COUR DE CASSATION

RAPPORT DE Mme VALÉRY, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 808 du 4 septembre 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-16.129

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris 03 mars 2022

Mme [N] [R]
C/
La société Dupont & Poissant conseil immobilier

_____

Proposition de RNSM du 2ème moyen du pourvoi principal (p.4), de la 1ère branche du 4ème moyen du pourvoi principal (p.5), et du pourvoi incident (p.6)

1 - Rappel des faits et de la procédure

Madame [R] a été engagée le 16 décembre 2011 en qualité d'assistante de direction par la société Dupont & Poissant conseil immobilier, exploitant une agence immobilière.

Elle a bénéficié d'un congé de maternité à partir de juillet 2014, puis d'un congé parental jusqu'en août 2015.

Elle a démissionné le 10 novembre 2017, le contrat de travail prenant fin le 14 janvier 2018.

La salarié a saisi la juridiction prud'homales d'une demande de requalification de la démission en prise d'acte de la rupture produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, et de demandes de dommages-intérêts pour harcèlement moral, absence de visite médicale, manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, et de rappel de salaire au titre du 13ème mois.

Le conseil de prud'hommes de Villeuve-Saint-Georges par jugement du 13 juin 2019, a dit la démission claire et non équivoque, et débouté la salariée de l'ensemble de ses demandes.

Par arrêt du 3 mars 2022, la cour d'appel de Paris a dit que la démission s'analysait en une prise d'acte produisant les effets d'une démission, et confirmé le jugement pour le surplus.

Déclaration de pourvoi par la salariée le 11 mai 2022.

Mémoire ampliatif produit le 12 septembre 2022 *(demande article 700 cpc : 3.500 €)*.

Mémoire en défense et déclaration de pourvoi incident éventuel le 16 juin 2023 *(demande article 700 cpc : 3.500 €)*.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1 - POURVOI PRINCIPAL DE LA SALARIEE

2.1.1 - premier moyen, sur lequel il sera statué par décision motivée

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes de rappel de salaires au titre du treizième mois et les congés payés afférents, de dommages et intérêts pour travail dissimulé, de dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat de travail et d'indemnité légale de licenciement, alors :

1°/ que l'article 38 de la convention collective nationale de l'immobilier permet d'inclure le treizième mois dans la rémunération sous réserve que le contrat de travail prévoit que la rémunération est au moins partiellement établie sur la base d'un barème de commission convenu entre les parties et fixe les modalités de règlement des commissions de telle façon que le salarié soit assuré de percevoir dans l'année civile treize fois le salaire conventionnel qui lui est acquis ; que pour débouter la salariée de sa demande, la cour d'appel a retenu que son salaire était régulièrement supérieur au salaire minimum annuel conventionnel dès lors que les sommes perçues au titre de la prime d'intéressement annuelle représentant 0,3 % du chiffre d'affaires annuel réalisé et encaissé par l'employeur à la fin du mois de décembre « étaient soumises à cotisations, de sorte qu'elles ne peuvent être assimilées à une prime d'intéressement mais doivent s'analyser en un commissionnement sur chiffre d'affaires » et faisaient partie intégrante de la rémunération ; qu'en statuant ainsi, sans constater que le contrat de travail prévoyait une rémunération au moins partiellement établie sur la base d'un barème de commission convenu entre les parties et fixait les modalités de règlement des commissions de telle façon que la salariée soit assurée de percevoir dans l'année civile treize fois le salaire conventionnel qui lui est acquis, la cour d'appel a violé l'article 38 de la convention collective nationale de l'immobilier, administrateurs de biens, sociétés immobilières, agents immobiliers, etc. du 9 septembre 1988 dans sa version antérieure à l'avenant n° 83 du 2 décembre 2019.

2°/ que l'article 38 de la convention collective nationale de l'immobilier ne prévoit qu'une simple possibilité d'imputation du treizième mois sur la rémunération au pourcentage ;

qu'en déboutant la salariée de sa demande sans constater que les parties aient entendu faire application de cette possibilité, la cour d'appel a violé l'article 38 de la convention collective nationale de l'immobilier, administrateurs de biens, sociétés immobilières, agents immobiliers, etc. du 9 septembre 1988 dans sa version antérieure à l'avenant n° 83 du 2 décembre 2019.

2.1.2 - deuxième moyen, proposition de rejet non spécialement motivé

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes de dommages et intérêts pour harcèlement moral, de dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat de travail et d'indemnité légale de licenciement, alors :

