aux différents seuils quantitatifs du droit interne, qui ont ainsi pour assise ou origine la directive 2003/88.

Une nouvelle brèche est ainsi ouverte dans le principe du préjudice prouvé, né de l'arrêt précité d'avril 2016. Le droit de l'Union peut être utilement invoqué à la rescousse du préjudice automatique, lequel pourrait assurément s'étendre aux conséquences d'une convention individuelle de forfait, privée d'effet s'agissant des infractions éventuelles à la durée maximale quotidienne et au repos quotidien ou à la durée maximale hebdomadaire, d'autant plus aisément que l'employeur ne pourra pratiquement pas apporter la preuve du respect de ces plafonds. »

- du professeur Lhernoud, dans un article intitulé « Travailler plus de 48 heures par semaine cause nécessairement un préjudice : de nouvelles perspectives pour les salariés ? », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n° 537, 4 mars 2022 :

« Au-delà de ces exemples, on peut se demander si ce n'est pas la qualité de droit fondamental qui, à l'avenir, déterminera le sort du « préjudice nécessaire ».

L'arrêt commenté se situe finalement dans cette ligne et, de ce point de vue, il ne surprend pas. En l'occurrence, la source de l'obligation de réparer, dispensant d'avoir à établir un préjudice, résulte non pas du droit interne mais du droit de l'Union européenne. Il s'agit plus exactement de faire application de la jurisprudence de la Cour de justice qui, interprétant la Directive 2003/88 relative à l'aménagement du temps de travail, a jugé que « le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire fixée à l'article 6, sous b), de la Directive 2003/88 constitue, en tant que tel, une violation de cette disposition, sans qu'il soit besoin de démontrer en outre l'existence d'un préjudice spécifique () ; le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire prévue audit article 6, sous b), en ce qu'il prive le travailleur d'un tel repos, lui cause, de ce seul fait, un préjudice dès lors qu'il est ainsi porté atteinte à sa sécurité et à sa santé. » (CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-243/09, pt 53 et 54). La Cour de justice a précisé, dans un arrêt rendu peu de temps après, dans la même affaire, que « c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'État de réparer les conséquences du préjudice causé, étant entendu que les conditions fixées par les législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne (principe d'équivalence) ni être aménagées de manière à rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation (principe d'effectivité) » (CJUE, 25 nov. 2010, aff. C-429/09, pt 62). Tenue de respecter les directives de l'Union européenne et l'interprétation qui en est faite par son juge, la Cour de cassation opère dans l'arrêt commenté une interprétation conforme du droit interne, interprétation qui posait d'autant moins de difficulté que le régime du droit de la responsabilité est suffisamment souple pour accueillir principes et exceptions. La Cour de cassation disposait ainsi de toute latitude pour faire émerger une nouvelle exception réalimentant la théorie du « préjudice nécessaire » et ouvrant la réparation d'un préjudice incarné par la seule violation d'une loi.

• Portée de l'arrêt : jusqu'où les exceptions iront-elles ?

L'attendu de principe est large : le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvre droit à réparation. Est-ce à dire que tous les plafonds de durée de temps de travail (durée du travail de nuit) prévus par la directive sont visés par cette nouvelle jurisprudence ? Quid des autres prescriptions contenues dans la directive (repos quotidien, temps de pause, repos hebdomadaire, congé annuel) ?

À la lumière de la jurisprudence communautaire, on serait tenté de donner une portée maximale à l'arrêt. Il s'agit, en effet, selon la CJUE du 14 octobre 20210, d'assurer « la pleine effectivité de la Directive 2003/88 » (pt 51) et la mise en œuvre de l'objectif visant à garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise d'un repos suffisant. Le régime du préjudice automatique (caractérisé dès lors qu'il est porté atteinte à la sécurité et à la santé du travailleur) y contribue (pt 54). Dans ce contexte, la violation de toutes les prescriptions de la directive relatives au temps de travail et au temps de repos devrait être considérée comme causant un tel préjudice. Du reste, l'article 31 § 2 de la Charte des droits fondamentaux, qui a rang de traité, énonce que « tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés ». L'effectivité de ce droit fondamental devrait être assurée par une réparation systématique sans qu'un préjudice spécifique, autre que l'atteinte à la santé et à la sécurité n'ait à être prouvé.

Et l'on peut même se demander si le « préjudice nécessaire » ne pourrait pas se propager vers d'autres droits fondamentaux issus des instruments du droit social de l'Union européenne, lesquels prescrivent rarement aux États membres des sanctions claires (sauf à dire, par exemple, qu'elles doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives », cf Directive 2000/78, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail). Il y a là un terrain à explorer, celui des droits fondamentaux, pour les conseils de salariés. »

- du conseiller doyen honoraire Bailly, dans un article intitulé « Un retour discret du préjudice « nécessaire » ? », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1991, 14 mars 2022 :

« L'arrêt du 26 janvier fait lui référence à l'article L. 3121-35 du Code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur, tel qu'il doit être interprété à la lumière de la directive 2003/88/CE, en renvoyant à la

jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, ainsi qu'elle s'exprime dans des arrêts rendus en 2010 (27) , lesquels fondent l'obligation de réparation sur l'atteinte portée à la santé et la sécurité des travailleurs exposés à des durées de travail excessives.

Il est vrai que, tout en exigeant, d'une manière générale, de celui qui demande réparation qu'il justifie d'un préjudice, la jurisprudence civile admet que certains manquements ouvrent droit (c'est-à-dire de plein droit) à une indemnisation.

3 LE CHAMP D'APPLICATION DE L'INDEMNISATION OBLIGATOIRE

Les enseignements qui peuvent être tirés des décisions rendues depuis 2016, quant au champ d'application de la présomption de dommage reconnue dans certains cas par la chambre sociale sont de plusieurs ordres.

- Une indemnisation résultant d'un texte comme conséquence de la violation d'une règle

Il apparaît tout d'abord qu'une indemnisation est due lorsqu'elle est envisagée, de manière explicite ou implicite, par un texte comme conséquence de la violation d'une règle. Ainsi en va-t-il pour le préjudice lié au caractère injustifié d'un licenciement car si l'article L. 1235-5 du Code du travail tel qu'il était rédigé avant 2017, ne fixait pas de montant d'indemnisation pour le licenciement sans cause réelle et sérieuse des salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté et pour les licenciements prononcés par des employeurs ayant moins de 11 salariés, il admettait implicitement l'existence d'un préjudice lié à la perte de l'emploi, en permettant au salarié de prétendre à une « indemnité correspondant au préjudice subi » (28) . Ce ne peut être en effet la seule perte injustifiée de l'emploi qui ouvre droit à indemnisation puisque, s'agissant de la méconnaissance de l'ordre des licenciements, qui produit à cet égard le même effet, la solution contraire a été retenue (voir supra), même si la violation de l'article L. 1233-5 expose l'employeur au paiement d'une amende contraventionnelle (C. trav., art. R. 1238-1). Cette indemnisation de plein droit devrait aussi s'appliquer aujourd'hui au bénéfice des salariés licenciés exclus du champ d'application de l'article L. 1235-11 en raison de leur faible ancienneté ou de l'effectif de l'entreprise puisque l'article L. 1235-14 leur permet de prétendre à « une indemnité correspondant au préjudice subi ». La réponse est moins évidente en cas de violation de la priorité de réembauche, pour les salariés ne pouvant prétendre au minimum fixé par l'article L. 1233-13. Aucune disposition ne leur reconnaît en effet un droit à indemnisation au titre d'un préjudice présumé. La réponse pourrait être différente pour un manquement à l'obligation de réembauche d'un salarié ayant démissionné pour élever un enfant. L'article L. 1225-71 envisage en effet, en ce cas, l'attribution de dommages-intérêts (C. trav., art. L. 1225-67) et il reviendra à la chambre sociale de dire si ce texte fait présumer d'un préjudice.

Si la chambre sociale a bien abandonné depuis 2016 sa position antérieure qui faisait dépendre l'ouverture d'un droit à réparation de nombreux manquements de l'employeur à ses obligations, il n'est pas aisé de déterminer les cas dans lesquelles désormais cette présomption de préjudice, devenue exceptionnelle, continuera à s'appliquer, hors disposition légale

- Un droit d'« une importance particulière » reconnu par un texte européen

De cette première cause d'indemnisation obligatoire, peuvent être rapprochées les situations dans lesquelles, comme pour le dépassement de la durée maximale du travail, un texte européen reconnaît un droit « d'une importance particulière » dont, pour des raisons d'effectivité, la méconnaissance impose une réparation pécuniaire. La question bourra ainsi se poser pour les feutres exigences résultant de la directive du 4 novembre 2003, en matière de congés, de travail de nuit ou de travail posté, qui ont aussi pour objectif la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. De même, en matière de harcèlement ou de discrimination, dont la prohibition vise à garantir la dignité du salarié, il paraît difficilement concevable que ceux qui les subissent puissent être privés de toute indemnisation. A cet égard s'agissant des différences de traitement entre les hommes et les femmes, il convient de rappeler que la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, qui porte notamment sur le harcèlement, prescrit dans son article 18 d'introduire dans la législation nationale des mesures nécessaires à la réparation du préjudice, selon des modalités fixées de manière dissuasive et proportionnée par rapport au dommage (29) . Il pourrait donc y avoir là le fondement d'une présomption de préjudice en la matière.

- La seule atteinte à un droit fondamental

D'une manière plus générale, de la seule atteinte à un droit fondamental devrait être inférée l'existence d'un préjudice. C'est déjà ce qui a été jugé à propos des atteintes portées à la vie privée ou à l'image du salarié (voir supra). Si le périmètre des droits fondamentaux et des libertés fondamentales n'est pas toujours évident à circonscrire (30) , cette présomption de préjudice a notamment vocation à s'étendre aux violations de droits et libertés garanties par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou par d'autres conventions (de l'OIT notamment) ou déclarations de droit internationales auxquelles est reconnu un effet direct. Ainsi devrait-il en être pour les violations de correspondance, les atteintes à la liberté syndicale ou de communication, voire la méconnaissance de la liberté d'expression dont jouit le salarié (31) . Et, au niveau collectif, on peut penser que la jurisprudence selon laquelle le non-respect d'une convention collective cause nécessairement un préjudice à l'intérêt

collectif de la profession et justifie une action syndicale ne sera pas remise en cause (32) , parce que cette présomption est nécessaire au respect du droit de tout travailleur de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination de ses conditions de travail, garantie par le 8e alinéa du préambule de 1946.

• Les droits et libertés qui prêtent à discussion

Mais d'autres droits ou liberté peuvent prêter à discussion. Ainsi en est-il des droits garantis par le pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, dont l'article 6-1, qui reconnaît à chacun le droit de gagner sa vie par un travail librement choisi (33) . Le droit à la santé du travailleur, dont la chambre sociale a dit depuis 2011 qu'il était au nombre des exigences constitutionnelles, en le rattachant notamment à l'article 11 du préambule de la Constitution de 1946 (34) devrait aussi, en cas de violation, ouvrir droit à une indemnisation, mais on sait que toute négligence de l'employeur en la matière n'engendre pas un préjudice présumé, puisque, en l'état actuel de la jurisprudence, tel n'est pas le cas en particulier pour l'absence de visite médicale, bien que cet examen soit destiné à protéger la santé du travailleur (35).

