



RAPPORT DE Mme VALÉRY, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

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

Pourvoi n° 23-15.944

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

**Mme [G] [O]
C/
la société OV**

*Rapport contenant avis en application de l'article 16 du code de procédure civile (p.16 du rapport)
Proposition de rejet non spécialement motivé des 2^{ème}, 3^{ème} et 4^{ème} moyens (p.5), et partiellement du 5^{ème}
moyen (p.18)*

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [O] a été engagée le 1^{er} mars 2006 en qualité de premier monteur lunetier vendeur par la société O.V.

Le 28 mars 2017, l'employeur a notifié à la salariée une mise à pied de 45 jours à compter de la fin de son arrêt maladie pour absences injustifiées.

La salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail le 10 juillet 2017.

Elle a été déclarée inapte à son poste de travail le 13 novembre 2017, l'avis d'inaptitude ayant été déclaré « injustifié » par ordonnance de référé du conseil de prud'hommes de La-Roche-sur-Yon du 20 juin 2018.

Le conseil de prud'hommes de La Roche sur Yon par jugement du 6 septembre 2018, a notamment :

- constaté le dépassement des durées légales de travail, l'absence de pause le lundi et le travail pendant l'arrêt maladie et condamné en conséquence l'employeur à payer à la salariée des dommages et intérêts,
- « jugé justifiée » la demande de résiliation judiciaire du contrat et condamné l'employeur à payer la salariée des sommes au titre de la rupture du contrat de travail.

La société O.V a cédé son fonds de commerce à la société Rocheskoff, assignée en intervention forcée à l'instance en appel par la salariée.

Par arrêt du 2 février 2023, la cour d'appel de Poitiers a débouté la salariée de ses demandes de dommages-intérêts pour manquement à la réglementation du travail, de résiliation judiciaire du contrat de travail et d'indemnité de rupture, et condamné la salariée à payer à l'employeur une somme au titre de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence.

Déclaration de pourvoi par la salariée le 17 mai 2023.

Mémoire ampliatif produit le 18 septembre 2023 (demande article 700 cpc : 3.500 €).

Désistement partiel du pourvoi à l'égard de la société Rocheskoff.

Mémoire en défense produit le 27 novembre 2023 (demande article 700 cpc : 3.000 €).

2 - Analyse succincte des moyens

2.1 - PREMIER MOYEN

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande de dommages et intérêts pour manquement à la réglementation du travail, alors :

1°/ que l'employeur qui méconnaît les dispositions relatives au temps de pause en cas de temps de travail journalier supérieur à six heures commet une faute qui cause un préjudice au salarié, privé ainsi d'une période de repos minimale nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé ; que, pour débouter la salariée de sa demande, la cour d'appel a retenu que si celle-ci n'avait bénéficié d'aucun temps de pause les lundis, travaillant en continue pendant 10h30, elle ne justifiait pas « du moindre préjudice » dès lors qu'elle ne s'était « jamais plainte, tout au long de la relation contractuelle, de ne pas avoir pu bénéficier de sa pause de 20 minutes le lundi. Par ailleurs, il résulte des récapitulatifs d'heures supplémentaires établis par Mme [O] pour l'année 2015 et pour l'année 2016 ainsi que des tableaux récapitulatifs et des bulletins de salaire de Mme [O] que cette dernière a été payée de toutes les heures réalisées, comprenant les 10h30 les lundis, soit sous forme d'heures supplémentaires soit par l'octroi de repos compensateur » ; qu'en statuant ainsi, quand le seul constat que la salariée avait été privée de tout temps de pause les lundis lui ouvrait droit à réparation, la cour d'appel a violé l'article L. 3121-16 du code du travail, l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à

la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs et l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, interprétés à la lumière de l'article 4 de la directive n° 2003/88/CE du Parlement et du Conseil du 4 novembre 2003.

2° / que l'employeur qui fait travailler le salarié pendant un arrêt de travail pour maladie lui cause un préjudice en portant atteinte à son droit fondamental à la santé ; que pour la débouter de sa demande, la cour d'appel a retenu que si la salarié a « dû venir trois fois pendant son arrêt maladie de 2014-2015 pour accomplir, ponctuellement et sur une durée limitée, une tâche professionnelle, ce qui caractérise un manquement de l'employeur à ses obligations », celle-ci « n'allègue et ne démontre aucun préjudice spécifique en découlant se contentant d'indiquer, à tort, que le manquement de l'employeur occasionne nécessairement un préjudice » ; qu'en statuant ainsi, quand le seul constat que la salariée avait dû travailler pendant un arrêt de travail pour maladie lui ouvrait droit à réparation, la cour d'appel a violé l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs et l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

2.2 - DEUXIEME A QUATRIEME MOYENS, PROPOSITION DE REJET NON SPECIALEMENT MOTIVE

2.2.1 : deuxième moyen

La salariée fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à voir écarter la pièce n° 66 de la société OV [en fait n° 67 ensuite d'une erreur de plume du dispositif des conclusions de la salariée], et de la débouter de ses demandes de résiliation de son contrat de travail aux torts de la SARL O.V., d'indemnité compensatrice de préavis et des congés payés afférents, d'indemnité légale de licenciement, de dommages et intérêts pour rupture abusive de son contrat de travail., alors que l'application des règles de procédure ne peut conduire à un formalisme excessif portant atteinte à l'équité de la procédure ; qu'en relevant que « si dans le dispositif de ses conclusions, Mme [O] demande que la pièce n° 66 soit écartée des débats, aucun moyen n'a été formulé dans la partie discussion de ses conclusions pour soutenir cette prétention. En effet, le seul argumentaire de Mme [O] porte sur la pièce n° 67 dont il n'est pas demandé, dans le dispositif des conclusions, qu'elle soit écartée des débats », quand la mention de la pièce n° 66 dans le dispositif des conclusions de la salariée résultait manifestement d'une erreur matérielle dès lors qu'il résulte des termes de ses écritures que la demande visait sans ambiguïté la pièce n° 67, la cour d'appel, qui a fait preuve d'un formalisme excessif privant la salariée d'un droit à un procès équitable, a violé les articles 954 et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2.2.2 : troisième moyen subsidiaire au deuxième

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes de résiliation de son contrat de travail aux torts de la SARL O.V., d'indemnité compensatrice de préavis et des congés payés afférents, d'indemnité légale de licenciement, de dommages et intérêts pour rupture abusive de son contrat de travail, alors que pour débouter la salariée de sa demande de résiliation judiciaire, la cour d'appel s'est fondée sur la pièce n° 67 produite par l'employeur sans préalablement se prononcer sur la licéité de celle-ci ; qu'en statuant ainsi, motif pris que la salariée visait dans le dispositif de ses écriture la pièce n° 66 quand, en tout état de cause, il lui appartenait, pour statuer sur la

demande de résiliation, de se prononcer sur la licéité de cette pièce, la cour d'appel a méconnu son office et violé l'article L. 1231-1 du code du travail.

2.2.3 : quatrième moyen subsidiaire aux deux précédents

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes de résiliation de son contrat de travail aux torts de la SARL O.V., d'indemnité compensatrice de préavis et des congés payés afférents, d'indemnité légale de licenciement, de dommages et intérêts pour rupture abusive de son contrat de travail, alors :

1°/ que le juge a l'interdiction de dénaturer les documents de la cause ; qu'en retenant que « lors de l'entretien préalable, ainsi que M. [A] ayant assisté Mme [O] le rapporte, Mme [B] a demandé à la salariée "ce qu'elle souhaite depuis la fin de son activité le 1er février 2017" et lui a proposé, in fine, une augmentation de salaire. À cette interrogation, Mme [O] a répondu qu'elle souhaitait cesser ses fonctions "dans le but de préparer une autre activité à titre individuel pour la vente de lunettes ou autre emploi éventuel". La société O.V. prétend qu'elle a découvert à cette occasion les réelles intentions de Mme [O] qui était de créer un commerce concurrent, affirmation que la salariée échoue à remettre en cause » quand la retranscription par l'huissier de justice de l'entretien préalable produit par l'employeur en pièce n° 67 ne comportait pas les termes « dans le but de préparer une autre activité à titre individuel pour la vente de lunettes ou autre emploi éventuel » ni la moindre allusion de la part de la salariée à un prétendu projet de création d'un commerce concurrent, la cour d'appel a dénaturé la pièce n° 67 de l'employeur en violation du principe susvisé.