1°/ que la cassation à intervenir sur le premier moyen emportera la cassation, par voie de conséquence, du chef de l'arrêt qui a débouté la salariée de sa demande de dommages et intérêt pour harcèlement moral en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ qu'aucun salarié ne doit subir d'agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ; que lorsque survient un litige, le salarié établit des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement et au vu de ces éléments, il incombe à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; que pour débouter la salariée de ses demandes au titre du harcèlement, après avoir constaté la violation par l'employeur de son obligation de sécurité en la privant de tout suivi médical par le médecin du travail, ainsi que la violation de son obligation de suspendre toute prestation de travail durant le congé de maternité et le congé parental, outre des reproches pendant le préavis sur l'utilisation des heures consacrées à la recherche d'emploi et l'information moins d'une semaine à l'avance de la fermeture de l'agence, imposant à la salariée de prendre des congés sans respect du délai de prévenance, puis décidé que ces faits étaient de nature à laisser supposer l'existence d'un harcèlement moral, la cour d'appel a retenu que « Mme [R] ne justifie d'aucun préjudice et que seule la négligence de l'employeur […] est à l'origine » de l'absence de suivi médical, que les témoignages d'autres salariés, les messages échangés avec usage du tutoiement et de termes familiers ainsi que les photographies de la salariée au mariage de l'un des gérants ou devant l'agence démontraient « une proximité et des liens amicaux unissant les parties excluant toute forme de harcèlement moral » et que « c'est dans ce contexte amical qu'est intervenue l'aide ponctuelle et volontaire de Mme [R] dans le cadre de la suspension de son contrat de travail, provoquée par les difficultés rencontrées par sa remplaçante dans l'exécution des tâches lui incombant », que « Mme [R] ne produit [pas] de pièces médicales la concernant, le seul arrêt de travail du 21 décembre 2017 produit aux débats ne mentionnant aucune cause et faisant suite à son refus de suivre les recommandations de l'employeur quant à l'organisation de la fin de son préavis, sans que celles-ci ne caractérisent une forme de harcèlement moral dès lors qu'elles correspondaient à une période de congés de fin d'année nécessitant la fermeture de l'agence » et que « Mme [R] a été en constante progression salariale, qu'il résulte des messages sms versés aux débats qu'elle a pu s'absenter dès que le besoin s'en faisait sentir, soit pour des raisons de santé personnelles, soit pour s'occuper de ses enfants, qu'elle a obtenu l'accord systématique des directeurs pour toutes ses demandes d'autorisations de congés et qu'elle n'a jamais subi de reproches en raison de ses retards » ; qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à établir que les agissements

de l'employeur étaient justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, la cour d'appel a violé les articles L. 1152-1 et L. 1154 1 du code du travail.

Éléments de réponse

Le mécanisme probatoire applicable au harcèlement moral est issu en dernier lieu de la jurisprudence de la chambre sociale issue de l'arrêt du 8 juin 2016 :

Soc.8 juin 2016 n° 14-13.418, P-B-R-I :
Attendu qu'il résulte (des dispositions de l'article L. 1152-1 du code du travail), que, pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge d'examiner l'ensemble des éléments invoqués par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits, et d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral au sens de l'article L. 1152-1 du code du travail ; que, dans l'affirmative, il revient au juge d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ;
Attendu que, sous réserve d'exercer son office dans les conditions qui précèdent, le juge apprécie souverainement si le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont étrangers à tout harcèlement ;

Sont désormais rejetés les pourvois qui sous le couvert de griefs non fondés, ne tendent qu'à contester l'appréciation souveraine par les juges du fond des éléments de preuve et de fait dont ils ont, sans méconnaître les règles spécifiques de preuve et exerçant les pouvoirs qu'ils tiennent de l'article L. 1154-1 du code du travail, déduit que le harcèlement moral n'était pas établi **(Soc. 7 juillet 2016, n°15-16.976 ; Soc. 14 septembre 2016, n°14-19.050 ; Soc. 3 novembre 2016, n°15-22.364 ; Soc. 15 décembre 2016, n°14-29.701 ;Soc 11 janvier 2017, n°15-14.420)**.

En l'espèce, la salariée fondait sa demande de dommages-intérêts pour harcèlement moral sur les éléments suivants :
- défaut de paiement du 13ème mois
- manquement de l'employeur à son obligation de sécurité (avoir contraint la salariée à travailler pendant ses congés de maternité et parental)
- absence de visite médicale ;
- surcharge de travail à son retour de congé parental ;
- reproches formulées par l'employeur à la suite de sa démission du 10 novembre 2017, concernant les modalités d'utilisation des heures consacrées à la recherche d'emploi.

La cour d'appel a retenu que la salariée établissait des faits permettant de présumer l'existence d'un harcèlement. Cependant, pour dire que l'employeur rapportait la preuve de ce que les agissements reprochés n'étaient pas constitutifs de harcèlement et/ou étaient justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, elle a :
- rappelé que l'employeur n'avait pas manqué à l'obligation de paiement de la prime de 13ème mois ;
- rappelé que la salariée ne démontrait aucun préjudice résultant du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité et que le manquement relevait de la seule négligence de l'employeur ;
- retenu que les éléments produits aux débats par l'employeur établissaient « une proximité et des liens amicaux unissant les parties excluant toute forme de harcèlement

moral », et que « c'est dans ce contexte amical qu'est intervenue l'aide ponctuelle et volontaire de Madame [R] dans le cadre de la suspension de son contrat de travail, provoqué par les difficultés rencontrées par sa remplaçante dans l'exécution des tâches lui incombant », même si « ces rapports empreints d'affection ne légitimaient pas la violation par l'employeur de l'obligation de suspendre toute prestation de travail durant le congé de maternité et le congé parental » ;
- retenu que « la salariée a été en constante progression salariale, qu'il résulte des messages SMS versés aux débats qu'elle a pu s'absenter dès que le besoin s'en faisait sentir, soit pour des raisons de santé personnelles, soit pour s'occuper de ses enfants, qu'elle a obtenu l'accord systématique des directeurs pour toutes ses demandes d'autorisation de congé et qu'elle n'a jamais subi de reproches en raison de ses retards » ;
- qu'il n'est produit aucun élément de nature à justifier l'existence d'une surcharge de travail ;
- que la salariée ne produit de pièces médicales la concernant.

Réponse

La chambre sociale pourrait considérer que la seconde branche du deuxième moyen, sous le couvert d'un grief non fondé de violation de la loi, ne tend qu'à remettre en question l'appréciation souveraine des juges du fond sur la preuve par l'employeur que les agissements invoqués sont étrangers à tout harcèlement.