On voit donc que si la chambre sociale a bien abandonné depuis 2016 sa position antérieure qui faisait dépendre l'ouverture d'un droit à réparation de nombreux manquements de l'employeur à ses obligations, il n'est pas aisé de déterminer les cas dans lesquelles désormais cette présomption de préjudice, devenue exceptionnelle, continuera à s'appliquer, hors disposition légale, car le critère du « manquement grave à une obligation essentielle », évoqué en 2018 avec prudence par le président de la chambre sociale, comporte une part d'incertitude, au-delà des atteintes à des droits fondamentaux dont on peut penser qu'en elles-mêmes, elles ouvrent droit à réparation. »

- du professeur Mouly, dans un article intitulé « Violation de la durée maximale hebdomadaire de travail : la théorie du préjudice nécessaire fait de la résistance », Droit social, Dalloz, 2022, p. 369 :

« Des plumes autorisées firent alors savoir que la Cour maintiendrait certainement la théorie du préjudice nécessaire lorsqu' " un texte ou une règle [en] consacrerait clairement le principe " (P. Florès, D. 2016. 1588) ou, plus prudemment " au cas par cas, [lorsqu']il peut être considéré que le préjudice subi se présume du seul fait du manquement caractérisé de l'employeur constaté par les juges du fond " (J.-Y. Frouin, Perspectives pour 2018, FRS 4/2018). Effectivement, à l'instar d'autres chambres de la Cour, la chambre sociale a maintenu la théorie du préjudice nécessaire, au moins dans deux hypothèses : celle du licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsque la loi ne prévoit aucun minimum (Soc., 13 sept. 2017, n° 16-13.578 , Bull. civ. V, n° 136, D. 2017. 1766 ; ibid. 2018. 692, obs. N. Fricero ; Dr. soc. 2017. 1074, obs. J. Mouly) et celle où l'employeur met en oeuvre une procédure de licenciement économique sans avoir accompli les diligences nécessaires pour la mise en place des institutions représentatives (Soc., 17 oct. 2018, n° 17-14.392 , publié au Bulletin, D. 2018. 2142 ; ibid. 2019. 963, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2019. 88, obs. J. Mouly ; ibid. 250, étude Y. Pagnerre et S. Dougados ; RDT 2018. 862, obs. V. Ilieva). La théorie du préjudice nécessaire n'était donc pas morte. L'arrêt rapporté vient donner un nouvel exemple de cette " résurrection ", dans un domaine où on ne l'attendait peut-être pas.

(...)

Il existe, en effet, en droit de l'Union, une réglementation de la durée du travail résultant de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003. Si celle-ci ne comporte pas, comme le droit français, de durée maximale " absolue ", elle prévoit néanmoins une durée maximale " moyenne " de travail hebdomadaire. Cette directive permet même aux États de prévoir des dispositions plus favorables pour les salariés ; en revanche, à la demande du Royaume-Uni, elle comporte également une clause d'opt-out autorisant chaque employeur, lorsque l'État y a adhéré, à déroger à la directive avec le seul consentement du salarié, ce qui paraît très contestable. Quoiqu'il en soit, on constatera que, dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation invoque la jurisprudence européenne pour une violation de la durée maximale " absolue " de travail hebdomadaire, telle que la prévoit le droit français, alors que celle-ci n'existe pas en droit européen. Ce constat est cependant sans conséquence dès lors que les deux durées maximales - moyenne ou absolue - participent du même objectif : assurer un repos suffisant au salarié de manière à ce que son droit à la sécurité et à la santé soit garanti. C'est précisément en se fondant sur ce droit à la sécurité et à la santé des travailleurs que la Cour de cassation justifie sa solution.

(...)

On remarquera néanmoins que, pour la CJUE, c'est la violation de la directive qui est dispensée du constat d'un préjudice alors qu'en droit interne, cette violation résulte en toute hypothèse du simple manquement à la directive et que c'est la réparation qui, fondée sur la responsabilité civile, doit

normalement être subordonnée à une telle preuve et s'en trouve en l'occurrence exceptionnellement dispensée.

Quoi qu'il en soit, la solution de la Cour de cassation, qui s'appuie sur la règle de l'interprétation conforme, ne peut qu'être approuvée. On observera néanmoins que les auteurs qui, au lendemain de l'arrêt de 2016, s'interrogeaient sur la portée de l'abandon de la théorie du préjudice nécessaire, n'avaient guère envisagé l'hypothèse d'un maintien de la théorie imposé par le droit de l'Union. Finalement, celui-ci peut exceptionnellement se révéler plus protecteur que le droit interne. Il est en tout cas heureux que, dans une matière aussi importante que la durée maximale de travail, la responsabilité de l'employeur puisse être admise de façon automatique, compte tenu en particulier des difficultés de preuve du préjudice. Sans cet accommodement, le risque eût été grand que la responsabilité de l'employeur ne soit retenue qu'en cas de pathologies graves du salarié. La solution présente également l'avantage d'assurer la sanction de l'employeur fautif dans un domaine où les sanctions pénales sont des plus contingentes. Il appartiendra évidemment aux juges du fond de fixer le montant des dommages-intérêts dus par l'employeur. À cet égard, la Cour de cassation mentionne, dans ses motifs, un autre arrêt de la CJUE, relatif d'ailleurs à la même affaire, prévoyant qu'" il appartient aux États, dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, d'une part, de déterminer si la réparation du dommage causé à un particulier par la violation des dispositions de la directive 2003/88 doit être effectuée par l'octroi de temps libre supplémentaire ou d'une indemnité financière et, d'autre part, de définir les règles portant sur le mode de calcul de cette réparation (CJUE, 25 nov. 2010, aff. C-429/09, Fuß c/ Stadt Halle, pt 94, RTD eur. 2012. 480, obs. S. Robin-Olivier ; Rev. UE 2014. 243, chron. E. Sabatakakis). Le juge français n'ayant pas le pouvoir d'accorder du temps libre supplémentaire au travailleur, c'est bien la forme de dommages-intérêts, fixés par les juges du fond, que revêtira en droit interne la réparation accordée au salarié.

En conclusion, il reste encore à s'interroger sur la cohérence d'ensemble de la jurisprudence relative au préjudice nécessaire en droit du travail. Schématiquement, on peut justifier le maintien de la théorie du préjudice nécessaire de deux façons : soit parce que la violation de la règle en cause paraît en elle-même " porteuse d'un préjudice ", et c'est alors la fonction de réparation de la responsabilité civile qui est privilégiée, soit parce que la violation de cette même règle ne saurait rester impunie, et c'est alors la fonction de peine privée de la responsabilité civile qui est sollicitée. Il n'est pas certain que la Cour de cassation ait clairement choisi entre ces deux conceptions. Pour l'heure, il semble, et l'arrêt commenté le confirme, que, pour restaurer la théorie du dommage nécessaire, la Haute Juridiction soit surtout sensible à l'existence d'une atteinte à un droit subjectif du salarié. Dans l'arrêt sous examen, il s'agissait du droit à la sécurité et à la santé ; précédemment, dans l'arrêt du 17 octobre 2018 (n° 17-14.392, préc.), du droit constitutionnel à participation des travailleurs (v. aussi pour l'atteinte au droit au respect de la vie privée du salarié, Soc., 12 nov. 2020, n° 19-20.583, préc.). C'est d'ailleurs une position analogue qui est adoptée par d'autres chambres de la Cour de cassation, notamment s'agissant de la violation du droit à l'information des patients (Civ. 1re, 3 juin 2010, n° 09-13.591, Bull. civ. I, n° 128, AJDA 2010. 2169, note C. Lantero ; D. 2010. 1522, obs. I. Gallmeister, note P. Sargos ; ibid. 1801, point de vue D. Bert ; ibid. 2092, chron. N. Auroy et C. Creton ; ibid. 2011. 35, obs. P. Brun et O. Gout ; ibid. 2565, obs. A. Laude ; RDSS 2010. 898, note F. Arhab-Girardin ; RTD civ. 2010. 571, obs. P. Jourdain). Cette solution a pu cependant être critiquée en raison de son caractère particulièrement imprécis et aléatoire (C. Radé). En réalité, il est sans doute encore un peu trop tôt pour savoir quel avenir la chambre sociale entend réserver à la théorie du préjudice nécessaire dans les rapports salariés. »

- ou encore du professeur Véricel, dans un article intitulé « Vers le retour du préjudice nécessaire ? », Droit social, Dalloz, 2022, p. 647 :

« L'arrêt rendu par la chambre sociale le 26 janvier 2022 semble marquer une nouvelle étape de l'évolution jurisprudentielle relative à la théorie du préjudice nécessairement constitué, en admettant une application de celle-ci dans l'hypothèse d'une violation des normes relatives à la durée maximale du travail. Il semble consacrer un certain maintien du recours à la théorie précitée lorsque le dommage résulte d'un manquement aux principes fondamentaux du droit européen garantissant la sécurité et la santé des travailleurs (I). La délimitation de l'application du préjudice nécessaire, par référence au critère des principes fondamentaux, pourrait sans doute permettre une meilleure systématisation des cas d'application de cette théorie ; cependant elle ne semble pas pleinement satisfaisante. Seul, finalement, le retour à l'application généralisée de cette théorie apparaît réellement en mesure de répondre à la spécificité du droit du travail (II).

(...)

3. Ce maintien de l'application par la Cour de cassation de la notion de préjudice nécessairement constitué dans divers cas peut d'abord s'expliquer par la prévision, par plusieurs dispositions de notre code du travail, d'un octroi automatique au salarié par le juge d'une indemnité (21). Ainsi en est-il en cas de licenciement injustifié (22), en cas de non-respect de la priorité de réembauche en matière de licenciement économique (23) et en cas de procédure de licenciement économique effectué dans une entreprise n'ayant pas respecté l'obligation de mise en place de représentants du personnel (24). Mais la référence aux dispositions légales précitées ne permet nullement d'expliquer l'ensemble des solutions données par les arrêts que l'on vient de citer.

D'autres tentatives d'explication ont été recherchées dans le souci des hauts magistrats d'imposer une indemnisation automatique en cas de grave manquement à une obligation essentielle (25) ou bien lorsqu'il y a violation de règles répondant aux droits fondamentaux garantis par la Constitution (26).

L'arrêt du 26 janvier 2022 se réfère plutôt aux textes du droit européen et à la jurisprudence de la CJUE, concernant l'aménagement du temps de travail et de repos, ayant pour l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs. Dans ses conclusions à propos de cette affaire, l'avocate générale invoquait d'ailleurs l'utilité de conserver la notion de préjudice nécessaire pour les droits fondamentaux protégés et garantis par notre Constitution et par les règles du droit social de l'Union revêtant une importance particulière. Cette référence aux grands principes du droit européen devrait donc permettre de conserver l'application de la règle du préjudice nécessairement constitué pour toute violation de l'ensemble des règles relatives aux durées maximales de travail ou aux durées minimales de repos ou de congés, dont la vocation est de garantir la santé et la sécurité des travailleurs, y compris les règles du droit interne posant des seuils dans ces domaines, dès lors qu'elles viseraient la protection de la santé de la sécurité des travailleurs.