2°/ que le juge ne peut modifier l'objet du litige tel que déterminé par les prétentions respectives des parties exprimées dans leurs conclusions ; qu'en l'espèce, pour débouter la salariée de ses demandes, la cour d'appel a retenu qu'« il ne saurait dès lors être sérieusement reproché à la société O.V. d'avoir fait preuve de déloyauté en prononçant une sanction disciplinaire distincte de celle qui était supposée être convenue entre les parties » ; qu'en statuant ainsi, quand la salariée dénonçait la déloyauté de l'employeur dans le fait de prétendre ignorer les motifs de son absence, la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation des articles 4 et 5 du code de procédure civile.

3°/ que justifient la résiliation judiciaire du contrat de travail de travail les manquements de l'employeur d'une telle gravité qu'ils en empêchent la poursuite ; qu'en retenant que la mise à pied de 45 jours dont elle avait prononcé la nullité et le fait d'avoir fait travailler la salariée pendant un arrêt de travail n'étaient pas suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat de travail, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article L. 1231-1 du code du travail.

Éléments de réponse

La salariée a été mise en demeure le 4 février 2017 de justifier de son absence à son poste depuis le 1^{er} février, puis convoquée à un entretien préalable à licenciement. Elle a été finalement mise à pied le 28 mars 2017 pour 45 jours.

Elle soutenait devant la cour d'appel (cf ses conclusions p.4, 8, 17) que cette absence avait été convenue entre les parties, en vue d'un licenciement pour abandon de poste, et que son employeur avait changé d'avis en prononçant de manière déloyale une mise à pied, en prétendant ignorer les motifs de son absence.

Elle sollicitait l'annulation de sa mise à pied, et invoquait ce grief de déloyauté à l'appui de sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail.

L'employeur contestait tout arrangement en vue d'un licenciement (cf ses conclusions, p.4) et soutenait avoir appris que la salariée avait prévu de se faire licencier pour ouvrir un commerce concurrent. L'employeur produisait devant la cour d'appel une pièce n°67, s'agissant d'un procès-verbal de constat retranscrivant les propos tenus lors de l'entretien préalable.

Dans ses conclusions, en page 5, la salariée demandait à la cour d'appel d'écarter cette pièce n°67, au motif qu'il s'agissait d'une preuve déloyale, l'enregistrement de l'entretien ayant été fait clandestinement par la gérante.

Dans le dispositif de ses conclusions, la salariée demandait à la cour d'appel « d'écarter la pièce n°66 obtenue de manière déloyale ».

Sur cette dernière demande, la cour d'appel a statué aux motifs suivants :

« Sur la demande tendant à écarter des débats la pièce n°66 produite par la société O.V. :

Il résulte des articles 4 et 954 , alinéas 1 et 3, du code de procédure civile que l'objet du litige est déterminé par les prétentions des parties, qu'en appel, dans les procédures avec représentation obligatoire, ces prétentions, ainsi que les moyens sur lesquels elles sont fondées, doivent être expressément formulés dans les conclusions et que la cour d'appel ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion.

En l'espèce, la cour constate que si dans le dispositif de ses conclusions, Mme [O] demande que la pièce adverse n°66 soit écartée des débats, aucun moyen n'a été formulé dans la partie discussion de ses conclusions pour soutenir cette prétention. En effet, le seul argumentaire de Mme [O] porte sur la pièce n°67 dont il n'est pas demandé, dans le dispositif des conclusions, qu'elle soit écartée des débats.

En conséquence, à défaut de tout moyen soutenu, il convient de débouter Mme [O] de sa demande tendant à ce que la pièce n°66 soit écartée des débats. »

Pour faire droit à la demande d'annulation de la mise à pied en raison du caractère disproportionné de la sanction (arrêt, p.9), la cour d'appel a constaté que l'employeur avait été informé à l'avance de l'absence de la salariée qui souhaitait quitter l'entreprise, et que cette absence avait été convenue par les parties pour permettre un licenciement.

Examinant ensuite la demande de résiliation judiciaire, la cour d'appel a énoncé (arrêt, p.15, avant dernier §) :

« Lors de l'entretien préalable, ainsi que M. [A] ayant assisté Mme [O] le rapporte, Mme [B] a demandé à la salariée " ce qu'elle souhaite depuis la fin de son activité le 1er février 2017" et lui a proposé, in fine, une augmentation de salaire. A cette interrogation, Mme [O] a répondu qu'elle souhaitait cesser ses fonctions " dans le but de préparer une autre activité à titre individuel pour la vente de lunettes ou autre emploi éventuel ". La société O.V. prétend qu'elle a découvert à cette occasion les réelles intentions de Mme [O] qui étaient de créer un commerce concurrent, affirmation que la salariée échoue à remettre en cause. »

La cour d'appel s'est fondée sur ces constatations pour considérer que si la mise à pied prononcée était disproportionnée, elle ne présentait toutefois aucun caractère déloyal :

« Il ne saurait dès lors être sérieusement reproché à la société O.V. d'avoir fait preuve de déloyauté en prononçant une sanction disciplinaire distincte de celle qui était supposée être convenue entre les parties, dès lors que Mme [O] ne démontre pas qu'elle avait fait part à son employeur de ses réelles motivations pour obtenir son accord sur la rupture du contrat de travail, quel qu'en soit le mode. La cour observe en outre que rien n'empêchait Mme [O] de démissionner si son souhait était de quitter l'entreprise pour trouver un autre emploi. »

Réponse aux moyens

La première branche du quatrième moyen pris d'une dénaturation de la pièce n°67 n'est pas fondée, en ce qu'il ne ressort pas de l'arrêt que la cour d'appel ait tiré de cette pièce (qu'elle ne cite pas) les énonciations contestées citées par le moyen.

A considérer même que le visa, au dispositif des conclusions de la salariée, de la pièce « n°66 » relève d'une erreur matérielle, le deuxième moyen est inopérant et le troisième moyen infondé, dès lors que la cour d'appel n'a pas fondé ses constatations sur la pièce n°67 produite par l'employeur (qui effectivement ne fait pas apparaître les propos contestés), mais manifestement sur la pièce n°8 produite par la salariée elle-même devant la cour d'appel (prod.2 à l'appui du mémoire en défense : compte-rendu d'entretien préalable rédigé par M.[A], qui mentionne, en p.2 : *« d'emblée Mme [B] demande à Mme [O] ce qu'elle souhaite depuis la fin de son activité le 1^{er} février 2017. A cette interrogation que Mme [O] estime surprenante, elle rappelle que l'employeur a été prévenu suffisamment tôt du souhait de cesser ses fonctions dans le but de préparer une autre activité à titre individuel pour la vente de lunettes ou autre emploi éventuel »*).

La cour d'appel a énoncé en p.6 de l'arrêt que Mme [O] *« explique qu'un accord était intervenu avec Mme [B] pour qu'à défaut de rupture conventionnelle, la société OV la licencie. Elle affirme qu'elle a fourni à Mme [B] les modèles de mise en demeure et de lettre de convocation et que son employeur a finalement changé d'avis en prononçant, à son encontre, avec déloyauté, une mise à pied »*, ce qui correspond à l'argumentation de la salariée dans ses conclusions p.4, 8 et 19. La salariée relevait également en p.31 de ses conclusions que l'employeur avait manqué de loyauté en prétendant à tort lors du prononcé de la sanction, être dans l'ignorance la plus totale des motifs de son absence. C'est sans méconnaître les termes du litige, mais au contraire en répondant précisément aux arguments de la salariée, que la cour d'appel a estimé que si la sanction était disproportionnée en ce que l'absence de la salariée avait été convenue, l'employeur n'avait pas fait preuve de déloyauté dès lors que la salariée ne démontrait pas l'avoir informé à l'avance de ses réelles motivations pour obtenir une rupture du contrat. La deuxième branche du quatrième moyen n'est donc pas fondée.

La Cour de cassation n'exerce qu'un contrôle léger sur le caractère de gravité de la faute de nature à justifier le prononcé d'une résiliation judiciaire. La cour d'appel, qui a considéré que l'employeur avait prononcé en mars 2017 une sanction disproportionnée mais non déloyale dès lors que la salariée n'avait pas informé l'employeur de ses projets professionnels, et que la salariée avait travaillé à trois reprises entre 2014 et 2015 pour une intervention ponctuelle et limitée, à la demande de l'employeur et sans démontrer y avoir été contrainte, a pu retenir que ces manquements n'avaient pas

empêché la poursuite du contrat de travail. La troisième branche du quatrième moyen n'est donc pas fondée.