Par ailleurs, si la formation devait rejeter le premier moyen du pourvoi principal, la première branche du deuxième moyen, prise d'une cassation par voie de conséquence, serait sans objet.

2.1.3 - troisième moyen, sur lequel il sera statué par décision motivée

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande de dommages et intérêts pour absence de visite médicale, alors *qu'afin d'assurer au travailleur son droit fondamental à la santé et à la sécurité, l'employeur est tenu de lui faire bénéficier d'une visite médicale d'embauche, de visites médicales périodiques ainsi que d'un examen de reprise après un congé de maternité ; que le manquement de l'employeur a son obligation de suivi médical du salarié lui cause un préjudice ; qu'en déboutant la salariée de sa demande motif pris qu'elle ne justifiait pas de l'existence d'un préjudice, la cour d'appel a violé les articles R. 4624 10, R. 4624-16 et R. 4624-22 du code du travail dans leur version application en la cause ainsi que L. 4121-1 et suivants du même code interprétés à la lumière de la directive 89/391/CEE, ensemble l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 31 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les articles 151 et 153 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.*

2.1.4 - quatrième moyen

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande de dommages et intérêts pour violation de l'obligation en matière de sécurité et de santé au travail, alors :

Première branche, proposition de rejet non spécialement motivé

1°/ que les dommages et intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit ; qu'en déboutant la salariée de sa

demande de dommages et intérêts en réparation du préjudice consécutif à la fourniture indue de travail durant le congé de maternité et le congé parental motif pris qu'elle ne justifierait d'aucun préjudice, quand il ressortait de ses constatations que la salariée avait fourni du travail pendant ces périodes sans contrepartie, ce dont il résultait un préjudice qui devait être réparé, la cour d'appel a violé les articles 1147 et 1149 devenus 1231-1 et 1231-2 du code civil ;

Réponse

Le moyen est irrecevable comme nouveau, la salariée ne s'étant pas prévalu devant les juges du fond d'un préjudice consistant dans la privation d'une rémunération en contrepartie du travail fourni, mais d'une atteinte portée à sa santé, sa sécurité et à son droit au respect de sa vie familiale.

Seconde branche, sur laquelle il sera statué au fond

2°/ que le seul constat de la fourniture de travail durant le congé de maternité ouvre droit à réparation sans qu'il y ait lieu de s'expliquer davantage sur la nature du préjudice qui en est résulté ; qu'en déboutant la salariée de sa demande motif pris qu'elle ne justifierait d'aucun préjudice, quand la seule constatation de l'atteinte à son droit fondamental à congé de maternité lui ouvrait droit à réparation, la cour d'appel a violé les articles L. 1225-17 et L. 1225-29 du code du travail interprétés à la lumière de l'article 8 de la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992, ensemble les articles 9 du code civil et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2.2 - POURVOI INCIDENT EVENTUEL DE L'EMPLOYEUR, PROPOSITION DE REJET NON SPECIALEMENT MOTIVE

Le moyen unique fait grief à l'arrêt de dire que la démission de Mme [N] [R] s'analysait en une prise d'acte de la rupture du contrat, alors *que l'acte par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat, sans faire état de réserves et qui ne s'inscrit pas dans un contexte litigieux, constitue une démission ; que le fait que cette lettre comporte une demande de régularisation, sans rien laisser apparaître d'une nature litigieuse à l'origine de la démission, n'a pas pour effet d'entacher la volonté du salarié d'équivoque justifiant d'analyser la rupture en une prise d'acte ; qu'en l'espèce, après avoir constaté que la lettre de démission du 10 novembre 2017 était rédigée dans les termes suivants : « je vous informe par la présente de ma décision de démissionner de mon poste d'Assistante de Direction occupé depuis le 02/01/2012 au sein de l'agence. De par la Convention collective de l'Immobilier, j'ai bien noté qu'un préavis de deux mois devait être effectué, sachant que ce dernier courre dès la présentation de ce courrier (…) Sachant qu'une prime de 13e mois doit être versée à tout salarié bénéficiant de ladite convention collective (Article 38), je vous saurai gré de bien vouloir prévoir la régularisation de ces primes non perçues depuis ma prise de fonction », la cour d'appel a constaté que l'intéressée n'avait jusqu'à cette lettre jamais rien revendiqué à ce sujet et que cette demande était en tout état de cause infondée, une collègue de la salariée attestant de sa volonté réfléchie et clairement affichée de rompre son contrat ; que pour analyser cette lettre de démission en une prise d'acte, la cour d'appel s'est bornée à constater qu'elle comportait une demande de régularisation au titre du treizième mois prévue par l'article 38 de la convention collective nationale de l'immobilier et que cette revendication, non satisfaite, suffisait à entacher sa volonté de démissionner d'une équivoque, la salariée ayant en outre saisi dès le 20 décembre 2017 le conseil de prud'hommes aux fins de*

voir requalifier celle-ci en prise d'acte ; qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser que la salariée avait mis fin à la relation de travail en raison de faits qu'elle reprochait à son employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1231-1, L. 1237-2 et L. 1232-1 du code du travail.