Pour déterminer ces hypothèses où le salarié est dispensé d'apporter la preuve de son dommage, en plus des cas où cette dispense résulte des dispositions du code de travail lui-même, le recours aux principes fondamentaux garantis par notre Constitution et le droit européen, est sans doute un meilleur critère que la formule de l'appréciation au cas par cas, qui semblait bien être, jusqu'à présent encore, celle retenue par la chambre sociale de Cour de cassation et qui a été très critiquée par de nombreux auteurs l'ayant jugée pour le moins désordonnée (27). Certains ont même estimé que cette formule " conduisait à établir des distinctions scabreuses entre les intérêts en cause pour déterminer dans quel cas l'atteinte induit un préjudice, ou non " (28). La référence aux principes garantis par les textes fondamentaux précités pourrait permettre une appréciation plus objective, génératrice d'une jurisprudence moins incertaine et plus sécurisante pour les justiciables, mais elle n'échappe pas pour autant à toute critique.

II. - La référence aux principes garantis par les textes fondamentaux

1. Si la Cour de cassation adoptait pleinement cette logique de maintien de l'application de la notion de préjudice nécessaire en cas de manquements aux principes garantis par les textes fondamentaux, il faudrait certainement étendre le champ d'application de la théorie du préjudice nécessaire à l'ensemble des règles européennes et nationales destinées à garantir la protection de la santé et la sécurité des salariés. On envisage ici spécialement les obligations générales incombant aux employeurs résultant de la directive-cadre européenne n° 89/391/CEE du 12 juin 1989, sur la santé/sécurité des travailleurs au travail, et les normes nationales assurant l'application du contenu de cette directive, qui méritent clairement, en raison de leur finalité, de figurer dans la catégorie des principes fondamentaux du droit social.

L'article 6 de la directive n° 89/391/CEE prévoit que, " dans le cadre de ses responsabilités, l'employeur prend les mesures nécessaires pour la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, y compris les activités de prévention des risques professionnels, d'information et de formation, ainsi que la mise en place d'une organisation et de moyens nécessaires [...], les activités de prévention ainsi que les méthodes de travail et de production mises en oeuvre par l'employeur doivent garantir un meilleur niveau de protection de la sécurité et de la santé de travailleurs [...] ". Les différents textes, pris par le législateur français, pour transposer les dispositions de cette directive concernent notamment l'évaluation des risques dans l'entreprise (y compris la mise en place d'un document unique d'évaluation des risques professionnels) et celle d'un suivi individuel de la santé des salariés. La directive n° 89/391/CEE doit être mise en lien avec la Charte des droits sociaux fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 12 décembre 2007 et dotée d'une portée juridique identique à celle des traités fondateurs de l'Union (29). Cette charte affirme notamment que tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité, en particulier à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés (30). Elle affirme encore que toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales (31).

Par ailleurs, les hypothèses de non-application des obligations patronales en matière de prévention des risques et de suivi de la santé des salariés constituent, tout comme celles de violation des règles destinées à limiter la durée du travail, des cas assez emblématiques des difficultés soulevées par l'exigence d'une preuve de l'existence d'un préjudice demandée au salarié (32). La plupart du temps, il est totalement impossible au salarié d'apporter cette preuve qui, pourtant, à l'évidence, existe. Ainsi, par exemple, dès lors que l'employeur ne soumet pas un salarié aux visites de santé imposées par les textes ou encore s'abstient d'établir le document d'évaluation des risques concernant l'entreprise, la non-réalisation de la visite ou de l'évaluation caractérise nécessairement un dommage pour les salariés concernés puisqu'ils seront, pour le moins, privés d'une chance que soient vérifiées la compatibilité de leur état de santé avec leur poste et l'absence de risque grave pour leur santé ou leur sécurité. On se trouve bien dans une hypothèse pratique où le seul défaut de réalisation de l'obligation patronale entraîne automatiquement la réalisation d'un préjudice pour le bénéficiaire de cette obligation. Il est ici impossible de dissocier le fait fautif, du préjudice, " car la qualification du premier suppose la réalisation du second " (33). Même si le préjudice est purement moral il n'en doit pas moins donner lieu à indemnisation.

Et il y a bien, dans ces hypothèses, impossibilité pratique pour le salarié de faire la démonstration de l'existence du préjudice, en tout cas au moment de la violation par l'employeur de son obligation. Ce ne sera que bien plus tard que l'on pourra éventuellement constater l'existence et l'étendue d'un préjudice, si la santé du salarié se dégrade et s'il s'avère possible d'établir le lien avec la non-réalisation de l'obligation patronale.

Certes les principes généraux de la responsabilité civile impliquent qu'il ne saurait y avoir matière à réparation, même en présence d'une faute caractérisée, en l'absence de dommage certain, et non purement éventuel. Il n'empêche qu'il existe bien des hypothèses où ce dommage ne peut pas être prouvé en pratique, du fait d'une impossibilité (matérielle ou morale). Il faut bien alors admettre que ce dommage soit considéré comme établi à partir du moment où la faute commise est nécessairement de nature à générer une souffrance ou au moins une gêne pour la victime, ou encore qu'elle lui fait perdre une chance. Si la réalisation d'une chance n'est jamais certaine, il n'en demeure pas moins que le préjudice causé par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition de la probabilité d'un événement favorable (34). La réparation est mesurée à la chance perdue, considérée comme ayant une valeur en soi, valeur précisément déterminée par un calcul de probabilité (35).

(...)

2. Ceci dit, comme l'ont signalé plusieurs auteurs, le périmètre des droits fondamentaux et des libertés fondamentales n'est certes pas évident à circonscrire (40). La Charte des droits sociaux fondamentaux de l'Union européenne affirme aussi le droit, des employeurs et des salariés, de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir à la grève (41), ainsi que celui des travailleurs à une protection contre tout licenciement injustifié (42). Et, en matière de harcèlement ou de discrimination, dont la prohibition vise à garantir la dignité du salarié, il paraît difficilement concevable de ne pas appliquer une présomption de préjudice ; de même, s'agissant des différences de traitement entre les hommes et les femmes. D'autres droits ou libertés peuvent prêter à discussion : ainsi en est-il des droits garantis par le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, notamment l'article 6-1 qui reconnaît à chacun le droit de gagner sa vie par un travail librement choisi (43).

Une autre critique qui peut être adressée à l'encontre d'un critère de maintien d'un préjudice présumé lié à la violation d'un droit fondamental, réside, sans doute, dans l'absence de liaison entre l'importance du préjudice subi par le salarié et le niveau hiérarchique de la règle dont la violation a généré ce préjudice (44). En d'autres termes, la violation de toute une série de règles, a priori non fondamentales, peut tout à fait générer un préjudice suffisamment grave pour que l'on ne puisse négliger la faculté d'en obtenir réparation. Même en laissant de côté les dispositions imposant notamment la mise en place de certains processus en matière de santé au travail, que l'on peut espérer voir englober par la Cour de cassation dans le corps des normes fondamentales (cas notamment de la mise en place du dispositif d'évaluation des risques professionnels dans l'entreprise), on peut trouver bien d'autres exemples dans divers domaines : non-remise ou remise tardive de bulletins de paie, d'un certificat de travail et de tout document nécessaire à l'obtention par le salarié de tel statut ou telle allocation (45). Les difficultés générées pour le salarié par ce type de manquement patronal à une obligation légale peuvent parfaitement être à l'origine d'un dommage - matériel ou simplement moral - significatif, que le salarié aura pourtant du mal à démontrer précisément.

Surtout, l'idée de cantonner le recours à la théorie du préjudice nécessairement constitué à certains types de violation par l'employeur de ses obligations fait forcément l'impasse sur le rôle particulier des indemnités allouées en cas de violation des règles du droit du travail.

En effet, il ne faut pas oublier que les indemnités allouées par le juge en cas de violation par l'employeur d'une prescription légale comportent une double nature, " à la fois indemnisation du salarié victime et sanction de l'employeur coupable " (46). Cette indemnité constitue " non seulement un moyen de compenser une perte, mais aussi un instrument de mise en oeuvre effective du droit, par la stigmatisation de comportements fautifs, dans une logique de correction des conduites et de dissuasion... La prise en compte de l'exigence d'effectivité du droit, notamment en matière sociale, peut passer par la menace d'une condamnation indemnitaire " (47).

La double nature de l'indemnisation découle de la spécificité du droit du travail, lequel régit des relations contractuelles de nature clairement inégalitaire puisque la partie salariée se trouve subordonnée au pouvoir de la partie patronale. Dans ce contexte, les normes du droit du travail ont pour vocation de corriger, ou du moins de tempérer les impacts pratiques de cette inégalité, ce qui semble bien impliquer que l'indemnisation de leur violation revête toujours le caractère d'une pénalité de nature à dissuader les employeurs de procéder à cette violation.

Dans le domaine du droit du travail, le recours à la théorie du préjudice nécessairement constitué mérite d'être le plus possible généralisé, à la fois, pour assurer l'effectivité des obligations légalement mises à la charge de la partie patronale et pour éviter des solutions souvent très inéquitables à l'égard de la partie salariée. Cette double nécessité nous paraît pleinement justifier, dans ce domaine, l'adaptation des règles générales du droit de la responsabilité civile afin d'y intégrer un recours général à la théorie précitée. »

Voir également la « Controverse : Un préjudice nécessaire, pour quoi faire ? », entre Bérénice Bauduin, maître de conférences, et Adrien Brousse, avocat, dans la *Revue de droit du travail* n° 4, 15 avril 2022, p. 209.