2.4 - CINQUIEME MOYEN

La salariée fait grief à l'arrêt de déclarer recevable la demande de la société O.V. au titre de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence et de la condamner à payer à l'employeur une somme au titre de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, alors :

1°/ qu'à peine d'irrecevabilité, relevée d'office, l'appelant doit présenter l'ensemble de ses prétentions sur le fond dès la notification de ses premières conclusions ; qu'en retenant que l'employeur était recevable à demander à ce que la salariée soit condamnée à lui restituer une somme au titre de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence, quand il résultait de ses constatations que l'employeur n'avait pas présenté cette prétention dès ses premières conclusions d'appelant, la cour d'appel a violé l'article 910-4 du code de procédure civile ;

2°/ que l'action en répétition de la contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; qu'en retenant que la demande de l'employeur n'était pas prescrite motifs pris « qu'elle l'a formulée pour la première fois dans ses conclusions du 22 avril 2022 et que le dernier paiement était intervenu moins de trois ans auparavant en septembre 2019 », la cour d'appel a violé l'article L. 3245-1 du code du travail ;

3°/ que la cassation qui interviendra sur les deuxième, troisième ou quatrième moyens de cassation entraînera, par voie de dépendance nécessaire, la censure du chef de dispositif attaqué par le présent moyen en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

4°/ que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d'indemniser le salarié tenu d'une obligation limitant ses possibilités d'exercer un autre emploi ; que l'infirmité par une cour d'appel d'un jugement ayant prononcé la résiliation judiciaire d'un contrat de travail n'ouvre pas droit pour l'employeur à restitution des indemnités qu'il a versé au salarié au titre de la clause de non-concurrence mise en œuvre à la suite du jugement, dès lors que le salarié a respecté cette clause ; qu'en retenant que la demande de l'employeur était fondée « compte tenu du fait que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence ne peut pas être payée avant la rupture du contrat de travail » quand il n'était pas contesté qu'à la suite du jugement prononçant la résiliation judiciaire de son contrat de travail, la salariée avait respecté la clause de non-concurrence, la cour d'appel a violé les articles L. 1221-1 du code du travail et 1103 du code civil, ensemble les articles 17 de la loi des 2 et 17 mars 1791, 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que 15 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

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

Premier moyen : existence d'un préjudice nécessaire dans les hypothèses suivantes :

- non respect par l'employeur du temps de pause quotidien
- l'employeur fait travailler le salarié pendant une suspension du contrat pour maladie

NB : la chambre est saisie de pourvois posant des questions similaires (M2216129 et J2223648)

Cinquième moyen : l'employeur qui a payé une contrepartie financière de la clause de non-concurrence en exécution d'un jugement de première instance prononçant la résiliation du contrat de travail peut-il obtenir la restitution de cette somme si la cour d'appel infirme le jugement et déboute la salariée de sa demande de résiliation judiciaire ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 - SUR LE PREMIER MOYEN

En l'espèce, la cour d'appel a constaté :

- que l'employeur avait manqué à son obligation découlant de l'article L.3121-33 du code du travail devenu l'article L.3121-16 depuis la loi du 8 août 2016 (respect d'un temps de pause quotidien), en faisant travailler la salariée tous les lundis de 9 heures à 19h30 ;
- que l'employeur a manqué à ses obligations en faisant travailler la salariée pendant son arrêt maladie (trois déplacements dans le commerce entre 2014 et 2015 pour accomplir, ponctuellement et sur une durée limitée, une tâche professionnelle).

Elle a néanmoins débouté la salariée de sa demande de dommages-intérêts pour manquement de l'employeur à la réglementation du travail, au motif de l'absence de preuve d'un préjudice.

• Abandon de la théorie du préjudice nécessaire

L'employeur, en application des articles L. 4121-1 et suivants du code du travail, est tenu d'assurer la sécurité et de protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment en prenant les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment par la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

La chambre sociale a rendu sur ce point deux arrêts en 2006, publiés au rapport annuel :

Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555, Bull. 2006,V, n° 87

Il résulte de la combinaison des articles L. 230-2 I du code du travail, interprété à la lumière de la directive CEE n° 89/391 du 12 juin 1989, concernant la mise en oeuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, L. 122-32-2 et R. 241-51 du même code, que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité.

Il ne peut dès lors laisser un salarié reprendre son travail après une période d'absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail sans le faire bénéficier lors de la reprise du travail, ou au plus tard dans les huit jours de celle-ci, d'un examen par le médecin du travail destiné à apprécier son aptitude à reprendre son ancien emploi, la

nécessité d'une adaptation des conditions de travail ou d'une réadaptation ou éventuellement de l'une et de l'autre de ces mesures. A défaut, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée du salarié, dont le droit à la sécurité dans le travail a ainsi été méconnu, que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident, de maintenir ledit contrat.

Soc., 13 décembre 2006, pourvoi n° 05-44.580, Bull. 2006, V, n° 373

Il résulte de l'article L. 230-2 du code du travail, interprété à la lumière de la Directive CEE n° 89/391 du 12 juin 1989, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail ainsi que de l'article R. 241-51 du code du travail, que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité ; qu'il ne peut dès lors laisser un salarié reprendre son travail après une période d'absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail sans le faire bénéficier lors de la reprise du travail, ou au plus tard dans les huit jours de celle-ci, d'un examen par le médecin du travail destiné à apprécier son aptitude à reprendre son ancien emploi, la nécessité d'une adaptation des conditions de travail ou d'une réadaptation ou éventuellement de l'une ou de l'autre de ces mesures et que le non-respect par l'employeur de ses obligations relatives à la visite médicale de reprise cause nécessairement au salarié un préjudice.

C'est à bon droit qu'une cour d'appel, qui a fait ressortir que le salarié avait repris son travail et continué à travailler au-delà des huit jours de la reprise sans passer la visite médicale prévue par les alinéas 1 à 3 de l'article R. 241-51 du code du travail, a condamné l'employeur à verser au salarié des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi de ce fait.

Dans cette deuxième affaire, la chambre sociale a rejeté le pourvoi qui reprochait à la cour d'appel d'avoir considéré que le manquement de l'employeur à faire procéder à la visite de reprise avait nécessairement causé un préjudice au salarié.

Les arrêts étaient ainsi commentés au rapport annuel :

Il est ainsi clairement affirmé que, face au droit fondamental de tout travailleur à la protection de sa santé et de sa sécurité au travail, les obligations de l'employeur en la matière, qui est d'ordre public, sont de résultat. La lecture de l'article L. 230-2 I du code du travail, aux termes duquel « Le chef d'établissement prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement », issu de la transposition dans notre droit de l'article 5 de la Directive CE n° 89/391 du 12 juin 1989, démontre l'ampleur de ces obligations. L'arrêt marque aussi une nouvelle fois le souci de la chambre sociale de prendre en compte dans la construction de sa jurisprudence, à l'instar des juridictions européennes, l'exigence d'effectivité du droit (cf. déjà l'arrêt Samse du 17 décembre 2004, Bull., V, n°346, p. 310, rapport annuel 2004, p. 210 et 213), en l'inscrivant dans ce domaine sensible de la sécurité et la santé au travail. La finalité des textes organisant les modalités de la reprise du travail d'un salarié après un arrêt de travail d'une certaine durée en raison d'un accident du travail est de s'assurer, grâce à l'intervention du médecin du travail, que ce salarié est effectivement apte à la reprise à son poste de travail, et d'apprécier la nécessité d'une adaptation des conditions de travail ou d'une réadaptation du salarié, de façon à ne pas lui faire courir de risques inutiles pour sa sécurité et sa santé. Ces règles participent au droit fondamental à la santé et à la sécurité du salarié vis-à-vis duquel l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat. Il lui incombe donc de veiller à ce qu'elles soient effectivement respectées.

L'arrêt du 13 décembre 2006 reprend la même doctrine quant à l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur et à l'exigence d'en assurer l'effectivité pesant sur lui. Il complète toute

fois l'arrêt du 28 février sur un point particulier en décidant que le salarié qui a repris son travail après un arrêt pour accident du travail sans visite médicale de reprise subit un préjudice que l'employeur doit réparer.