Éléments de réponse

Lorsque le salarié notifie sa démission à l'employeur, la démission est dite équivoque dans les cas suivants :
- le salarié a mentionné des griefs sur la lettre de démission (**Soc.15 mars 2006, n°03-45.031, Bull.n°109 ; Soc.13 décembre 2006, n°04-40.527, Bull.n°375** ;**Soc., 17 novembre 2010, n° 08-45.647, Bull. 2010, V, n° 264 ; Soc., 26 septembre 2012, n° 11-14.854)** ;
- le salarié a donné sa démission sans réserve, mais ultérieurement rétracté celle-ci en contestant l'imputabilité de la rupture, et en se prévalant des circonstances antérieures ou contemporaines de la démission révélant l'existence d'un différend entre le salarié et l'employeur **(Soc. 9 mai 2007, n°05-40.518, 05-41.324, 05-40.315, 05-42.301, P-B-R-I ; Soc.19 décembre 2007, n°06-42.550, Bull.n°218 ; Soc., 16 octobre 2019, n° 18-12.908 ; Soc., 20 novembre 2019, n° 18-25.155 ; Soc., 12 novembre 2020, n° 19-12.664).**

Les "circonstances antérieures ou contemporaines" s'entendent d'un litige ou d'un différend avec l'employeur, antérieur ou contemporain de la démission, dont la preuve incombe au salarié ; il ne suffit pas que le salarié rapporte la preuve d'un manquement de l'employeur à ses obligations antérieur ou contemporain de la démission, mais bien qu'il y ait eu litige sur ce point :
Soc.9 mai 2007, n°05-40.518, Bull.n°70 ; **Soc.19 décembre 2007, n°06-42.550, Bull.n°218 ; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-16.392.**

Les "circonstances antérieures ou contemporaines" de la démission permettant, au sens de notre jurisprudence, de requalifier la démission en prise d'acte, peuvent s'entendre notamment :
- d'un désaccord entre les parties à la date de la démission **(Soc., 23 novembre 2017, n° 16-21.083)** ;
- du fait que le salarié joint à sa lettre de démission un décompte des sommes qu'il prétend lui être dues par l'employeur **(Soc.9 mai 2007, n°05-40.315, Bull.n°70 ; Soc.18 janvier 2012, n°10-20.295)**, ou une lettre par laquelle il proteste contre la modification unilatérale de sa rémunération **(Soc.9 mai 2007, n°05-42.301, Bull.n°70)** ou une demande un entretien en vue du paiement d'heures supplémentaires **(Soc.26 septembre 2012, n°11-20.237)** ;
- des nombreuses réclamations adressées par le salarié à l'employeur pendant l'exécution du contrat de travail, quant à l'absence de régularisation des commissions, (**Soc. 4 février 2009, n°07-40.336).**

A l'inverse, le caractère équivoque de la démission n'a pas été retenu dans l'hypothèse d'une lettre de démission adressée en copie à l'inspection du travail, dans laquelle le salarié, faisant état de « plusieurs demandes orales sans suite », demandait à son employeur de régulariser son bulletin de paie, en ce qu'il mentionnait à tort comme congés payés des jours où il avait été en arrêt maladie, et de lui fournir plusieurs bulletins de paie manquants : la cour d'appel, qui a relevé que la demande de régularisation des bulletins de paie ne laissait en rien apparaître une nature litigieuse à l'origine de la démission et que deux collègues attestaient que le salarié souhaitait démissionner de son poste à la suite de son déménagement, a pu retenir que le

caractère équivoque de la démission n'était pas établi **(Soc., 26 septembre 2016, pourvoi n° 15-18.501).**

La Cour de cassation exerce habituellement un contrôle léger sur le caractère équivoque de la démission.

Dans la démission dite équivoque, l'intention du salarié de voir le contrat de travail rompu n'est pas mise en doute ; il entend seulement en faire supporter la responsabilité à l'employeur : la démission équivoque correspond donc à une prise d'acte de la rupture **(Soc.25 juin 2003, n°01-42.335, 01-42.679, 01-43.578, Bull. n°209, PBRI).**

Proposition de rejet non spécialement motivé

La cour d'appel, qui a constaté que la salariée, dans sa lettre de démission du 10 novembre 2017, avait sollicité la régularisation du non-paiement des primes de 13ème mois depuis sa prise de fonction, et qu'elle avait saisi la juridiction prud'homale le 20 décembre 2017 aux fins de voir requalifier la démission en prise d'acte, a fait ressortir l'existence de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission révélant l'existence d'un différend entre le salarié et l'employeur, et a pu qualifier cette démission d'équivoque.

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

Existence d'un préjudice nécessaire en cas de :
- manquement de l'employeur à l'obligation de soumettre le salarié à des examens médicaux (3ème moyen) : *p.12 du rapport*
- manquement de l'employeur à son obligation de respecter le droit du salarié à un congé de maternité et un congé parental (4ème moyen) : *p.20 du rapport*

NB : la chambre est saisie de pourvois posant des questions similaires (F2315944 et J2223648)

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 - SUR LA REMUNERATION (PREMIER MOYEN DU POURVOI PRINCIPAL)

L'article 38 de la convention collective de l'immobilier, dans sa version antérieure à l'avenant du 2 décembre 2019, dispose :

Les salariés à temps complet ou partiel reçoivent en fin d'année un supplément de salaire, dit 13e mois, égal à 1 mois de salaire global brut mensuel contractuel tel que défini à l'article 37.3.1. Il est acquis au prorata du temps de présence dans l'année et réglé sur la base du salaire de décembre.
Les périodes pendant lesquelles les salariés bénéficient du maintien de leur salaire à 90 % ou à 100 %, en application des articles 21, 22, 24 ou 25 de la convention collective, sont considérées comme temps de présence.
Les salariés quittant l'entreprise en cours d'année reçoivent cette gratification décomptée pro rata temporis sur la base de leur dernier salaire global brut mensuel contractuel.