Votre rapporteur n'a pas trouvé, notamment sur le site Internet Curia, en matière de suivi médical des travailleurs, en ce compris les travailleurs de nuit, de décision émanant des juridictions de l'Union européenne équivalente à la décision du 14 octobre 2010, Günter Fuß c/ Stadt Halle, affaire C-243/09, qui :

- au point 33, a dit que « l'article 6, sous b), de la directive 2003/88 oblige les États membres à prendre les mesures nécessaires pour que, en fonction des impératifs de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, la durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours n'excède pas 48 heures, y compris les heures supplémentaires. Cette limite maximale en ce qui concerne la durée moyenne hebdomadaire de travail constitue une règle du droit social de l'Union revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale destinée à assurer la protection de sa sécurité et de sa santé (voir arrêts précités Pfeiffer e.a., point 100; Dellas e.a., point 49, ainsi que Commission/Royaume-Uni, point 38). », ce qui a été réitéré dans les arrêts du 10 septembre 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras, affaire C-266/14 (« Les différentes prescriptions que ladite directive énonce en matière de durée maximale de travail et de temps minimal de repos constituent des règles du droit social de l'Union revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé (arrêt Dellas e.a., C-14/04, EU:C:2005:728, point 49 et jurisprudence citée, ainsi que ordonnance Grigore, C-258/10, EU:C:2011:122, point 41). », point 24) et du 11 avril 2019, Syndicat des cadres de la sécurité intérieure, affaire C-254/18 (point 32),

- au point 53, a dit que « le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire fixée à l'article 6, sous b), de la directive 2003/88 constitue, en tant que tel, une violation de cette disposition, sans qu'il soit besoin de démontrer en outre l'existence d'un préjudice spécifique. »

Voici comment cette décision avait été commentée par Mme Tissandier à la *Revue de jurisprudence sociale* de 2011 (février), dans une chronique sur l'actualité de la jurisprudence européenne et internationale (I. Droit du travail - C. Muter pour travailler moins ? De la difficulté à respecter la durée maximale du travail) :

« 1. Même si le droit européen ne tend qu'à une harmonisation des droits nationaux relatifs au temps de travail, il n'en fixe par moins des normes contraignantes pour établir un standard minimum commun de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. La directive originelle 93/104/CE et l'actuelle directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 (26) (27), concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, définissent des règles d'aménagement du temps de travail assorties de nombreuses facultés de dérogation et exception, que la CJUE est régulièrement amenée à préciser. L'article 6 de ces deux directives fixe la durée maximale hebdomadaire de travail à 48 heures, y compris les heures supplémentaires. L'article 22 de la directive 2003/88 prévoit en outre qu'un Etat membre peut ne pas appliquer l'article 6 sous certaines conditions, notamment d'obtention de l'accord du salarié et également de l'absence de préjudice du travailleur du fait qu'il n'est pas disposé à donner son accord pour effectuer un tel travail. Ces deux textes et leur articulation font l'objet de deux décisions complémentaires de la CJUE, relatives à un même litige, rendues le 14 octobre et le 25 novembre 2010.

2. Le litige opposait M. Fuß, sapeur-pompier et commandant d'engin, à son employeur, une municipalité allemande imposant jusqu'au 31 décembre 2007 une durée hebdomadaire moyenne de travail de 54 heures par semaine. En décembre 2006, le salarié demanda le respect de la durée maximale de 48 heures prévue par la directive européenne ainsi qu'une compensation pour les heures supplémentaires effectuées entre 2004 et 2007. Mais, invoquant des raisons d'organisation du service, l'employeur muta M. Fuß sur un autre poste sur lequel il travaille 40 heures par semaine et n'a plus à faire de gardes de 24 heures, ce qui entraîna corrélativement la réduction de ses primes. Cette mutation forcée, bien que conforme, semble-t-il, au droit national, conduit le juge à s'interroger sur sa compatibilité avec le droit européen : s'agit-il d'une violation de l'article 6, et si oui, quelles en sont les conséquences ? La CJUE expose, dans un premier temps (28), la logique de la directive avant d'apprécier sa violation éventuelle. Elle rappelle que la « limite maximale en ce qui concerne la durée moyenne hebdomadaire de travail constitue une règle du droit social de l'Union revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale destinée à assurer la protection de sa sécurité et de sa santé ». Certes, l'article 22 prévoit une faculté de dérogation, mais celle-ci n'avait pas en l'espèce été exercée par l'Etat concerné. Aussi convient-il, dès lors, d'apprécier exclusivement l'existence d'une violation de l'article 6, et plus précisément - pour répondre à la question préjudicielle posée -, si la constatation de celle-ci peut être subordonnée à la condition que le salarié ait subi un préjudice résultant de la mutation. Pour garantir la pleine effectivité de la directive 2003/88, les Etats membres doivent empêcher tout dépassement de la durée maximale hebdomadaire de travail. Partant, ce dépassement constitue, en tant que tel, une violation de l'article 6, sans qu'il soit besoin de démontrer en outre l'existence d'un préjudice spécifique : le salarié est privé d'un droit au repos, et ce seul fait lui cause d'ailleurs un préjudice dans la mesure où il est ainsi porté atteinte à sa sécurité et à sa santé. Quelles conséquences en tirer ? Elles sont de deux ordres.

3. En premier lieu, la Cour rappelle que l'article 6, parce qu'il est suffisamment précis et inconditionnel, produit un effet direct (29) et s'impose à toutes les autorités des Etats membres, à savoir non seulement les juridictions nationales, mais également tous les organes de l'administration, y compris les autorités décentralisées, et les employeurs publics. La mutation forcée par l'employeur public était-elle de nature à garantir l'application de la directive ? Absolument pas selon la Cour, qui considère que la mutation « a pour effet de vider de toute substance le droit conféré par l'article 6, sous b), de la directive 2003/88 [...] à un sapeur-pompier employé dans un service d'intervention d'être soumis à une durée maximale hebdomadaire de travail de 48 heures dans cet emploi et, partant, une telle mesure annihile l'effet utile de cette disposition à l'égard de ce travailleur ». Elle l'analyse même comme une atteinte au « droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, garanti par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », voire comme une « mesure de rétorsion ». Puisque préjudice il y a nécessairement, la responsabilité de l'Etat, ou de l'employeur public, pourra être engagée.

En second lieu, le salarié a droit à réparation à trois conditions, réunies en l'espèce (30) : la violation d'une règle conférant des droits aux particuliers, une violation suffisamment caractérisée et un lien de causalité direct entre violation et préjudice subi. Mais c'est le droit national de la responsabilité qui devra alors s'appliquer, étant précisé que les conditions fixées en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles concernant des réclamations semblables de nature interne (principe d'équivalence) ni être aménagées de manière à rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation (principe d'effectivité). Si la réparation octroyée doit être adéquate, c'est au droit national de déterminer les modalités de réparation du dommage subi par le travailleur, par l'octroi de temps libre supplémentaire ou d'une indemnité pécuniaire, et les règles portant sur le mode de calcul de cette réparation.

4. Si l'on oublie le contexte particulier de ces décisions, quelques interrogations surgissent. D'abord, on remarque que peu importe que le droit national permette à l'employeur, public ou privé, de procéder à une telle mutation dans le cadre de son pouvoir de direction. Si celle-ci est motivée par l'exercice par le

salarié de son droit de ne pas travailler au-delà de 48 heures en moyenne, en l'absence de faculté de dérogation ouverte par la loi, elle constitue nécessairement une violation de la directive et ouvre droit à réparation. L'employeur, sauf dérogation à l'article 6 ouverte par la loi, sera alors fort démuni pour se mettre en conformité avec les prescriptions de la directive. Oubliée alors la distinction forte du droit français entre modification du contrat et changement des conditions de travail (31). La durée du travail étant un élément essentiel du contrat, sa modification ne pourrait s'effectuer, contrairement aux faits de l'espèce, dans l'exercice du pouvoir de direction (32). L'employeur ne peut donc imposer une mutation et, si l'article 22 ne peut être invoqué, on pourrait même douter de la possibilité de procéder à une modification du contrat, acceptée par le salarié, sans ouvrir à celui-ci un droit à réparation... En tout état de cause, la mise en conformité avec les prescriptions de la directive ne pourrait justifier une modification du contrat (et donc le licenciement du salarié qui la refuserait).

Certes, le droit français a transposé la directive, en particulier l'article 22. On peut ainsi considérer que le dispositif des conventions individuelles de forfait annuel en jours bénéficie d'une dérogation au sens de l'article 22 de la directive, l'article L 3121-48 du Code du travail excluant ces salariés du droit à une durée maximale hebdomadaire de travail. Mais il n'est pas pour autant exempt de critiques, sous deux angles. Des contestations s'élèvent sur sa conformité à la charte sociale européenne, qui consacre le droit à une durée de travail raisonnable. Et ne faudrait-il pas également s'assurer que, conformément à l'article 22 de la directive, la santé et la sécurité des salariés est préservée ? Ne pourrait-on considérer que l'organisation ou la durée du travail instaurées par le dispositif constituent une menace pour la santé des travailleurs (33) ? »

En l'espèce, la cour d'appel, après avoir constaté que le salarié avait travaillé la nuit, a statué comme suit sur la demande de dommages-intérêts de ce dernier pour défaut de suivi médical renforcé :

« La cour rejette également la demande de dommages et intérêts pour la violation du suivi médical renforcé, le salarié n'établissant pas la réalité et la consistance de son préjudice. »

Le salarié lui reproche de l'avoir débouté de sa demande d'indemnisation au motif qu'il ne démontrait pas la réalité et la consistance de son préjudice, alors que le seul constat du non-respect des dispositions protectrices en matière de suivi médical renforcé pour travail de nuit ouvre droit à réparation (violation de la loi).

Il s'appuie, en cela, sur l'arrêt rendu récemment par notre chambre le 26 janvier 2022, susvisé, en soutenant que la même solution doit être adoptée en cas de violation des dispositions protectrices de suivi médical renforcé pour travail de nuit, garanties par la directive 2003/88/CE, qui ont le même objet que les dispositions de la même directive relatives à la durée hebdomadaire maximale de travail, à savoir la protection de la santé des salariés.

Dans son mémoire en défense, l'employeur soutient que la critique n'est pas justifiée, dès lors qu'il n'existe pas de préjudice automatique en matière d'absence de suivi médical renforcé.

Il fait valoir que l'exception consacrée par la Cour de cassation le 26 janvier 2022 se justifie par la jurisprudence de la CJUE qui, s'agissant précisément de l'interprétation de l'article 6 sous b de la directive 2003/88, avait posé le principe que la violation de cette directive, fixant une durée maximale hebdomadaire de travail, privait les travailleurs d'un repos suffisant et leur causait, de ce seul fait, un préjudice consistant en une atteinte à leur sécurité et à leur santé, et qu'en matière d'absence de suivi médical renforcé, il n'existe aucune infraction aux différents seuils du droit interne ayant pour assise ou origine la directive 2003/88, ni de jurisprudence de la CJUE prévoyant

que le manquement à cette obligation entraînerait nécessairement un préjudice pour le salarié.

Notre chambre aura à s'interroger sur le bien-fondé du moyen et sur la pertinence à retenir, en la matière, une nouvelle exception au pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation de l'existence et de l'étendue du préjudice.

4.4. Sur le quatrième moyen, relatif à la résiliation judiciaire du contrat de travail

En l'espèce, la cour d'appel a statué comme suit sur la demande de résiliation judiciaire :

« A l'appui de sa demande de résiliation judiciaire, Monsieur [Y] [P] se prévaut de différents manquements.

Sur la non prise en charge des frais de déplacement :

Monsieur [Y] [P] soutient que son employeur a manqué à ses obligations contractuelles en ne lui payant pas ses frais de déplacement domicile-travail.

L'employeur s'oppose à cette demande en indiquant qu'il ne s'agit pas de frais professionnels engagés pour l'exercice des fonctions, mais de frais personnels exposés dans le cadre du déplacement lieu de travail domicile.

Le salarié soutient au contraire que ces frais sont des frais professionnels inhérents à l'emploi et exposés pour le compte de l'entreprise.

La cour observe en premier lieu que le contrat de travail ne comporte pas de disposition concernant la prise en charge de ses frais.

La cour observe également que la demande du salarié consiste exclusivement en remboursement sur la base d'indemnité kilométrique des trajets entre son domicile et son lieu d'affectation.