Ces arrêts ont toutefois été rendus à une époque où la chambre sociale qualifiait l'obligation de sécurité « d'obligation de résultat », et admettait que certains manquements de l'employeur causaient nécessairement un préjudice au salarié que les juges devaient réparer, sans que l'intéressé ait à rapporter la preuve d'un préjudice personnellement et effectivement subi.

Cette théorie a été abandonnée par un arrêt de principe du 13 avril 2016, pour retenir que *l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.*

Soc., 13 avril 2016, n° 14-28.293, Bull. 2016, V, n° 72

L'abandon par la chambre sociale de la théorie du préjudice nécessaire par l'arrêt de précité du 13 avril 2016 a été appliquée s'agissant du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, en ce qu'il avait méconnu les préconisations du médecin du travail :

Soc., 9 décembre 2020, pourvoi n° 19-13.470, publié

4. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de dommages-intérêts pour violation par l'employeur de son obligation de sécurité de résultat, alors :

« 1°/ que tout salarié dispose d'un droit à la santé et au repos constitutionnellement et conventionnellement garanti ; que la méconnaissance par l'employeur des préconisations du médecin du travail qui indique l'existence d'un risque grave, spécifique et identifié, en cas de conduite d'un certain types d'engins, commet une faute qui cause nécessairement un préjudice au salarié, privé ainsi du droit constitutionnellement et conventionnellement garanti à la préservation de sa santé ; qu'en déboutant M. [Y] de sa demande au motif qu'il ne justifiait pas du préjudice qui résultait du manquement de l'employeur à l'obligation de suivre les préconisations du médecin du travail lequel avait interdit son affectation à la conduite d'un engin aéroportuaire lourd, la cour d'appel a violé l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail dans leur rédaction alors applicable, interprété à la lumière de l'article 5.1 de la directive 89/391 du 12 juin 1989 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

2°/ que lorsque le salarié justifie d'une dégradation de son état de santé corrélative à la violation par l'employeur de son obligation de sécurité de résultat il appartient à ce dernier d'apporter la preuve de l'absence de lien entre eux ; qu'en reprochant au salarié de ne pas avoir apporté la preuve d'un tel lien, la cour d'appel qui a inversé la charge de la preuve, a violé les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail et 1315, devenu 1353, du code civil. »

Réponse de la Cour

5. L'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

6 . La cour d'appel, dans l'exercice de son pouvoir souverain, a constaté que le salarié se bornait à une déclaration de principe d'ordre général sans caractériser l'existence d'un préjudice dont il aurait personnellement souffert.

7. Le moyen, inopérant en sa seconde branche, n'est pas fondé pour le surplus.

• Maintien de la notion dans un cadre restreint

La chambre sociale a conservé la notion de préjudice nécessaire dans un nombre très restreint d'hypothèses, notamment lorsque la réparation du préjudice est prévue par une disposition légale, qu'elle soit propre au droit du travail ou de droit commun :

Soc., 13 septembre 2017, n° 16-13.578, Bull. n° 136

Il résulte 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.

Soc., 12 novembre 2020, n° 19-20.583

Vu l'article 9 du code civil :

5. Selon ce texte, chacun a droit au respect de sa vie privée ; les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée.

6. Pour débouter la salariée de sa demande de dommages-intérêts résultant de l'atteinte à la vie privée causée par la production dans le cadre du litige, d'un message adressé à une autre salariée sur le réseau Facebook, l'arrêt retient que la production du message privé litigieux, si elle n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve, n'a causé aucun préjudice à Mme [G].

7. En statuant ainsi, alors que la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Dans d'autres hypothèses, la chambre sociale a retenu l'existence d'un préjudice nécessaire en interprétant une disposition de droit interne, à la lumière d'une directive européenne :

Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-14.392, PB

Il résulte de l'application combinée de l'article L. 1235-15 du code du travail, de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 1382, devenu 1240, du code civil et de l'article 8, § 1, de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne que l'employeur qui met en oeuvre 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.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui, pour débouter le salarié de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour irrégularité de la procédure de licenciement pour motif économique, retient que la société reconnaît ne pas avoir rempli ses obligations au titre de l'article L. 1235-15 du code du travail mais que le salarié ne démontre pas la réalité d'un préjudice.

Soc., 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-21.636, FS-B

4. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en dommages-intérêts pour violation de la durée maximale du travail, alors « que le dépassement de la durée

maximale de travail hebdomadaire cause nécessairement au salarié un préjudice qu'il appartient aux juges du fond de réparer, dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, par l'octroi soit de temps de repos supplémentaire soit de dommages-intérêts ; qu'en considérant, après avoir constaté un dépassement de la durée maximale de travail hebdomadaire, que ce manquement n'avait été la source d'aucun préjudice pour le salarié, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 6 b) de la directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, ensemble l'article L. 3125-35 du code du travail. »

Réponse de la Cour

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 du 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.

La chambre sociale a mené une réflexion dans le courant de l'année 2022 sur la notion de préjudice nécessaire, en vue de « conceptualiser sa jurisprudence » ¹.

L'allocation au salarié de dommages-intérêts en cas de manquement de l'employeur à l'une de ses obligations répond à deux objectifs :

- sanctionner le manquement et avoir un effet dissuasif, si l'on se place du point de vue de l'employeur ;
- réparer le préjudice, si l'on se place du point de vue du salarié.

¹ Voir :

- le compte-rendu des rencontres de l'AFDT du 30 septembre 2022 dans la Semaine sociale Lamy, 10 octobre 2022, n°2016, « Vers une nouvelle jurisprudence sur le préjudice nécessaire ? »

- l'article du doyen J-G Huglo, « La Cour de cassation et la réparation en droit du travail », dans Droit social 2023, n°286

Or, la Cour de justice de l'Union européenne rappelle que « *s'il est vrai que l'article 189 alinéa 3 du traité CEE réserve aux États membres la liberté du choix des voies et moyens destinés à assurer la mise en oeuvre de la directive, cette liberté laisse cependant entière l'obligation, pour chacun des États destinataires, de prendre, dans le cadre de son ordre juridique national, toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein effet de la directive, conformément à l'objectif qu'elle poursuit. (...)* »²

*Il convient de préciser que l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir en vertu de l'article 5 du traité de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des États membres y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles ; qu'en appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter une directive, la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre (ce) résultat. »*²

En effet, lorsque le droit interne, pris en application d'une obligation européenne ou internationale ne prévoit pas de sanction spécifique d'un manquement de l'employeur, et que l'allocation de dommages-intérêts sur le fondement du droit commun de la responsabilité est l'unique sanction disponible, rejeter cette demande en raison de l'absence de preuve d'un préjudice revient à laisser sans sanction la violation de la norme européenne ou internationale considérée et à la priver de toute effectivité.

*En quelque sorte, c'est l'obligation où se trouve la Cour de cassation de faire respecter nos obligations européennes et internationales qui détermine la reconnaissance d'un préjudice nécessaire lorsqu'une telle obligation de sanctionner existe dans le droit européen ou international*³.

Ce raisonnement était déjà à l'oeuvre, s'agissant des arrêts précités :

- **Soc., 13 septembre 2017, n° 16-13.578, Bull. n° 136** : si la chambre sociale a reconnu l'existence nécessaire d'un préjudice s'agissant de la perte injustifiée de l'emploi, c'est non seulement parce que les dispositions de l'article L. 1235-3 (et anciennement, L. 1235-5) prévoient l'indemnisation de ce préjudice, mais aussi parce que l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT impose aux États membres de prévoir dans cette hypothèse « le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée » ;

- **Soc., 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-21.636, FS-B** : l'article 6 de la directive n°2008/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 impose aux États membres de limiter la durée hebdomadaire du travail au moyen de dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux (la durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours ne pouvant excéder quarante-huit heures, y compris les heures supplémentaires).

Cependant, la reconnaissance d'un préjudice nécessaire a été circonscrite aux hypothèses où la norme de droit européen ou international dont il convient d'assurer l'effectivité est d'effet direct en droit interne, c'est-à-dire lorsque la disposition

² CJUE, 10 avril 1984, Von Colson et Kamann, n°C-14/83, points 15 et 26.