Toutefois, pour les salariés dont la rémunération est en tout ou partie établie sur la base d'un barème de commission convenu entre les parties, le contrat de travail peut inclure le 13e mois dans la rémunération sous réserve qu'il fixe les modalités de règlement des commissions de telle façon que le salarié soit assuré de percevoir dans l'année civile une rémunération au moins égale au salaire minimum brut annuel correspondant à son niveau ou, pour les salariés relevant du statut de négociateur, à 13 fois le salaire minimum brut mensuel.
Ce calcul étant « proraté » selon le nombre de mois de présence pendant l'exercice considéré en cas d'entrée ou de sortie en cours d'année ou de suspension du contrat de travail.

Concrètement, l'inclusion du 13ème mois dans la rémunération variable n'est possible qu'à la condition de garantir au salarié qu'il percevra dans l'année au moins 13 fois le minimum garanti **(Soc., 30 mai 2000, pourvoi n° 97-45.946)**.

Le seul constat que le salarié a perçu sur l'année au moins 13 fois le minimum conventionnel garanti suffit-il à établir que le salarié a été rempli de ses droits au titre du 13ème mois prévu par ces dispositions, ou bien le juge doit-il constater, pour débouter le salarié de sa demande de paiement du 13ème mois, que le contrat fait expressément apparaître la volonté des parties d'inclure le 13ème mois dans la rémunération variable ?

La chambre s'est prononcée à plusieurs reprises sur ce point :

Soc., 5 juin 1996, pourvoi n° 93-41.358
Attendu que, selon l'arrêt attaqué (conseil de prud'hommes de Thionville, 25 janvier 1993), Mme [X] a été engagée, le 1er décembre 1986, en qualité de négociatrice immobilière par la société Immobilière du Parc ; qu'elle a démissionné à compter du 17 mars 1989 ; que prétendant qu'elle devait bénéficier en application de la convention collective de l'immobilier d'une prime de treizième mois, elle a saisi la juridiction prud'homale ;
Attendu que la société reproche au jugement de l'avoir condamnée à payer à Mme [X] une somme à titre de treizième mois, alors, selon le moyen, (...) ; alors, d'autre part, que l'article 38 de cette convention, relatif au treizième mois précise expressément que, pour les salariés dont la rémunération comporte un pourcentage où une participation variable, ledit treizième mois pourrait être imputé jusqu'à due concurrence sur les sommes perçues à ce titre ; que le salaire de Mme [X] est principalement constitué d'un pourcentage largement supérieur au treizième mois réclamé ; que Mme [X] ne pouvait donc, même après l'extension de la convention collective, prétendre à un treizième mois ;
Mais attendu (...) ; que, par ailleurs, le conseil de prud'hommes a justement relevé que l'article 38 de la convention collective ne prévoit qu'une simple possibilité d'imputation du 13e mois sur la rémunération au pourcentage et qu'il n'est pas établi que les parties aient entendu faire application de cette possibilité ; que les moyens ne sont pas fondés ;

Soc., 28 juin 2006, pourvoi n° 04-46.500
Vu l'article 38 de la convention collective nationale de l'immobilier ;
Attendu, selon ce texte, que le contrat de travail des salariés dont la rémunération est en tout ou partie établie sur la base d'un barème de commission convenu entre les parties, doit fixer les modalités de règlement des commissions de telle façon que le salarié soit assuré de percevoir dans l'année civile treize fois le salaire conventionnel qui lui est acquis ;

Attendu que pour débouter le salarié de ses demandes en paiement de sommes au titre du treizième mois et des congés payés afférents, l'arrêt retient que le salarié dont le contrat de travail prévoyait un système de commissionnement avait perçu depuis 1996 une rémunération annuelle supérieure à treize fois le salaire minimum conventionnel ;
Qu'en statuant ainsi, alors que l'article 38 de la convention collective nationale de l'immobilier ne prévoyait qu'une simple possibilité d'imputation du treizième mois sur la rémunération au pourcentage, sans rechercher si les parties avaient entendu faire application de cette possibilité, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Soc., 18 octobre 2006 n 05-40.975
Attendu que Mme [X] a été engagée en qualité d'assistante commerciale le 3 septembre 2001 par la société Agence immobilière des Savoie (AIS), son salaire étant composé d'une partie fixe et d'une partie variable constituée par des commissions sur les ventes réalisées ; que réclamant une prime de treizième mois sur les commissions, la salariée a saisi la juridiction prud'homale ;
Attendu que la société reproche au jugement de l'avoir condamnée à payer à Mme [X] une somme à titre de treizième mois, alors, selon le moyen, qu'aux termes de l'article 38 de la convention collective nationale de l'immobilier, pour les salariés dont la rémunération est en tout ou partie établie sur la base d'un barème de commission convenu entre les parties, le contrat de travail doit fixer les modalités de règlement des commissions de telle façon que le salarié soit assuré de percevoir dans l'année civile treize fois le salaire conventionnel qui lui est acquis ; qu'il en résulte que lorsque le salarié est rémunéré en tout ou partie par des commissions, la prime du treizième mois est déjà incluse dans sa rémunération si celle-ci est supérieure, dans l'année civile, à treize fois le salaire conventionnel qui lui est applicable ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations du jugement que la salariée était rémunérée en partie sur la base d'un barème de commission ; qu'il n'était nullement contesté que le règlement des commissions et du salaire de base avait assuré à la salariée la perception dans l'année civile d'au moins treize fois le salaire conventionnel qui lui était acquis, de sorte que la prime de treizième mois était déjà incluse dans la rémunération perçue par l'intéressée ; qu'en condamnant l'employeur à payer à la salariée un rappel de prime de treizième mois sur les commissions perçues en 2002 et 2003, le conseil de prud'hommes a violé l'article 38 susvisé ;
Mais attendu que l'article 38, alinéa 1, de la convention collective nationale de l'immobilier énonce que les salariés reçoivent en fin d'année un supplément de salaire égal à un mois du salaire global brut mensuel contractuel ; qu'interprétant les termes ni clairs, ni précis du contrat de travail, le conseil de prud'hommes a pu estimer, sans encourir les griefs du moyen, que le treizième mois comprenait la partie fixe et la partie variable du salaire mensuel ; que le moyen n'est pas fondé ;