Il est constant que les frais professionnels doivent être supportés par l'employeur.

Le temps de trajet entre le domicile et le lieu de travail n'est pas considéré comme du temps de travail effectif. Dès lors, aucune compensation salariale n'est imposée à l'employeur.

Cependant, à l'occasion d'un déplacement professionnel, le temps de trajet peut dépasser le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail.

Monsieur [Y] [P] ne démontre pas en quoi son temps de trajet travail domicile a dépassé le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, étant au surplus retenu que son contrat de travail définissait sa zone géographique d'intervention.

En conséquence, la Cour rejette le manquement invoqué et la demande au titre des frais de déplacement.

Sur les heures supplémentaires :

Monsieur [Y] [P] soutient que le conseil des prud'hommes a omis de statuer sur ce point ce qui est contredit par la mention expresse au dispositif « déboute Monsieur [Y] [P] de sa demande au titre des heures supplémentaires et congés payés afférents ».

Monsieur [Y] [P] soutient qu'il a réalisé des heures supplémentaires.

L'employeur conteste cet état de fait en indiquant que Monsieur [Y] [P] était soumis à l'annualisation du temps de travail de par son contrat de travail et un accord d'entreprise, qu'il produit, et que dès lors constituent des heures supplémentaires les heures accomplies uniquement au-delà de la durée annuelle de 1607 heures.

La cour relève que le principe de l'annualisation du temps de travail est visé à l'article 3 du contrat de travail et à l'accord d'entreprise et à ses avenants. Le salarié ne conteste pas utilement que l'accord d'entreprise et ses avenants ont fait l'objet de la publicité requise, à savoir la remise aux représentants du personnel, l'affichage sur les panneaux de la direction, le dépôt à la DIRECTE et au secrétariat du conseil des prud'hommes.

Il résulte de ces circonstances qu'en l'espèce doit être regardée comme heure supplémentaire, toute heure réalisée au-delà du contingent annuel de 1607 heures.

Aux termes de l'article L.3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; le juge forme sa conviction au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Si la preuve des horaires de travail effectués n'incombe ainsi spécialement à aucune des parties et que si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande.

En l'espèce, le salarié produit un tableau récapitulatif reconstitué a posteriori notant les heures travaillées par semaine, aux colonnes peu intelligibles. Il se prévaut également des plannings produits. Il en déduit des totaux, qu'il envisage aux termes de ses dernières écritures à l'année.

L'employeur conteste à juste titre que les jours fériés puissent être comptabilisés comme du temps de travail effectif, le salarié n'apportant pas d'élément sur le fait qu'il ait travaillé sur ces périodes. L'employeur énonce justement que le salarié a été réglé des heures réalisées en sus du contingent annuel, ce qui est établi par les bulletins de salaire de mai 2017 et 2018.

Le manquement au titre des heures supplémentaires non rémunérées doit être écarté, de même que celui qui serait né d'un travail dissimulé en ce qu'il en est la conséquence directe. Les demandes de rappel de salaire et d'indemnités (pour travail dissimulé et non paiement intégral) sont rejetées.

Sur le passage d'un horaire jour à un horaire nuit et inversement :

Monsieur [Y] [P] soutient que le changement d'horaire de jour à horaire de nuit constitue une modification de son contrat de travail qui ne peut lui être imposée.

L'employeur lui oppose la clause contractuelle qui prévoit « vous pourrez travailler de jour comme de nuit, ainsi que les samedis, dimanches et jours fériés conformément au disposition de la convention collective applicable ».

La clause de contrat de travail selon laquelle un salarié peut être amené à travailler de jour comme de nuit, sans autre précision, est illicite. Il en est de même de la clause qui prévoit que le salarié peut passer d'un horaire de nuit et inversement selon les nécessités de service.

En effet, une clause contractuelle qui se borne à rappeler que les horaires peuvent être changés par l'employeur sans préciser les limites de ce pouvoir en particulier l'interdiction de passer d'heures de jour en heures de nuit sans l'accord du salarié, peu importe le caractère temporaire de cette modification jour/nuit, n'est pas légale.

Monsieur [Y] [P] souligne la fréquence de ces changements et l'obligation qui s'imposait à son employeur de lui faire bénéficier d'un suivi médical renforcé du fait de travail de nuit. A raison de cette absence de suivi, il sollicite l'allocation de 10000 euros à titre de dommages et intérêts.

La cour rappelle que la résiliation judiciaire n'est justifiée que lorsque les manquements de l'employeur sont suffisamment graves et prohibent la poursuite du contrat de travail. En l'espèce, la cour relève que Monsieur [Y] [P] a exécuté régulièrement sa prestation de travail de nuit, sans opposition ni réclamation et considère dès lors que les griefs anciens dont il a tardé à se saisir n'étaient pas de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail.

La cour rejette également la demande de dommages et intérêts pour la violation du suivi médical renforcé, le salarié n'établissant pas la réalité et la consistance de son préjudice.

Sur la rétrogradation :

Monsieur [Y] [P] indique que par la fourniture du planning du 11 mars 2019, l'employeur a modifié unilatéralement le contrat de travail en l'affectant à un poste de d'agent de sécurité confirmé alors qu'il est classé par son contrat SSIAP. Il était par conséquent en droit de refuser cette modification.

L'employeur conteste qu'il s'agisse d'une rétrogradation, indique qu'un agent de sécurité incendie est avant tout un agent de sécurité et que sur les bulletins de salaire la rémunération et le coefficient sont demeurés inchangés.

La cour relève que la preuve de la réalité de la modification des fonctions de Monsieur [Y] [P] n'est pas établie, faute pour celui-ci d'avoir rejoint sa nouvelle affectation. La cour retient également que le maintien de la rémunération et du salaire contredisent que la modification du poste était réelle et en tout cas de nature à justifier la résiliation du contrat de travail. Le manquement est rejeté.

En conséquence, et par confirmation, la cour rejette la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail et les demandes au titre de l'exécution du contrat de travail en lien avec les manquements invoqués. »

Un salarié peut solliciter la résiliation judiciaire de son contrat de travail, laquelle produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc., 20 janvier 1998, pourvoi n° 95-43.350, Bull. 1998, V, n° 21 ; Soc., 17 mars 1998, pourvoi n° 96-41.884, 96-41.938, Bulletin 1998, V, n° 149), le cas échéant nul (Soc., 26 septembre 2006, pourvoi n° 05-41.890, s'agissant d'un salarié protégé ; Soc., 20 février 2013, pourvoi n° 11-26.560, Bull. 2013, V, n° 47 et Soc., 20 février 2013, pourvoi n° 11-26.560, Bull. 2013, V, n° 47, s'agissant de situations de harcèlement moral), en cas de manquements de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de

travail (Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-21.372, Bull. 2014, V, n° 86 ; Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-35.040, Bull. 2014, V, n° 87).

Notre chambre exerce désormais un contrôle léger sur l'appréciation de ces manquements (Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-11.448, Bull. 2014, V, n° 139 ; Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 12-29.063, Bull. 2014, V, n° 140).

Dans un article intitulé « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire du contrat de travail : les nouveaux atours de la jurisprudence », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 447, M. le conseiller Flores a précisé, notamment :

« En réalité, la Cour de cassation exerce désormais un contrôle sur la cohérence et l'adéquation entre les constatations des juges du fond sur les manquements de l'employeur et la conclusion qu'ils en tirent quant à l'imputabilité de la rupture. C'est, en quelque sorte, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que le souligne le doyen Bailly (18), même si cette formule, usuelle dans les arrêts du Conseil d'État, n'est pas exprimée telle quelle dans la jurisprudence de la Chambre sociale. L'une des premières conséquences est de supprimer l'automatisme de l'imputabilité de la rupture lorsque l'employeur a commis un des manquements qui, auparavant, constituait une cause dirimante de rupture, comme, par exemple un manquement à l'obligation de sécurité de résultat ou une modification du contrat de travail. L'attention se porte désormais, non pas sur la nature de la faute, mais sur sa gravité. La culpa levissima, même dans le cadre de ce qui constituait autrefois une cause automatique de rupture, ne justifie pas, par elle-même l'imputabilité de la rupture à l'employeur. Les juges doivent se poser la question de savoir si elle empêche, ou non, la poursuite du contrat de travail.

(...)

La suppression de toute automatisme et l'exercice du contrôle léger a également pour conséquence de permettre une discussion fondée sur le facteur temporel. En effet, dans deux arrêts du 26 mars 2014, les juges ont pris en compte l'ancienneté des faits invoqués. Il faut toutefois se garder de toute interprétation hâtive ou systématique. La Cour de cassation n'a, en l'espèce, fait que valider le raisonnement des juges du fond, et écarté toute « erreur manifeste d'appréciation ». Elle ne dit pas que, par principe, le temps vient effacer la faute. Là encore, il appartient au juge de mesurer si un fait, fût-il ancien, est ou non suffisamment grave pour faire obstacle à la poursuite du contrat de travail. Dès lors que la gravité d'un manquement est appréciée au jour de la prise d'acte ou de la décision sur la demande de résiliation judiciaire, il est difficile de ne pas prendre en compte les effets du temps écoulé depuis la commission de la faute contractuelle, notamment si celui-ci a agi comme un baume apaisant, ou si l'employeur a mis ce délai à profit pour régulariser la situation : « [...] la cour d'appel ne statue pas par des motifs inopérants en estimant que les manquements imputés par la salariée à l'employeur, dont elle a constaté l'entière régularisation au jour de sa décision, n'étaient pas d'une gravité suffisante pour justifier la résiliation du contrat de travail » (29).

Dire qu'un fait récent peut davantage faire obstacle à la poursuite du contrat de travail qu'un fait ancien relève de la tautologie. Mais l'ancienneté d'un manquement n'exclut pas en elle-même toute imputabilité de la rupture à l'employeur, d'autant que l'exécution du contrat de travail ne vaut pas renonciation à exercer les voies de droit résultant de la faute contractuelle. Il s'agit, à chaque fois, de mesurer la portée du manquement sur la poursuite du contrat de travail au regard des circonstances de l'espèce. »

Sur le critère temporel, dans un entretien publié dans la *Semaine sociale Lamy supplément*, 29 septembre 2014, n° 1645, M. le conseiller doyen Bailly a expliqué :

« Le critère du temps est-il essentiel ? Autrement dit, le salarié ne doit pas tarder à prendre acte ou à demander la résiliation judiciaire de son contrat ?

P. B. : Si un salarié invoque un fait qui empêche la poursuite du contrat, mieux vaut en tirer les conséquences rapidement. Si l'intéressé reste un an ou deux dans l'entreprise, sans protester ni réagir, on pourra lui reprocher de n'avoir pas considéré que le manquement ensuite invoqué compromettrait la poursuite de la relation contractuelle. Ceci vaut pour la prise d'acte mais aussi pour la résiliation judiciaire, même si dans ce dernier cas, des manquements commis en cours de procédure peuvent encore être pris en compte pour apprécier le bien-fondé de la demande. Dans l'appréciation de la gravité

du manquement, le temps peut jouer comme une circonstance atténuante. Si le contrat se poursuit pendant des années sans que le salarié se plaigne de la situation qu'il dénonce, il fragilise sa position. »

Pour des exemples dans lesquels l'ancienneté des manquements reprochés à l'employeur a été retenue et la prise d'acte ou la résiliation judiciaire jugées injustifiées, voir :

- pour la prise d'acte : Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-23.634, Bull. 2014, V, n° 85 ; Soc., 26 septembre 2016, pourvoi n° 15-14.669 ; Soc., 2 mars 2017, pourvoi n° 15-18.917 ; Soc., 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-18.890.