³ Droit social 2023 n°286, précité.

européenne ou internationale est suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour que l'on puisse identifier qu'elle crée des droits subjectifs au profit des particuliers dont ils peuvent se prévaloir devant le juge pour demander la réparation du préjudice causé par leur violation.⁴

Dans la continuité de l'arrêt précité du 26 janvier 2022, d'autres obligations imposées par le code du travail, en matière de réglementation du temps de travail, ont été reconnues par la chambre sociale comme ouvrant droit, en cas de manquement de l'employeur, à la réparation d'un préjudice :

- obligation de respecter une durée maximale de temps de travail quotidien :

Soc., 11 mai 2023, pourvoi n° 21-22.281, 21-22.912, FS-B

Vu l'article L. 3121-34 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

7. Aux termes du texte susvisé, la durée quotidienne du travail effectif par salarié ne peut excéder dix heures, sauf dérogations accordées dans des conditions déterminées par décret.

8. Ces dispositions participent de l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise d'un repos suffisant et le respect effectif des limitations de durées maximales de travail concrétisé par 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.

9. Pour rejeter la demande de la salariée en paiement de dommages-intérêts pour dépassement de l'amplitude horaire journalière, l'arrêt, après avoir constaté qu'elle avait exécuté des journées de travail de plus de dix heures, retient que l'intéressée ne démontre pas avoir subi un préjudice à ce titre.

10. 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.

- obligation de respecter un temps minimum de repos entre deux services :

Soc., 7 février 2024, pourvoi n° 21-22.809, 21-22.994, FS-B

Vu l'article L. 4121-1 du code du travail et l'article 2 de l'accord du 18 mai 1993 relatif à la durée et à l'aménagement du temps de travail attaché à la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985 :

10. Selon le premier de ces textes, l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment par la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

11. Selon le second, le temps de repos entre deux services ne peut être inférieur à douze heures.

12. Ces dispositions participent de l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise d'un repos suffisant et le respect effectif des limitations de durées maximales de travail concrétisé par 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.

13. Pour débouter le salarié de sa demande au titre du manquement à l'obligation de sécurité, l'arrêt, après avoir constaté qu'à plusieurs reprises le salarié n'avait pas bénéficié du repos de douze heures entre deux services au cours des années 2014 et 2015, retient qu'il ne justifie d'aucun préjudice spécifique.

⁴ Droit social 2023 n°286, précité

14. En statuant ainsi, alors que le seul constat que le salarié n'a pas bénéficié du repos journalier de douze heures entre deux services ouvre droit à réparation, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Le salarié affecté à un travail de nuit bénéficie d'un suivi médical spécifique, prévu par les articles L. 3122-11, L. 4624-1 alinéa 7, R. 4624-18 du code du travail. Ce régime particulier est imposé par cette même directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, mais cette fois par l'article 9 (obligation des États membres de prendre 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).

La chambre a décidé de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de l'Union :

Soc., 7 juin 2023, pourvoi n° 21-23.557, FS-B

Sommaire : *Il y a lieu de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice de l'Union européenne des questions suivantes :*

- *L'article 9, § 1, sous a), 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 remplit-il les conditions pour produire un effet direct et être invoqué par un travailleur dans un litige le concernant ?*

- *L'article 9, § 1, sous a), de la directive 2003/88/CE doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des législations ou à des pratiques nationales en vertu desquelles, en cas de manquement aux dispositions adoptées pour mettre en oeuvre les mesures nécessaires à l'évaluation gratuite de la santé du travailleur, le droit à réparation de ce dernier est subordonné à la preuve du préjudice qui aurait résulté de ce manquement ?*

• L'obligation de l'employeur de respecter les temps de pause

Dans la présente affaire, la cour d'appel a retenu le manquement de l'employeur à son obligation issue de l'article L.3121-33 du code du travail (devenu l'article L.3121-16 depuis la loi n°2016-1088 du 8 août 2016), lequel dispose que *dès que le temps de travail quotidien atteint six heures, le salarié bénéficie d'un temps de pause d'une durée minimale de vingt minutes.*

Ces dispositions ont assuré la transposition de l'article 4 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, ainsi rédigé :

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

• L'interdiction de faire travailler le salarié pendant son arrêt maladie

Si l'employeur ne peut exiger du salarié l'accomplissement d'une prestation de travail pendant son arrêt maladie, il ne peut non plus le laisser accomplir une telle prestation :

Soc., 21 novembre 2012, pourvoi n° 11-23.009

Vu l'article 1147 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les pièces de la procédure, que Mme Leblond a été engagée par la société Galaxie voyages, en qualité d'attachée commerciale à compter du 28 septembre 1995 ; que victime d'un accident du travail survenu le 3 mars 1997, son contrat a été suspendu du 3 mars au 30 septembre 1997, puis du 21 avril 1998 au 31 janvier 2000 ; qu'elle a été placée à nouveau en arrêt de travail pour maladie, entre le 1er février et le 13 septembre 2000 ; que condamnée à rembourser les indemnités journalières perçues pendant son arrêt-maladie, pour avoir effectué des prestations de travail pour le compte de la société Galaxie voyages, elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de dommages-intérêts sur le fondement de l'article L. 324-11-1 ancien du code du travail, pour un montant correspondant à sa propre condamnation au titre du remboursement des prestations indues ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande, l'arrêt retient que nul document ne permet d'établir l'existence d'une contrainte exercée sur celle-ci qui avait toujours affirmé qu'elle prêtait son concours ponctuellement et bénévolement, par conscience professionnelle aiguë, de sorte qu'elle ne pouvait répercuter les conséquences de sa faute personnelle sur l'employeur ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que l'employeur avait laissé la salariée travailler en période de suspension du contrat de travail, d'abord pour cause d'accident du travail, ensuite pour cause de maladie, ce dont il résultait qu'il lui appartenait de tirer les conséquences de cette suspension, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Arrêt ainsi commenté à la Revue de jurisprudence sociale (2013, n°106) : « Pendant un congé maladie, le salarié est délié de l'obligation de fournir sa prestation de travail. La Cour de cassation a déjà jugé que l'employeur ne saurait reprocher au salarié d'avoir refusé de poursuivre une collaboration pendant la suspension de son contrat (...). Elle apporte ici une précision supplémentaire : non seulement l'employeur ne peut exiger du salarié qu'il travaille pendant un arrêt maladie, mais il ne doit pas davantage le tolérer, sauf à contrevenir à son obligation de sécurité de résultat. »

• La proposition du mémoire ampliatif

Le pourvoi, pour soutenir l'existence d'un préjudice nécessaire, s'appuie sur l'article L. 3121-16 précité du code du travail relatif au temps de pause quotidien ainsi que sur l'article 4 de la directive 2003/88/CE précitée (pour la 1^{ère} branche), et sur l'article 31§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

L'article 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 est ainsi rédigé :
« (La Nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

L'article 31.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que *tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité.*

L'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose :

L'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et

dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions. À cette fin, l'Union et les États membres mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales, en particulier dans le domaine des relations conventionnelles, ainsi que de la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de l'Union. Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché intérieur, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par les traités et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives.

• Autres dispositions

D'autres dispositions du droit européen, non visées par le moyen, sont relatives à l'obligation de sécurité de l'employeur, et issues de la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail :

Article 5

Disposition générale

*1. L'employeur est obligé d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail
(...)*

Article 6

Obligations générales des employeurs

1. 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.

*L'employeur doit veiller à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes.
(...)*

*3. Sans préjudice des autres dispositions de la présente directive, l'employeur doit, compte-tenu de la nature des activités de l'entreprise et/ou de l'établissement :
(...)*

b) lorsqu'il confie des tâches à un travailleur, prendre en considération les capacités de ce travailleur en matière de sécurité et de santé.

Ces dispositions ont été transposées en droit interne français aux articles L. 4121-1, L. 4121-2 et L. 4121-4 du code du travail, socle légal de l'obligation de sécurité de l'employeur.

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

Le présent avis est susceptible de faire l'objet d'observations de la part des avocats constitués dans ce dossier dans le délai d'un mois à compter de sa mise en ligne.