Soc., 27 janvier 2016, pourvoi n° 14-11.531
Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en rappel de salaire, au titre du treizième mois, alors, selon le moyen, qu'aux termes de l'article 38, alinéa 1er, de la convention collective nationale de l'immobilier « les salariés à temps complet ou partiel reçoivent en fin d'année un supplément de salaire, dit 13e mois, égal à 1 mois de salaire global brut mensuel contractuel tel que défini à l'article 37.3.1. Il est acquis au prorata du temps de présence dans l'année et réglé sur la base du salaire de décembre », précision étant faite que l'article 37.3.1 dispose que « Le salaire global brut mensuel contractuel correspond au salaire réel perçu par le salarié et convenu entre les parties » ; que l'alinéa 4 de l'article 38 de la même convention collective énonce que « toutefois, pour les salariés dont la rémunération est en tout ou partie établie sur la base d'un barème de commission convenu entre les parties, le contrat de

travail peut inclure le 13e mois dans la rémunération sous réserve qu'il fixe les modalités de règlement des commissions de telle façon que le salarié soit assuré de percevoir dans l'année civile une rémunération au moins égale au salaire minimum brut annuel correspondant à son niveau ou, pour les salariés relevant du statut de négociateur, à 13 fois le salaire minimum brut mensuel » ; que pour débouter le salarié de ses demandes en paiement de sommes au titre du treizième mois et des congés payés afférents, après avoir relevé « que le paragraphe 4 du contrat de travail du salarié est ainsi rédigé : « 4/ « rémunération » : la rémunération de l'employé est fixée de la manière suivante : une rémunération fixe de 6 940,69 francs brut mensuels sur la base de 169 heures par mois incluant le 13e mois. 4.1 commission en sus : pour les ventes : - 10 % brut du montant des commissions perçues par [7] SA, et vendues par l'employé, - 10 % brut du montant des commissions perçues par [7] SA et rentrées par l'employé puis vendues par une tierce personne. Pour les locations : - 10 % brut du montant des commissions perçues par [7] SA, et louées par l'employé, - 10 % brut du montant des commissions perçues par [7] SA, et rentrées par l'employé puis louées par une tierce personne pour la part propriétaire, - 10 % brut du montant des commissions perçues par [7] SA, et louées par l'employé pour la part locataire, - un minimum de 500 francs brut est garanti, si le montant de la commission totale de [7] SA est inférieure à 5 000 francs. Pour les gestions : pour tous les contrats de nouvelles gestions les honoraires seront de un trimestre d'honoraires perçus par [7] SA » », l'arrêt a retenu que l'examen du contrat de travail permet de constater que la rémunération du salarié était particulièrement établie sur la base d'un barème de commission convenu entre les parties, que le contrat de travail fixait les modalités de règlement des commissions de telle façon que le salarié soit assuré de percevoir dans l'année civile treize fois le salaire conventionnel qui lui est acquis lorsque le treizième mois est inclus dans la rémunération ; que le treizième mois était explicitement inclus dans la rémunération du salarié, depuis son engagement au service de la société et que la preuve était rapportée par les pièces et les débats que le salaire du salarié avait toujours dépassé le minimum conventionnel et ce jusqu'à la rupture de son contrat de travail (le salarié ayant bénéficié d'un revenu moyen mensuel de 5 282 euros en 2009, soit un revenu annuel évalué à 63 384 euros tandis que le minimum conventionnel n'était encore fixé qu'à 34 982 euros pour l'année 2010) ; qu'en statuant ainsi, sans vérifier si le 13e mois, qui était inclus que dans la seule partie fixe du salaire et payé par douzième ainsi qu'il ressort du contrat de travail et de bulletins de paie, était égal au salaire global brut de décembre, c'est-à-dire égal au salaire réel (fixe + commissions) perçu en décembre, la cour d'appel a violé l'article 37 et 38 de la convention collective nationale de l'immobilier du 9 septembre 1988, ensemble l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a d'une part relevé que l'article 38 de la convention collective de l'immobilier du 9 septembre 1998 permet d'inclure le treizième mois sous réserve que le contrat de travail fixe les modalités du règlement des commissions et d'autre part <u>constaté que le contrat de travail prévoyait que la rémunération du salarié était partiellement établie sur la base d'un barème de commission convenu entre les parties et fixait les modalités de règlement des commissions de telle façon que le salarié soit assuré de percevoir dans l'année civile treize fois le salaire conventionnel qui lui est acquis lorsque le treizième mois est inclus dans la rémunération</u> ;