- pour la résiliation judiciaire : Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-35.040, précité ; Soc., 20 octobre 2015, pourvoi n° 14-18.595 ; Soc., 9 décembre 2015, pourvoi n° 14-25.148.

Mais les juges du fond ne peuvent se référer uniquement à l'ancienneté des manquements imputés à l'employeur. Il leur appartient en effet d'apprécier la réalité et la gravité de ces manquements et de dire s'ils étaient de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail (Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 16-20.522), des manquements, même anciens, pouvant être jugés suffisamment graves (Soc., 11 décembre 2015, pourvoi n° 14-15.670).

Et pour des exemples dans lesquels la persistance des manquements de l'employeur ont empêché la poursuite du contrat de travail, voir Soc., 28 janvier 2016, pourvoi n° 14-20.272 ; Soc., 5 octobre 2016, pourvoi n° 14-28.878 ; Soc., 23 novembre 2016, pourvoi n° 14-26.499 ; Soc., 26 janvier 2017, pourvoi n° 15-24.985 ; Soc., 15 janvier 2020, pourvoi n° 18-23.417.

4.4.1. Sur la première branche (cassation par voie de conséquence)

Ce moyen invoquant une cassation par voie de conséquence en application de l'article 624 du code de procédure civile, il n'appelle aucun développement particulier, son sort dépendant de celui réservé aux trois premiers moyens.

4.4.2. Sur les deuxième à quatrième branches, relatives à la modification unilatérale des horaires de jour en horaires de nuit

Les décisions prises par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction s'imposent au salarié, sauf lorsqu'elles ont pour incidence de modifier le contrat de travail, c'est-à-dire lorsqu'elles portent sur des éléments qui ont déterminé le consentement du salarié lors de la conclusion du contrat ou font partie intrinsèque dudit contrat et nécessitent ainsi son accord préalable (Soc., 31 octobre 2000, pourvoi n° 98-45.118, 98-44.988, Bull. 2000, V, n° 354).

La décision de modifier uniquement les conditions de travail du salarié relève ainsi, sauf exception, du seul pouvoir de direction de l'employeur.

En ce qui concerne la modification des horaires de travail, elle ne constitue pas une modification du contrat de travail mais un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur (Soc., 22 février 2000, pourvoi n° 97-44.339, Bull. 2000, V, n° 67 ; Soc., 16 mai 2000, pourvoi n° 97-45.256, Bulletin civil 2000, V, n° 181 ; Soc., 27 juin 2001, pourvoi n° 99-42.462, Bulletin civil 2001, V, n° 234 ; Soc., 20 février 2007, pourvoi n° 05-42.734 ;

Soc., 20 octobre 2010, pourvoi n° 08-44.594, 08-44.595, 08-44.596, Bull. 2010, V, n° 237 ; Soc., 2 avril 2014, pourvoi n° 13-11.060, Bull. 2014, V, n° 93).

Tel n'est pas le cas, en revanche, si les horaires sont contractualisés (Soc., 11 juillet 2001, pourvoi n° 99-42.710, Bulletin civil 2001, V, n° 264 ; Soc., 29 avril 2009, pourvoi n° 08-40.175 ; Soc., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-43.252).

Et notre chambre a jugé, à cet égard, que la commune intention des parties de contractualiser les horaires de travail du salarié ne pouvait résulter de la seule pratique de ces horaires depuis longue date (Soc., 16 septembre 2009, pourvoi n° 08-40.400).

Par ailleurs, certains changements d'horaires, par leur nature même, constituent une modification du contrat de travail et nécessitent l'accord du salarié :

- le passage d'un horaire fixe à un horaire variable (Soc., 14 novembre 2000, pourvoi n° 98-43.218, Bulletin civil 2000, V, n° 365 ; Soc., 24 janvier 2007, pourvoi n° 05-42.688 ; Soc., 18 septembre 2013, pourvoi n° 12-18.065 ; Soc., 28 mai 2014, pourvoi n° 13-10.619 ; Soc., 25 juin 2014, pourvoi n° 13-11.692 ; Soc., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-17.379), et inversement (Soc., 24 janvier 2007, pourvoi n° 05-42.688 ; Soc., 16 septembre 2009, pourvoi n° 08-40.239),

- le passage d'un horaire continu à un horaire discontinu (Soc., 18 décembre 2000, pourvoi n° 98-42.885, Bulletin civil 2000, V, n° 423 ; Soc., 6 juillet 2004, pourvoi n° 02-44.331 ; Soc., 8 juillet 2008, pourvoi n° 06-45.769 ; Soc., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-30.033, Bull. 2011, V, n° 248 ; Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-23.759 ; Soc., 23 septembre 2014, pourvoi n° 13-16.257),

- l'obligation de travailler le dimanche (Soc., 17 novembre 2004, pourvoi n° 02-46.100, Bull., 2004, V, n° 292 ; Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-43.223, Bull. 2011, V, n° 56 ; Soc., 18 janvier 2012, pourvoi n° 10-17.085 ; Soc., 7 mars 2012, pourvoi n° 10-12.846 ; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-18.410 ; Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-23.759 ; Soc., 5 juin 2013, pourvoi n° 12-12.953).

Il en est de même s'agissant du passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit ou inversement (Soc., 27 février 2001, pourvoi n° 98-43.783, Bulletin civil 2001, V, n° 61 ; Soc., 22 mai 2001, pourvoi n° 99-41.146, Bull. 2001, V, n° 178 ; Soc., 5 juin 2001, pourvoi n° 98-44.782, 98-44.781, Bulletin civil 2001, V, n° 206 ; Soc., 18 juin 2002, pourvoi n° 00-44.134 ; Soc., 23 mars 2005, pourvoi n° 03-40.772 ; Soc., 13 décembre 2006, pourvoi n° 05-44.093 ; Soc., 4 mai 2017, pourvoi n° 15-18.229 ; Soc., 20 janvier 2010, pourvoi n° 08-43.236 ; Soc., 24 mars 2010, pourvoi n° 08-43.324 ; Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 11-11.696 ; Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n° 12-21.807 ; Soc., 25 juin 2014, pourvoi n° 13-16.392 ; Soc., 16 janvier 2019, pourvoi n° 17-23.337 ; Soc., 16 décembre 2020, pourvoi n° 19-14.314).

Même lorsque ce passage n'est que partiel (Soc., 7 avril 2004, pourvoi n° 02-41.486, Bull., 2004, V, n° 107 ; Soc., 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-41.537 ; Soc., 1 juillet 2009, pourvoi n° 08-43.650 ; Soc., 7 décembre 2010, pourvoi n° 09-67.652 ; Soc., 18 septembre 2013, pourvoi n° 12-18.065 ; Soc., 25 juin 2014, pourvoi n° 13-11.692 ; Soc., 14 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.767 ; Soc., 15 juin 2016, pourvoi n° 14-27.120 ; Soc., 27 septembre 2017, pourvoi n° 16-17.734 ; Soc., 21 octobre 2020, pourvoi n° 18-23.907).

Et les clauses de variabilité des horaires sont, pour ces changements, indifférentes (Soc., 5 juin 2001, pourvoi n° 98-44.782, 98-44.781, précité ; Soc., 18 décembre 2001, pourvoi n° 98-46.160, Bull. 2001, V, n° 388 ; Soc., 30 avril 2003, pourvoi n° 01-40.929 ; Soc., 13 juillet 2005, pourvoi n° 03-44.866 ; Soc., 22 septembre 2009, pourvoi n° 08-43.034).

Il est à noter qu'un changement d'horaires pour partie de jour pour partie de nuit, qui maintient des horaires pour partie de jour pour partie de nuit, ne constitue pas une modification du contrat de travail (Soc., 4 février 2015, pourvoi n° 13-21.644 ; Soc., 25 mars 2015, pourvoi n° 13-27.980).

Et lorsque le salarié travaille par roulement, sans horaire fixe, il ne peut davantage se prévaloir d'une modification de son contrat de travail (Soc., 12 juillet 1999, pourvoi n° 97-43.045, Bull. 1999, V, n° 345 ; Soc., 10 avril 2019, pourvoi n° 17-28.218).

Les juges du fond peuvent déduire du passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour, et inversement, sans l'accord du salarié, un manquement suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail (Soc., 20 février 2008, pourvoi n° 06-42.360 ; Soc., 16 septembre 2020, pourvoi n° 18-18.039 et Soc., 16 septembre 2020, pourvoi n° 18-18.040). Il est à noter que, dans ces affaires, les salariés avaient manifesté leur opposition à la modification.

Par ailleurs, nous savons que le contrat de travail ne peut être modifié qu'avec l'accord exprès du salarié, lequel ne peut résulter de son silence ou de la poursuite par lui du travail (Soc., 16 octobre 2019, pourvoi n° 17-18.443 ; Soc., 16 octobre 2019, pourvoi n° 17-18.445 ; Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-12.283).

En effet, l'absence de réclamation du salarié ne caractérise pas sa volonté claire et non équivoque d'accepter une modification de son contrat de travail (Soc., 12 juin 2001, pourvoi n° 98-42.632, 98-42.633, 98-42.567, Bull. 2001, V, n° 217).

Elle n'est pas davantage de nature à rendre le manquement de l'employeur inexistant (Soc., 27 mars 2019, pourvoi n° 17-31.116, en l'occurrence, espèce liée au remboursement des frais professionnels).

En l'espèce, le salarié reproche à la cour d'appel :

* deuxième branche (violation de la loi) : de ne pas avoir tiré les conséquences de ses constatations en retenant que l'employeur n'avait pas commis de manquement suffisamment grave de nature à justifier la résiliation du contrat de travail en le faisant passer, par application d'une clause du contrat de travail, d'un horaire de jour à un horaire de nuit, alors qu'elle constatait elle-même que cette faculté contractuelle de modification jour/nuit n'était pas légale,

* troisième branche (violation de la loi) : d'avoir écarté le grief tiré de la modification de son contrat de travail en horaire de nuit aux motifs qu'il avait exécuté régulièrement sa prestation de travail de nuit, sans opposition ni réclamation,

* quatrième branche (manque de base légale) : de ne pas avoir recherché, comme il le lui demandait, si la gravité du manquement ne résultait pas de sa persistance jusqu'au jour de la demande de résiliation.

Notre chambre devra se prononcer sur le bien-fondé de ces critiques.