4.2 - SUR LE CINQUIEME MOYEN

La contrepartie financière de la clause de non-concurrence est de nature salariale (**Soc., 26 septembre 2002, n° 00-40.461, Bull. n° 283 ; Soc., 4 novembre 2020, pourvoi n° 18-20.210**). Le délai de prescription applicable à une demande de paiement de la contrepartie est donc celui de l'action en paiement du salaire (**Soc., 26 septembre 2002, pourvoi n° 00-40.461, Bulletin civil 2002, V, n° 283**).

En l'espèce, l'article 9 du contrat de travail prévoit une clause de non concurrence pendant une durée de 24 mois, en contrepartie d'un versement mensuel de 10% du montant brut de la rémunération de base.

Le jugement du conseil de prud'hommes du 6 septembre 2018 ayant dit justifié la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail et condamné l'employeur à payer des sommes au titre de la rupture du contrat, ce dernier a payé à la salariée entre septembre 2018 et septembre 2019, une somme totale de 6.419,84 euros nets au titre de la clause de non-concurrence.

Devant la cour d'appel (conclusions, p.25), après avoir sollicité le rejet de la demande de résiliation judiciaire du contrat et observé que la salariée était entrée au service d'un concurrent le 31 juillet 2019, l'employeur a demandé la restitution de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence déjà versée.

La salariée opposait la prescription de cette demande (conclusions, p.45).

La cour d'appel, pour faire droit à la demande de l'employeur, a statué aux motifs suivants :

« Compte tenu du fait que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence ne peut pas être payée avant la rupture du contrat de travail, il est justifié de faire droit à la demande de la société O.V. et de condamner Mme [O] à lui restituer la somme de 6.419,84 euros nets, la cour précisant que la demande de la société O.V. n'est pas prescrite puisqu'elle l'a formulée pour la première fois dans ses conclusions du 22 avril 2022 et que le dernier paiement était intervenu moins de trois ans auparavant en septembre 2019. »

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation vient de préciser la nature de la fin de non-recevoir prévue par l'article 910-4 du code de procédure civile :

2e Civ., 21 décembre 2023, pourvoi n° 21-25.108, publié

L'article 910-4 du code de procédure civile confère à la cour d'appel, seule compétente pour connaître des fins de non-recevoir tirées des articles 564 et 910-4 du code de procédure civile, la simple faculté de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la tardiveté d'une demande en appel, qui n'est pas d'ordre public.

En l'espèce, la salariée, qui n'a pas elle-même soulevé l'irrecevabilité de la demande présentée par l'employeur sur le fondement de l'article 910-4 du code de procédure civile, n'est pas fondée à reprocher à la cour d'appel de ne pas avoir relevé cette

irrecevabilité, dès lors que celle-ci n'était pas tenue de le faire. La première branche du moyen n'est donc pas fondée.

La proposition de rejet non spécialement motivé des 2^{ème}, 3^{ème} et 4^{ème} moyens prive de portée la 3^{ème} branche du 5^{ème} moyen prise d'une cassation par voie de conséquence.

Si la chambre sociale devait rejeter le cinquième moyen, elle pourrait donc statuer par rejet non spécialement motivé sur les 1^{ère} et 3^{ème} branches.

Sur la deuxième branche :

Sur la prescription, les parties ne s'opposent que sur le point de départ du délai.

Le mémoire en défense observe que « l'indemnité de non-concurrence est une somme globale et forfaitaire due au salarié, qui peut être payable en un versement unique ou fractionné, sans que ces modalités de paiement ne modifient la nature de créance globale » de sorte que la cour d'appel pouvait retenir, comme point de départ de la prescription, le dernier versement de septembre 2019.

La possibilité d'opposer en l'espèce la prescription à la demande de l'employeur interroge, dans la mesure où le droit à restitution, à le supposer possible, ne serait ouvert que par l'effet de l'arrêt infirmant la décision de première instance.

Sur la quatrième branche :

L'employeur qui a payé une contrepartie financière de la clause de non-concurrence en exécution d'un jugement de première instance prononçant la résiliation du contrat de travail peut-il obtenir la restitution de cette somme si la cour d'appel infirme le jugement et déboute la salariée de sa demande de résiliation judiciaire ?

La chambre sociale ne s'est jamais prononcée sur ce point.

Elle a toutefois jugé que l'employeur ne pouvait obtenir la restitution de somme versée en contrepartie d'une clause de non-concurrence ultérieurement annulée par le juge, dès lors que le salarié avait respecté celle-ci :

Soc., 28 octobre 1997, pourvoi n° 94-43.792

Attendu que la société General Electric Medical Systems fait aussi grief à l'arrêt de l'avoir, en suite de l'annulation des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de MM. [Y] et [X], déboutée de sa demande en restitution des indemnités de non-concurrence versées à ces salariés, alors, selon le moyen, d'une part, que tout ce qui a été versé en vertu d'une obligation annulée est sujet à répétition ; que les juges du fond ont déclaré nulles les clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de travail de MM. [Y] et [X] ; qu'en estimant néanmoins que l'indemnité qui a été versée à ces salariés ne devait pas être restituée à la société CGR, en suite de l'annulation des clauses de non-concurrence, au motif inopérant qu'il n'était pas établi que les salariés aient enfreint ladite clause, la cour d'appel a violé l'article 1376 du Code civil ; alors, d'autre part, que l'objet du litige est déterminé par les prétentions des parties ; que les salariés se sont bornés à invoquer la nullité des clauses de non-concurrence insérées dans leur contrat de travail sans invoquer la responsabilité de leur employeur du fait de leur prétendue exécution des clauses de non-concurrence entachées de nullité ; qu'en déboutant néanmoins la société CGR de sa demande en restitution des indemnités versées aux salariés en exécution des clauses nulles, au motif que cette

annulation ne pouvait pas porter préjudice aux salariés, la cour d'appel a dénaturé les termes du litige, violant l'article 4 du nouveau Code de procédure civile ; et alors, enfin, qu'il incombait aux salariés, pour faire obstacle à la demande de restitution des indemnités de non-concurrence versées en exécution des clauses nulles, de démontrer qu'ils avaient exécuté ces clauses nulles et subi un préjudice du fait de cette exécution ; qu'en se bornant à énoncer, pour débouter la société CGR de sa demande en restitution, qu'il n'est pas démontré que les salariés n'aient pas respecté les clauses de non-concurrence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1315 et 1382 du Code civil ;

Mais attendu que, sans modifier les termes du litige ni inverser la charge de la preuve, la cour d'appel a énoncé à juste titre que, faute par lui de démontrer que les deux salariés avaient violé la clause litigieuse pendant les 2 années durant lesquelles elle s'était effectivement appliquée avant que la nullité n'en soit judiciairement constatée, l'employeur n'était pas fondé à solliciter la restitution des sommes versées au titre de la contrepartie financière de l'obligation qui avait été respectée ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Soc., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-42.389, Bull. 2010, V, n° 263

Sommaire : « le paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence nulle, qui s'analyse en un complément de salaire, n'est pas dénué de cause. Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui ordonne la restitution par le salarié à l'employeur des sommes versées à ce titre. »

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [X], engagé en 1980 par la société Soretel, à laquelle ont succédé la société Générale de restauration, puis la société Avenance Elior - Avenance entreprises, et occupant en dernier lieu les fonctions de chef d'exploitation, a été licencié le 1er juillet 2005 ; que son contrat de travail prévoyait une obligation de non-concurrence au cours de la collaboration et un an après la rupture, moyennant le versement d'une prime mensuelle pendant la durée du contrat ; que M. [X] a saisi la juridiction prud'homale d'une demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que l'employeur a formé une demande reconventionnelle de remboursement des sommes versées au titre de la clause de non-concurrence ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident de l'employeur :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce moyen qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi principal du salarié, qui est recevable :

Vu les articles L. 1221-1 du code du travail et 1134 du code civil ;

Attendu, d'une part, que le paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence nulle, qui s'analyse en un complément de salaire, n'est pas dénué de cause, d'autre part, que le salarié qui respecte une clause de non-concurrence nulle a droit à une indemnisation ;

Attendu que pour condamner le salarié à restituer à l'employeur les sommes versées au titre de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence et le débouter de sa demande d'indemnisation au titre de cette clause, l'arrêt retient que celle-ci est nulle dès lors qu'elle prévoyait le versement d'une indemnité avant la rupture du contrat de travail ; que ce versement se trouve dénué de cause ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'employeur ne pouvait obtenir la restitution des sommes versées au titre d'une clause nulle et qu'il résultait de ses constatations que le salarié avait respecté la clause pendant plusieurs mois après la rupture du contrat de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Soc., 15 janvier 2014, pourvoi n° 12-19.472, Bull. 2014, V, n° 15