Et attendu, qu'ayant constaté que le treizième mois était explicitement inclus depuis son engagement dans la rémunération mensuelle du salarié et que la rémunération qui lui avait été versée pour les diverses années concernées était toujours supérieure au minimum conventionnel, elle a exactement décidé que la demande en paiement d'un rappel de salaire devait être rejetée ;

Il en résulte que les juges du fond ne peuvent retenir que le 13ème mois est inclus dans la rémunération variable qu'à la condition de constater que les parties ont entendu user de cette faculté prévue par les dispositions conventionnelles. La chambre sociale a notamment rejeté, par l'arrêt précité du 18 octobre 2006, le moyen soutenant que la prime du treizième mois est déjà incluse dans sa rémunération si celle-ci est supérieure, dans l'année civile, à treize fois le salaire conventionnel qui lui est applicable.

L'arrêt attaqué

Le contrat de travail de la salariée (en prod., non reproduit par la cour d'appel) prévoit dans son article 4 « Rémunération » les dispositions suivantes :

4.1 Salaire de base :
En contrepartie de l'accomplissement de ses fonctions, (la salariée) percevra une rémunération brute annuelle de 27 504 € versée en 12 mensualités se décomposant comme suit :
- une rémunération mensuelle brute de 2292 € ;
4.2 Prime d'intéressement :
(La salariée) percevra annuellement une prime d'intéressement à hauteur de 0,3 % du chiffre d'affaire annuel réalisé et encaissé à la fin du mois de décembre par (la société). Le montant de cette prime ne pourra être supérieur à un montant de 5000 €
4.3 Information sur l'attribution éventuelle de primes
Dans l'intérêt et en vue de l'amélioration de la qualité de service, (la société) se réserve la possibilité d'accorder à ses salariés des primes exceptionnelles.

La cour d'appel a requalifié les sommes prévues par le contrat de travail au titre de la prime d'intéressement de commissionnement sur chiffre d'affaires.

Pour débouter la salariée de sa demande de versement d'un 13ème mois, la cour d'appel a statué aux motifs propres suivants :

La cour constate que le salaire de Madame [R] était régulièrement supérieur au salaire minimum brut annuel correspondant à son niveau fixé par la convention collective.

Ainsi Madame [R] aperçu les rémunérations annuelles brutes suivantes :
– 10 721,36 euros au titre de l'année 2015 sur quatre mois, alors que la convention collective fixait à 19 512 € la rémunération annuelle incluant le 13ème mois, soit 6 504 € sur quatre mois et un écart en faveur de la salariée de 4 217,36 € ;
– 30 434,23 € au titre de l'année 2016, alors que la convention collective fixait à 19 708 € la rémunération annuelle incluant le 13ème mois, soit un écart en faveur de la salariée de 10 726,23 € ;
– 30 464,42 € au titre de l'année 2017, alors que la convention collective fixait à 19 944 € la rémunération annuelle incluant le 13ème mois, soit un écart en faveur de la salariée de 10 520,42 €.
Enfin, il résulte des échanges de mails versés aux débats que la salariée adressait à la comptable les éléments nécessaires à la préparation des salaires et commissions des employés de la société et qu'elle était parfaitement informée des modalités de leur établissement.
En conséquence, la cour retient que la rémunération perçue par la salariée comprenait la prime de 13ème mois dans les conditions fixées à l'article 38 de la convention collective.

Le conseil de prud'hommes avait lui, statué par ces motifs :

Il apparaît à l'étude des bulletins de salaire de la salariée que celle-ci a bien perçu une rémunération conforme aux engagements contractuels et sans contradiction avec la convention collective puisque celle-ci a bien perçu son salaire de base ainsi qu'une prime dite d'intéressement prévu par son contrat de travail et calculée en pourcentage du chiffre d'affaires de la société et versée en décembre.

4.2 - SUR LE PREJUDICE EN CAS D'ABSENCE DE VISITE MEDICALE (TROISIEME MOYEN DU POURVOI PRINCIPAL)

La cour d'appel a considéré en l'espèce (arrêt p.9) que l'employeur avait manqué à son obligation de soumettre la salariée à une visite médicale d'embauche, des visites médicales périodiques et une visite de reprise à l'issue du congé de maternité (examens prévus respectivement par les articles R. 4624-10, R. 4624-16 et R.4624-22 du code du travail dans leur version antérieure au décret n°2016-1908 du 27-12-2017). Retenant que la salariée ne démontrait pas, à cet égard, l'existence d'un préjudice, elle a débouté la salariée de sa demande de dommages-intérêts.

• Abandon de la théorie du préjudice nécessaire

L'obligation pour l'employeur de soumettre le salarié à un suivi médical relève des dispositions spécifiques précitées, et plus largement, de son obligation d'assurer la sécurité et de protéger la santé physique et mentale des travailleurs.

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 était 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

Cette jurisprudence a été appliquée à de nombreux manquements de l'employeur :
- défaut de remise des documents de fin de contrat **(Soc., 14 septembre 2016, n° 15-21.794),**
- illicéité d'une clause de non concurrence **(Soc. 25 mai 2016, n° 14-20.578)**,
- défaut d'information sur la convention collective applicable **(Soc. 17 mai 2016, n°14-21.872)**,
- défaut d'information du droit individuel à la formation **(Soc. 26 janvier 2017, n°15-21.167)**
- défaut d'observation de la procédure de licenciement **(Soc, 30 juin 2016, n°15-16.066)**.