Si, dans le cadre de son délibéré, elle estimait que, sous couvert de griefs non fondés de violation de la loi et de manque de base légale, le moyen ne tend qu'à remettre en

cause l'appréciation souveraine par la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche qui ne lui avait pas été demandée (les conclusions d'appel du salarié, p. 15 à 20, puis 31 et 32), des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis et dont elle a pu déduire que le manquement tiré de la modification des horaires n'était pas suffisamment grave pour justifier la résiliation judiciaire, elle pourrait écarter ces critiques par la voie du **rejet non spécialement motivé**.

4.4.3. Sur la cinquième branche, relative à la modification unilatérale des attributions du salarié

Nous l'avons vu, notre chambre distingue le changement des conditions de travail, qui relève du pouvoir de direction de l'employeur, de la modification d'un élément du contrat de travail, qui est soumis à l'accord préalable du salarié.

Dans le cadre de son pouvoir de direction, l'employeur peut changer les conditions de travail d'un salarié. La circonstance que la tâche confiée soit différente de celle qu'il effectuait antérieurement, dès l'instant où elle correspond à sa qualification, ne caractérise pas une modification du contrat de travail (Soc., 10 mai 1999, pourvoi n° 96-45.673, Bulletin civil 1999, V, n° 199 ; Soc., 10 octobre 2000, pourvoi n° 98-41.358, Bull. 2000, V, n° 316).

Dans son rapport établi pour l'instruction du pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt Soc., 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-41.129, Mme le conseiller doyen Goasguen expliquait :

« 2. Pour la Cour de cassation, l'un des critères décisifs qui va permettre d'apprécier si le changement dans les missions dévolues à un salarié emporte ou non modification du contrat de travail, est celui de la qualification : "...la circonstance que la tâche donnée à un salarié soit différente de celle qu'il effectuait antérieurement, dès l'instant où elle correspond à sa qualification, ne caractérise pas une modification du contrat de travail" (Cass. soc., 24 avr. 2001, n° 98-44.873, Bull. civ. V, n° 128).

La notion de qualification doit être entendue au sens de compétence requise, de métier, de savoir-faire à mettre en oeuvre mais aussi de responsabilité, de niveau hiérarchique. Elle touche à la nature de l'emploi et partant à l'identité professionnelle du salarié.

En règle générale, la modification du contrat de travail est retenue si le changement apporté aux fonctions du salarié ne correspond pas à sa qualification, s'il requiert l'acquisition de nouvelles compétences, ce qui induit un changement de métier, ou entraîne une réduction du niveau de ses responsabilités.

Il en est ainsi :

- pour un cuisinier chef de laboratoire affecté à un poste de cuisinier de brasserie : la perte de l'élément de recherche qui caractérisait ses anciennes fonctions affectait sa qualification (Cass. soc., 8 janv. 1998, n° 95-42651) ;

- pour un VRP à qui il est demandé l'accomplissement de tâches complémentaires consistant en des études de faisabilité, de suivi et de réception de chantiers, lesquelles tendaient à devenir son activité principale au préjudice de sa mission représentation commerciale (Cass. soc., 8 avr. 1998, n° 95-43442) ;

- pour une dessinatrice-projeteuse qui se voit confier des tâches administratives de documentation technique ne relevant pas de sa qualification et étrangères à son activité (Cass. soc., 17 janv. 2006, n° 04-40965) ;

- pour une vendeuse affectée à un emploi administratif (Cass. soc., 16 nov. 2004, n° 02-45775) ;

- pour un salarié d'une enseigne de bricolage affecté au rayon bois après plusieurs années au rayon sanitaire (Cass. soc., 27 févr. 2007, no 05-43.335) ;

- pour un cadre d'une société de courtage d'assurances affecté à des fonctions commerciales après retrait de ses fonctions de fondé de pouvoir (Cass. soc., 26 oct. 2004, n° 02-42866) ;

- pour un cadre dirigeant à qui le retrait de l'ensemble de ses responsabilités fait perdre sa place dans la hiérarchie (Cass. soc., 3 nov. 2005, n° 03-47621).

3. Pour autant, la nécessité d'adapter les structures et l'organisation de l'entreprise aux évolutions du marché implique une relative plasticité des missions ou des tâches initialement dévolues aux salariés. C'est pourquoi "la circonstance que la tâche donnée à un salarié soit différente de celle qu'il exécutait antérieurement, dès l'instant où elle correspond à sa qualification, ne caractérise pas une modification du contrat de travail" (Cass. soc., 10 oct. 2000, n° 98-41358 ; Cass. soc., 29 nov. 2007, n° 06-43979).

C'est ainsi qu'il n'y a pas modification du contrat de travail :

- pour le barman d'une cafeteria affecté partiellement au stand de vente à emporter, les juges du fond ayant relevé "que l'ajout de tâches, au demeurant marginal, ressortait d'un changement des conditions de travail puisque correspondant à sa qualification"

(Cass. soc., 22 sept. 2009, n° 08-41352) ;

- pour une vendeuse à qui il est désormais demandé de procéder aux encaissements de ses ventes (cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-45266) ;

- pour un fondé de pouvoir au sein du département de la direction des investissements affecté à la direction gestion-départementale-vie des immeubles (Cass. soc., 10 oct. 2000, précité).

- pour un salarié dont la nouvelle mission entrerait pleinement dans les attributions techniques d'un cadre de son niveau au regard de son étendue et de la nature des actions à réaliser (Cass. soc., 8 mars 2006, n° 05-41028). »

Nous pouvons ajouter aux exemples susvisés que constituent un simple changement des conditions de travail :

- un retrait de tâches résultant d'une légitime réorganisation de l'entreprise et qui ne porte aucune atteinte aux responsabilités, attributions et rémunération du salarié (Soc., 23 juin 2010, pourvoi n° 08-45.368),

- ou encore lorsque la substance des fonctions du salarié, qui a conservé l'essentiel de ses attributions, sa qualification et sa rémunération, n'est pas touchée par la réorganisation de l'entreprise (Soc., 24 janvier 2007, pourvoi n° 05-42.980).

En revanche, tel n'est pas le cas des changements décidés par l'employeur dans les fonctions exercées par le salarié s'ils ont pour effet de faire perdre au salarié ses responsabilités (Soc., 28 janvier 2005, pourvoi n° 03-40.639, Bull., 2005, V, n° 35 ; Soc., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66.818, Bull. 2011, V, n° 94 ; Soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-19.479, Bull. 2014, V, n° 34 ; Soc., 7 décembre 2017, pourvoi n° 16-19.982 ; Soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-22.415 ; Soc., 21 octobre 2020, pourvoi n° 19-12.510) ou de modifier la substance même de son activité (Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-44.815 ; Soc., 9 décembre 2010, pourvoi n° 09-40.126 ; Soc., 23 novembre 2017, pourvoi n° 16-15.939).

Le changement opéré est apprécié souverainement par les juges du fond (Soc., 31 octobre 2007, pourvoi n° 06-41.508 ; pour un exemple récent, Soc., 9 décembre 2020, pourvoi n° 19-16.473).

Cette appréciation se fait au regard des fonctions réellement exercées par le salarié et non au regard des fonctions mentionnées dans le contrat de travail (pour un rappel récent, Soc., 23 septembre 2020, pourvoi n° 18-25.623).

Le maintien de la rémunération est indifférent (Soc., 8 octobre 2003, pourvoi n° 01-44.772).

Et il n'est pas nécessaire que la modification du contrat soit effective pour qu'un manquement soit caractérisé (Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 11-27.715).

Une modification unilatérale du contrat de travail ayant eu pour effet une diminution des responsabilités du salarié peut constituer un manquement empêchant la poursuite du contrat de travail (Soc., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-23.850 ; Soc., 4 novembre 2015, pourvoi n° 13-

14.412 ; Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-16.498 ; Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-16.603 ; Soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-22.415, précité).

En l'espèce, le salarié reproche à la cour d'appel d'avoir statué par des motifs impropres à exclure une modification du contrat de travail en écartant le grief tiré d'une modification de ses fonctions aux motifs que la preuve de la réalité de cette modification n'était pas établie, faute pour lui d'avoir rejoint sa nouvelle affectation et dans la mesure où le maintien de la rémunération et du salaire contredisaient que la modification était réelle (manque de base légale).

Notre chambre devra dire si ce grief est fondé.

Si elle considérait, dans le cadre de son délibéré, qu'il porte sur des motifs surabondants, la cour d'appel ayant retenu qu'en tout état de cause, au regard du maintien de la rémunération du salarié, le manquement tiré d'une modification des attributions du salarié ne justifiait pas la résiliation judiciaire du contrat de travail, faisant ainsi ressortir qu'il ne constituait pas un manquement suffisamment grave de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail, elle pourrait le rejeter par une **décision non spécialement motivée**.

4.4.4. Sur la sixième branche, relative à l'absence de suivi médical du salarié

Nous savons que le juge, saisi d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, doit examiner l'ensemble des griefs invoqués au soutien de celle-ci (cassation au visa de l'article 455 du code de procédure civile : Soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 10-17.104 et Soc., 13 mars 2019, pourvoi n° 17-27.380 ; rejet : Soc., 3 mai 2018, pourvoi n° 16-18.116, Bull. 2018, V, n° 71 et Soc., 27 novembre 2019, pourvoi n° 18-14.725), ce, quelle que soit leur ancienneté (Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-18.533, en cours de publication, cassation au visa de l'article L. 1231-1 du code du travail).

En l'espèce, le salarié reproche à la cour d'appel de ne pas avoir répondu au moyen selon lequel il soutenait que la résiliation du contrat de travail était justifiée par l'absence de suivi médical régulier (défaut de réponse à conclusions).

Le salarié faisait notamment valoir dans ses conclusions d'appel (p. 31) :

« Or, le contrat de travail de Monsieur [Y] [P] a été doublement modifié unilatéralement, puisque :
- l'employeur a imposé un passage à un horaire de nuit, qui plus est sans respecter les modalités de suivi médical renforcé - l'employeur a imposé une rétrogradation, modifiant son poste de SSIAP pour l'affecter sur un poste d'Agent de sécurité confirmé.
La Cour ne pourra de plus fort que dire et juger que la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts exclusifs de l'employeur était justifiée.
Sur ce dernier point, l'employeur, qui ne conteste pas qu'il n'a pas respecté les modalités de suivi médical renforcé du travail de nuit, ce qui de fait empêche la poursuite du contrat puisque l'employeur veut faire travailler Monsieur [P] uniquement de nuit, et ne dit rien sur le passage à un horaire de nuit, répond que la modification unilatérale du contrat de travail n'impliquerait pas la résiliation judiciaire, en travestissant le sens de la jurisprudence. »

Il est proposé de rejeter ce grief par une **décision non spécialement motivée**.

En effet, après avoir relevé que le salarié se plaignait d'une modification unilatérale de ses horaires de travail, puis d'une absence de suivi médical régulier lié à son travail de

nuit, la cour d'appel a jugé que les griefs, du fait de leur ancienneté, n'étaient pas de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail.

Ce faisant, elle a inclus, dans les griefs, l'absence de suivi médical du salarié et ainsi répondu au moyen prétendument omis.

4.5. Sur le cinquième moyen, relatif au licenciement

Selon l'article L. 1232-1 du code du travail, tout licenciement est justifié par une cause réelle et sérieuse.

La faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise (Soc., 27 septembre 2007, pourvoi n° 06-43.867, Bull. 2007, V, n° 146 ; Soc., 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-41.294, Bull. 2010, V, n° 214). Elle permet donc le congédiement du salarié avec effet immédiat, sans indemnité de préavis ni de licenciement.

Notre chambre a récemment rappelé sa définition : « *la faute grave résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputable au salarié, qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis* » (Soc., 11 septembre 2019, pourvoi n° 17-23.191, qui est la reprise d'une formulation employée dans l'arrêt Soc., 26 février 1991, pourvoi n° 88-44.908, Bull. 1991, V, n° 97).

Il incombe à l'employeur de rapporter la preuve de la faute grave qu'il invoque à l'appui du licenciement (Soc., 5 mars 1981, pourvoi n° 78-41.806, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N 187 ; Soc., 12 mai 1993, pourvoi n° 89-43.953, Bull. 1993, V, n° 137 ; Soc., 9 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.204, Bull. 2001, V, n° 306 ; Soc., 19 juin 2002, pourvoi n° 00-42.393).

Les juges du fond apprécient souverainement les faits qui fondent l'action disciplinaire (Soc., 18 janvier 2012, pourvoi n° 10-16.832 ; Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-20.502 ; Soc., 5 juillet 2017, pourvoi n° 16-12.387 ; Soc., 12 septembre 2018, pourvoi n° 16-24.152 ; Soc., 17 avril 2019, pourvoi n° 18-10.632 ; Soc., 1 juillet 2020, pourvoi n° 19-10.830 ; Soc., 11 mars 2020, pourvoi n° 18-25.972 ; Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-10.930).

La Cour de cassation contrôle, en revanche, la qualification de faute grave (Soc., 7 janvier 1988, pourvoi n° 84-45.925, Bulletin 1988 V N° 16 ; Soc., 11 mai 2005, pourvoi n° 03-41.366), notamment en quoi le comportement du salarié rendait impossible son maintien dans l'entreprise (Soc., 4 juin 1996, pourvoi n° 93-43.299, 94-40.662 ; Soc., 16 novembre 2005, pourvoi n° 03-46.655).

Mais ce contrôle est limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

Pour l'appréciation de la gravité de la faute, les juges tiennent compte des circonstances qui l'entourent. Voir, pour des exemples récents, sans être exhaustifs, dans lesquels ont été pris en compte :

- l'importance des faits : Soc., 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-21.340 ; Soc., 12 septembre 2018, pourvoi n° 16-11.690 ; Soc., 1 juillet 2020, pourvoi n° 19-10.830,
- le parcours du salarié dans l'entreprise (ancienneté, passé disciplinaire) : Soc., 4 octobre 2017, pourvoi n° 16-20.184 ; Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 16-20.622 ; Soc., 21 juin 2018, pourvoi n° 16-21.299,

- le respect, par l'employeur, de ses obligations : Soc., 30 novembre 2017, pourvoi n° 16-20.795 (en l'occurrence, des négligences en matière d'hygiène et de sécurité),
- le fait que l'employeur a toléré les faits : Soc., 26 mai 2016, pourvoi n° 14-29.146,
- le contexte des faits, notamment l'existence d'une situation de conflit : Soc., 13 juillet 2016, pourvoi n° 15-16.213 ; Soc., 10 novembre 2016, pourvoi n° 15-16.416, étant observé que l'existence d'un conflit entre les parties ne permet pas systématiquement d'écarter la qualification de faute grave (Soc., 4 octobre 2011, pourvoi n° 10-10.452 ; Soc., 20 avril 2017, pourvoi n° 14-28.094).

En ce qui concerne le respect, par l'employeur, de ses obligations, notre chambre a jugé que le refus par un salarié de reprendre le travail peut être légitimé par un manquement de l'employeur à ses obligations (Soc., 23 juin 2009, pourvoi n° 07-44.844, Bull. 2009, V, n° 158, en l'occurrence, il s'agissait d'un salarié mis pied à titre disciplinaire dont la sanction avait été jugée injustifiée et qui refusait de reprendre le travail tant que ses salaires ne seraient pas payés), ce que les juges du fond apprécient souverainement (Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 10-16.805).

En l'espèce, la cour d'appel a statué comme suit sur la contestation du licenciement :

« La lettre de licenciement qui fixe définitivement le litige et lie le juge et les parties est rédigée selon les termes suivants :

Nous avons eu à déplorer de votre part les agissements suivants.

Absent depuis le 12 mars 2019 et sans justification du motif de votre absence, nous vous avons mis en demeure, par courrier recommandé en date du 11 juin 2019, de reprendre votre poste de travail conformément au planning que nous vous avons communiqué ou de justifier du motif de votre absence.

Vous n'avez pas déféré à cette sommation du 11 juin 2019, vous avez continué à ne pas vous présenter à votre poste de travail.

Vous êtes donc en absence injustifiée depuis le 12 mars 2019.

Le 17 juin 2019, n'ayant toujours pas donné suite à nos courriers et face à votre refus de reprendre votre poste de travail, nous vous avons convoqué à un entretien préalable en vue d'un éventuel licenciement pour le 26 juin 2019.

Votre absence à l'entretien ne nous a permis de recueillir vos explications ni de modifier notre appréciation des faits.

Par ailleurs, la réitération de vos agissements fautifs prouve que vous n'avez tenu compte ni de nos courriers ni des dispositions de l'article 3.3« Retards et absences » de notre Règlement Intérieur qui stipule que :

« Les retards ou absences non autorisés constituent des fautes pouvant donner lieu à sanction.

En cas d'absence imprévisible, le salarié doit faire diligence pour informer son employeur et le justifier dans les délais fixés par la convention collective.

En cas d'accident du travail ou de maladie, le salarié devra justifier de son absence, de la prolongation de celle-ci, en faisant parvenir le certificat cal dans les 48 heures à son employeur. »

Devant votre refus volontaire de remplir les obligations liées à votre contrat de travail, nous sommes contraints, par conséquent, de vous notifier, votre licenciement pour faute grave.

Cette mesure est à effet immédiat et votre contrat de travail est définitivement rompu le 1er juillet 2019 à l'issue de votre poste.

Le montant de salaire équivalent à votre absence injustifiée à compter du 12 mars 2019 ne vous est pas dû.

Monsieur [Y] [P] a été licencié pour faute grave, à savoir une absence injustifiée depuis le 12 mars 2019

Sur le moyen de l'article R 1232-13 du code du travail :

L'employeur oppose qu'à défaut pour le salarié d'avoir demandé des précisions sur les motifs énoncés dans la lettre de licenciement dans les 15 jours auprès de son employeur, il n'est plus fondé à contester le licenciement sous l'angle de l'insuffisance de motivation, celle-ci constituant au mieux une irrégularité de procédure qui ne pourrait être réparée que par une indemnité ne pouvant excéder un mois de salaire.

La cour relève que le salarié en l'espèce ne conteste pas l'insuffisance de motivation du licenciement mais conteste l'existence du grief invoqué à titre de faute grave et entreprend par ce biais la légitimité du licenciement.

Le moyen est rejeté.

Sur le moyen tiré de la prescription du grief :

Le salarié invoque l'article L 1332-4 du code du travail selon lequel un fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuite disciplinaire au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales.

En substance, il soutient que le supposé « abandon de poste » ayant commencé le 12 mars 2019 et s'étant prolongé jusqu'au 1er juillet, sans réaction de l'employeur était prescrit sur le plan disciplinaire au moment du licenciement, depuis le 12 mai 2019.

La cour retient qu'il est fait reproche au salarié de ne pas être présent sur son poste de travail (ce qui n'est pas contesté) et de ne pas justifier des raisons de son absence, état de fait constaté depuis le 12 mars mais réitéré par la suite, notamment ensuite de la mise en demeure de reprendre le travail du 11 juin 2019.

Le grief n'est pas prescrit.

Sur le fond :

La faute grave s'entend d'un manquement du salarié à ses obligations contractuelles ou en lien avec ses relations de travail, d'une particulière gravité ayant pour conséquence d'interdire le maintien du salarié dans l'entreprise même pendant la durée limitée du préavis ; aussi, les faits invoqués comme constitutifs de faute grave doivent par conséquent être sanctionnés dans un bref délai.

La preuve des faits constitutifs de faute grave incombe à l'employeur et à lui seul et il appartient au juge du contrat de travail d'apprécier au vu des éléments de preuve figurant au dossier si les faits invoqués dans la lettre de licenciement sont établis, imputables au salarié, et s'ils ont revêtu un caractère de gravité suffisant pour justifier l'éviction immédiate du salarié de l'entreprise.

En l'espèce, le fait matériel de la non présentation sur le poste de travail depuis le 12 mars n'est pas contesté. L'employeur indique également sans être contredit que le salarié, à l'exception du courrier de son conseil en date du 1^{er} avril 2019, n'a livré aucune explication sur son absence. L'employeur produit également le courrier de mise en demeure du 11 juin, demeuré sans effet.

Les faits d'absence injustifiée s'étant prolongé dans le temps, ce malgré mis en demeure du 11 juin 2019, sont établis.

Contrairement à ce qui est soutenu, le salarié n'établit pas des circonstances justifiant ce refus de prise de poste, notamment par l'existence d'un déclassement.

Ces faits d'abandon de poste sans justification sont constitutifs d'une faute grave qui justifie la cessation immédiate des relations de travail.

Les demandes au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse seront en confirmation rejetées.

La cour retient également que la société est fondée à ne pas rémunérer les mois de mars, à compter du 12 mars, avril, mai, juin et juillet, jusqu'au licenciement, l'absence étant injustifiée. Les demandes de rappel de salaire à ce titre sont rejetées.

La cour relève que le salarié ne présente pas de demande au titre de la non rémunération des jours des 1^{er}, 4, 5 et 9 mars 2019. Il n'y a pas lieu à statuer, ni à confirmer le jugement entrepris sur ce point. »

Le salarié lui reproche :

* première branche (manque de base légale) : de ne pas avoir recherché si le fait d'imposer au salarié un travail de nuit, manquement dont elle avait constaté l'existence, ne justifiait pas le refus du salarié de reprendre son travail,

* seconde branche (violation de la loi) : d'avoir retenu que le licenciement était fondé sur une faute grave, aux motifs réputés adoptés qu'il avait déjà travaillé de nuit en novembre 2017 et qu'il n'avait jamais contesté ce principe par le passé.

Notre chambre devra se prononcer sur les mérites du moyen.

Si, dans le cadre de son délibéré, elle considérait que la cour d'appel, ayant retenu que le salarié n'établissait pas des circonstances justifiant son refus de prise de poste, en visant « notamment » la rétrogradation, a implicitement procédé à la recherche prétendument omise, et que les motifs critiqués par la seconde branche ne concernent

pas le licenciement, mais uniquement la demande de dommages-intérêts pour modification unilatérale du contrat de travail, de sorte qu'ils ne peuvent être réputés adoptés en ce qui concerne le licenciement, elle pourrait rejeter le moyen dans son ensemble par une **décision non spécialement motivée**.