Vu les articles L. 1221-1 du code du travail et 1134 du code civil ;

Attendu, d'une part, que le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence qui a pour objet d'indemniser le salarié tenu, après rupture du contrat de travail, d'une obligation limitant ses possibilités d'exercer un autre emploi, ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture et d'autre part, que le paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence nulle, qui s'analyse en un complément de salaire, n'est pas dénué de cause ;

Attendu que pour condamner le salarié à rembourser une certaine somme au titre de la clause de non-concurrence, l'arrêt retient qu'aucune cause de nullité n'affecte cette clause assortie d'une contrepartie financière sous la forme du versement d'une indemnité mensuelle et que l'employeur ayant renoncé à l'application de cette clause, il en résulte que le salarié n'a jamais été soumis à une obligation de non-concurrence ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que la clause de non-concurrence qui prévoyait le versement d'une indemnité avant la rupture du contrat de travail était nulle et que l'employeur ne pouvait obtenir la restitution des sommes versées au titre d'une clause nulle, lesquelles constituaient un complément de salaire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Dans ces deux dernières affaires, la clause a été annulée en ce qu'elle prévoyait le versement de l'indemnité avant la rupture du contrat de travail. Se posait donc la question du droit du salarié à percevoir la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence alors que le contrat n'avait pas été rompu.

L'arrêt du 17 novembre 2010 a été commenté par la doctrine :

- C.Lefranc-Hamoniau, « Clause de non-concurrence : condition de la restitution de la contrepartie financière », La Semaine Juridique Edition Générale n° 49, 6 décembre 2010, act. 1213

« En l'espèce, la Cour de cassation a relevé que le salarié avait respecté la clause pendant plusieurs mois, ce qui justifiait une indemnisation pour cette période, laquelle n'est d'ailleurs pas subordonnée à la démonstration préalable d'un préjudice. Le caractère illicite de la clause, résultant d'une absence de contrepartie, du caractère dérisoire de son montant ou encore d'une prévision sous forme de majoration de salaire, n'empêche aucune incidence sur le droit à réparation du salarié. L'employeur, quant à lui, ne saurait prétendre à des dommages-intérêts pour non-respect d'une clause déclarée nulle par le juge, puisqu'elle est censée n'avoir jamais existé.

Par ailleurs, selon la Cour de cassation, « le paiement pendant la période d'exécution du contrat, de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence nulle, qui s'analyse en un complément de salaire, n'est pas dénué de cause ». En effet, si l'obligation de non-concurrence, qui trouve à s'appliquer durant l'exécution du contrat, est une obligation générale et implicite découlant du principe d'exécution de bonne foi des contrats inscrite à l'article 1134 du Code civil et ne donnant généralement pas lieu à complément de salaire, aucun texte n'interdit à un employeur de verser une prime à ce titre. »

- L. Dauxerre, « À propos du versement anticipé de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence », La Semaine Juridique Social n° 51-52, 21 Décembre 2010, 1551

« La lecture de la présente décision laisse perplexe en raison plus de la maladresse de sa rédaction que de la solution dégagée qui s'inscrit dans le sillon d'une jurisprudence acquise.

(...) Dans l'affaire soumise à analyse, la Cour de cassation ne s'écarte pas des chemins naguère tracés. En effet, le contrat de travail prévoyait que fût versée au salarié une prime mensuelle en contrepartie de laquelle il ne devait pas concurrencer son employeur au cours de l'exécution et après la rupture du contrat. Autrement dit, les sommes octroyées, que ce soit au titre de l'obligation de non-concurrence inhérente au contrat ou de la clause de non-concurrence, parce qu'accordées prématurément, ne pouvaient être que qualifiées de complément de salaire dont la cause réside précisément dans l'obligation à laquelle s'astreint le salarié. Partant, privée d'une condition essentielle de validité, la clause de non-concurrence devait être frappée de nullité, sanction réparée, en l'espèce, par le maintien des sommes déjà versées. »

- Revue de jurisprudence sociale, n° 2/11, février 2011, décision n° 135, p. 140.

« Il est jugé que le paiement de la contrepartie pécuniaire ne peut intervenir avant la rupture (Cass. soc. 7 mars 2007 : RJS 5/07 n° 596, Bull. civ. V n° 44).

Il découle de cette dernière règle que si le contrat de travail prévoit, à titre de contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence, une majoration de salaire pendant la durée d'exécution du contrat de travail, il doit être considéré que cette majoration ne peut tenir lieu de la contrepartie pécuniaire exigée. La clause de non-concurrence est alors nulle. Le salarié qui la respecte sur tout ou partie de sa durée est fondé à prétendre à une indemnisation.

Mais qu'advient-il de la majoration de salaire qui avait été accordée au salarié pendant la durée d'exécution du contrat de travail ? Est-elle restituable à l'employeur, au motif qu'elle était dénuée de cause ? C'est ce qui avait été jugé en l'espèce par la cour d'appel. Pour condamner le salarié à rembourser à l'employeur les sommes versées, les juges du fond avaient retenu qu'un tel versement se trouvait dénué de cause. La solution est censurée. Le versement s'analyse en un complément de salaire, il n'est dès lors pas dénué de cause puisqu'il trouve sa contrepartie dans le travail accompli, et l'employeur ne peut donc en obtenir la restitution. »

- Florence CANUT, « Clause de non-concurrence illicite : confirmations et innovations » Revue Lamy droit des affaires, N° 56, 1er janvier 2011

« L'on sait en effet que, depuis un arrêt du 7 mars 2007, la Cour de cassation exige que le versement de la contrepartie financière intervienne après la rupture du contrat de travail (...) (Cass. soc., 7 mars 2007, n° 07-45.511, Bull. civ. V, n° 44). Par conséquent, est nulle la clause qui stipule que cette contrepartie financière est incluse dans la rémunération du salarié (Cass. soc., 7 mars 2007, précit. ; cf. aussi, Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-44.291). La question qui se pose alors est celle du sort de la contrepartie perçue selon ces modalités par le salarié. Un auteur avait pu écrire : « sans doute peut-on alors admettre que l'employeur est en mesure d'exercer une action en répétition de l'indu afin d'obtenir la restitution de sommes qui se trouvent en fin de compte privées de cause » (Auzero G., Montant et modalités de paiement de la contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence, obs. sous Cass. soc., 7 mars 2007, précit., RDT 2007, p. 308). En effet, en cas d'annulation d'un contrat (ou d'une clause séparable du reste du contrat), « chaque partie doit restituer ce qu'elle a reçu en exécution du contrat car cette réception se trouve devenue sans cause du fait de l'annulation » (Bénabent A., Les obligations, Montchrestien, coll. Domat, 9e éd., 2003, no 222). C'est sans conteste à ce schéma que s'était référée la Cour d'appel en l'espèce. L'on sait que la restitution n'est pas toujours possible lorsque l'engagement est une obligation à exécution successive qui porte sur une obligation non monétaire. Il en est ainsi en matière

d'obligation de non-concurrence. Comment le salarié peut-il obtenir restitution du fait qu'il n'a pas porté concurrence à son ancien employeur ? Certes, il peut y avoir alors restitution en valeur, le juge appréciant l'équivalent monétaire des prestations fournies. Mais ici, la Cour d'appel a estimé que, seul, le salarié était tenu à une restitution, car il n'avait quant à lui rien fourni en échange des sommes perçues. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait admettre que la clause incriminée porte atteinte à sa liberté du travail avant même la rupture du contrat. L'idée pourrait en effet être soutenue que les sommes versées au cours de l'exécution du contrat de travail compensent le fait que le salarié soit, dès avant la rupture dudit contrat, d'ores et déjà contraint par l'obligation de non-concurrence. Se sachant soumis à cette dernière, il aura peut-être hésité à quitter son emploi pour un emploi plus rémunérateur ou plus intéressant. La contrepartie financière perçue au cours de la relation contractuelle compenserait cette atteinte subie au libre exercice d'une activité professionnelle. La Cour de cassation estime que le salarié qui a respecté une clause de non-concurrence nulle conserve la contrepartie financière versée jusqu'au prononcé de l'annulation (Cass. soc., 28 oct. 1997, n° 94-43.792, Bull. civ. V, n° 342). L'on pourrait justifier cette bizarrerie eu égard au régime des nullités par le fait que la somme reçue par le salarié équivaut à la contrainte qu'il a subie (s'agissant d'une obligation de ne pas faire, la référence à la prestation fournie n'a pas de sens). Le raisonnement pourrait ainsi être transposé au respect de l'obligation de non-concurrence pendant la durée du contrat de travail. Cette proposition se heurte toutefois à un obstacle de taille : la Cour de cassation ne considère pas que l'obligation de non-concurrence porte atteinte à la liberté du salarié avant la fin des relations de travail. Sa jurisprudence issue de l'arrêt précité du 7 mars 2007 est justement fondée sur l'idée que la contrepartie pécuniaire doit être versée en compensation d'une atteinte à la liberté du travail... subie après la rupture du contrat.

Quoi qu'il en soit, pour la Haute Cour, « le paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence, qui s'analyse en un complément de salaire, n'est pas dénué de cause ». Elle en déduit que « l'employeur ne pouvait obtenir la restitution des sommes versées au titre d'une clause nulle ». Quelle est alors la cause au « paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence » ? Analysée comme un complément de salaire, cette somme trouve sa cause dans le contrat de travail tout entier. Plus précisément, et comme avait pu l'envisager un auteur, la Cour semble admettre que « les sommes versées au cours de la relation de travail trouvent nécessairement leur cause dans la prestation du travail fournie par le salarié et ne peuvent de ce fait pas faire l'objet d'une action en remboursement » (Auzero G., op. cit.).

La cassation intervient au visa des articles L. 1221-1 du Code du travail et 1134 du Code civil. Si la référence au second n'est pas nouvelle en la matière (cf., par ex., Cass. soc., 8 avr. 2010, n° 08-43.056, précit.), le recours au premier (d'après lequel, « le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter ») est plus novateur. La Cour de cassation nous avait habitués à des visas « plus énergiques ». En effet, depuis les arrêts précités du 10 juillet 2002, elle vise régulièrement, au soutien des arrêts de cassation, le « principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle » (ce principe a été souvent combiné avec l'article L. 1121-1 du Code du travail – ancien article L. 120-2- : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » ; cet article est plutôt absent des arrêts rendus dans la dernière période). La Cour suprême considère-t-elle qu'en condamnant le salarié à rembourser les sommes perçues, pendant l'exécution du

contrat de travail, au titre de l'obligation de non-concurrence, la Cour d'appel a violé le principe de la force obligatoire du contrat et, peut-être, celui de la liberté contractuelle ? Mais respecte-t-elle elle-même ces principes en estimant que la cause du versement se trouvait dans le contrat tout entier, alors que les parties avaient prévu ces sommes en contrepartie de l'engagement de non-concurrence ? Il faut peut-être se demander si, plus fondamentalement, la notion de cause a sa place dans l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence. C'est en effet l'« impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle »(cf. par exemple, Cass. soc., 17 déc. 2004, n° 03-40.008, Bull. civ. V, n° 346, JSL 2005, n° 160-2) qui justifie, aux yeux de la Cour de cassation, l'exigence d'une telle contrepartie. La Haute Cour n'a donc pas adopté un raisonnement fondé sur la théorie de la cause, même si certains auteurs ont pu lire les arrêts précités du 10 juillet 2002 à travers le prisme de l'article 1131 du Code civil (cf. Serra Y., Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail, D. 2002, p. 2491, spécialement p. 2495 ; cf. aussi, soutenant que la notion de cause explique certaines solutions de la Cour de cassation en la matière, Pignarre L.-F., Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influences, RDT 2009 p. 151). Si la notion de cause n'intervient pas pour expliquer l'exigence d'une contrepartie financière, elle ne devrait pas non plus intervenir pour justifier un remboursement au profit de l'employeur... Et si, en réalité, la Cour de cassation avait considéré que cette obligation de non-concurrence, dans son application au cours de la relation contractuelle, n'était rien d'autre que l'obligation légale de loyauté inhérente au contrat de travail ? Qu'est-ce, en effet, qu'une « obligation de non-concurrence au cours de la collaboration » ? En quoi apporte-t-elle plus à l'employeur que l'obligation de loyauté ? La stipulation d'une contrepartie financière constituerait simplement une disposition plus favorable au salarié que la loi, qui n'exige pas d'indemniser (et c'est bien normal !) l'obligation de loyauté... Mais, dans ce cas, la cassation aurait dû intervenir au visa de l'article L. 2251-1 du Code du travail. On le voit : les faits de l'espèce rendent difficiles l'interprétation et la généralisation de la décision. Plus que des motifs juridiques, des raisons d'opportunité expliquent sans doute celle-ci : comment exiger du salarié, licencié en 2005, qu'il rembourse une somme perçue, mois par mois, depuis la conclusion du contrat (soit depuis 1980) ou, tout au moins, depuis mars 1994 (les moyens annexés au pourvoi se réfèrent à une lettre du 2 mars 1994 selon laquelle la contrepartie financière a été versée mensuellement en contrepartie d'une obligation de non-concurrence pendant la durée du contrat et un an après son terme) ? Il faut reconnaître cependant que cette solution pénalise fortement l'employeur qui, non seulement, n'obtiendra pas la restitution des sommes versées au titre d'une clause de non-concurrence nulle mais qui, en outre, devra indemniser le salarié pour la période pendant laquelle cette clause aura été respectée. C'est ce qui résulte en effet de la deuxième partie de l'attendu de principe qui, quant à lui, nous conduit sur un terrain connu : « le salarié qui respecte une clause de non-concurrence nulle a droit à une indemnisation ». La jurisprudence est fixée en ce sens depuis une série d'arrêts du début de l'année 2006, dont il résulte que « le respect par un salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue »(Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 03-46.933, Bull. civ. V, n° 8 ; Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 03-47.020 ; Cass. soc., 15 févr. 2006, n° 03-47.941 ; Cass. soc., 22 févr. 2006, n° 04-47.717 ; Cass. soc., 22 févr. 2006, n° 04-40.387 ; Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-45.984 ; Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-45.031 ; Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-45.546, Bull. civ. V, n° 120 ; Cass. soc., 4 avr. 2006, n° 04-43.935. Sur ces arrêts, cf. Canut F., Clause de non-concurrence illicite et responsabilité civile de l'employeur, JCP S 2006, 575). Dans notre espèce, le salarié, après la rupture du contrat, avait respecté l'obligation de non-concurrence pendant cinq mois. Il a donc subi un préjudice, qui sera souverainement évalué par la cour d'appel

de renvoi. Une remarque : l'article 1147 du Code civil n'est pas invoqué au soutien de la cassation, alors qu'il l'était dans les arrêts précités de 2006. Sans doute ne faut-il pas y attacher trop d'importance. La chambre sociale de la Cour de cassation, rappelant que le salarié a droit à une « indemnisation », fonde sans doute toujours cette dernière sur la responsabilité civile contractuelle de l'employeur (pour une critique de ce fondement, cf. Pignarre L.-F., op. cit. ; contra, Canut F., précit., n°s 21 et s.).

Les employeurs paient décidément cher le revirement jurisprudentiel de 2002. Cela paraît d'autant plus regrettable qu'ici, l'employeur, non tenu à l'époque de verser une contrepartie financière à la clause de non-concurrence, l'avait fait de manière spontanée. Et voilà que la clause est annulée, non pas pour défaut de contrepartie, mais pour non respect des modalités de versement définies par la jurisprudence en 2007. Pour limiter ces inconvénients, n'aurait-il pas été envisageable d'admettre que les sommes versées au cours de la période d'exécution du contrat auraient dû être restituées par le salarié mais que, de facto, elles ne le seront pas car elles correspondent au préjudice subi par ce dernier du fait du respect pendant plusieurs mois d'une clause nulle ? Quitte à tordre le cou à la logique des nullités et des restitutions, pourquoi ne pas prendre quelque liberté en matière d'évaluation du préjudice ? »

Dans la présente affaire, se pose donc la question du fondement juridique du droit qu'aurait le salarié à conserver la contrepartie financière de la clause de non-concurrence versée par suite d'un jugement prononçant la résiliation judiciaire, ultérieurement infirmé par la cour d'appel.