La chambre a étendu cette solution au manquement de l'employeur à son obligation de soumettre le salarié à un examen médical :

Soc., 27 juin 2018, pourvoi n° 17-15.438

Sur le troisième moyen :

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 ;

Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-15.922

7. La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande, alors :

« 1°/ que dès lors qu'un salarié informe son employeur de son classement en invalidité deuxième catégorie sans manifester la volonté de ne pas reprendre le travail, il incombe à ce dernier de prendre l'initiative de faire procéder à une visite de reprise, laquelle met fin à la suspension du contrat de travail ; que tout retard lui est imputable et donne droit pour le salarié à des dommages intérêts ; que, bien que constatant qu'informée du classement en invalidité 2ème catégorie de Mme [M] et de ce que son arrêt de travail prendrait fin le 30 juin 2012, l'employeur n'avait pas organisé de visite de reprise avant octobre 2015, la cour d'appel a débouté la salariée de sa demande de dommages-intérêts ; qu'en statuant de la sorte, elle a violé les articles L. 4121-1, R. 4624-22 et R. 4624-23 du code du travail dans leur version applicable au litige ;

(...)

Réponse de la Cour

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

9. La cour d'appel, qui a constaté que la salarié ne justifiait d'aucun préjudice, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision.

• 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.

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*

[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 Huglo, « *La Cour de cassation et la réparation en droit du travail* », dans Droit social 2023, n°286

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. (...)
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 imposent 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 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*

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

[3] Droit social 2023 n°286, précité.

ils peuvent se prévaloir devant le juge pour demander la réparation du préjudice causé par leur violation.[4]

• Le suivi médical du salarié

L'article 14 de la directive 89/391/CE 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 dispose :
1 . Pour assurer la surveillance appropriée de la santé des travailleurs en fonction des risques concernant leur sécurité et leur santé au travail, des mesures sont fixées conformément aux législations et/ ou pratiques nationales.

2. Les mesures visées au paragraphe 1 sont telles que chaque travailleur doit pouvoir faire l'objet, s'il le souhaite, d'une surveillance de santé à intervalles réguliers.

3 . La surveillance de santé peut faire partie d'un système national de santé.

L'abandon par la chambre sociale de la théorie du préjudice nécessaire en matière de suivi médical du salarié s'explique par l'absence d'effet direct de ces dispositions, insuffisamment précises et inconditionnelles, qui en renvoyant expressément « aux législations et/ou pratiques nationales » suppose nécessairement d'adoption d'actes complémentaires [5].

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 l'article 9 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 (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 donc 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 ?

• La proposition du mémoire ampliatif

[4] Droit social 2023 n°286, précité

[5] Semaine sociale Lamy, 10 octobre 2022, n°2016 ; Droit social 2023, n°286 / précités

Le pourvoi s'appuie sur les articles du code du travail relatives à l'organisation des visites médicales d'embauche, périodiques et de reprise, qu'il rattache à l'obligation de sécurité de l'employeur prévue par L. 4121-1 du code du travail, en soutenant que ces dispositions doivent être interprétées à la lumière de la directive 89/391 du Conseil du 12 juin 1989 (les articles concernés n'étant pas précisés), concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, de l'article 31§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, des articles 151 et 153 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ainsi que l'article 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

Les articles 5 et 6 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 disposent :

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.

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.

L'article 153 du même traité dispose :

1. En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 151, l'Union soutient et complète l'action des États membres dans les domaines suivants :
a) l'amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs
b) les conditions de travail
(...) 2. À cette fin, le Parlement européen et le Conseil :
a) peuvent adopter des mesures destinées à encourager la coopération entre États membres par le biais d'initiatives visant à améliorer les connaissances, à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, à promouvoir des approches novatrices et à évaluer les expériences, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ;
b) peuvent arrêter, dans les domaines visés au paragraphe 1, points a) à i), par voie de directives, des prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres. Ces directives évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises.
Le Parlement européen et le Conseil statuent conformément à la procédure législative ordinaire après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions.
Dans les domaines visés au paragraphe 1, points c), d), f) et g), le Conseil statue conformément à une procédure législative spéciale, à l'unanimité, après consultation du Parlement européen et desdits Comités. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission après consultation du Parlement européen, peut décider de rendre la procédure législative ordinaire applicable au paragraphe 1, points d), f) et g).
(...)

4.3 - SUR LE PREJUDICE EN CAS DE MANQUEMENT A L'OBLIGATION DE SECURITE (QUATRIEME MOYEN DU POURVOI PRINCIPAL, SECONDE BRANCHE [6])

La cour d'appel a considéré en l'espèce (arrêt p.8 et 9) que l'employeur avait manqué à son obligation de sécurité, en ce qu'il avait laissé la salariée exécuter certaines

[6] A noter que la seconde branche du moyen n'est relative à l'exercice d'une prestation de travail que pendant le congé de maternité. La branche ne vise pas le congé parental.

prestations de travail entre septembre 2014 et août 2015 pendant son congé de maternité puis son congé parental.

Retenant que la salariée ne démontrait pas, à cet égard, l'existence d'un préjudice, elle a débouté la salariée de sa demande de dommages-intérêts.

• Sur l'existence d'un préjudice nécessaire

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, 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.

• Le droit de la salariée au congé de maternité

Selon l'alinéa 1 de l'article L. 1225-17 du code du travail, la salariée a le droit de bénéficier d'un congé de maternité pendant une période qui commence six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après la date de celui-ci.

Selon l'article L. 1225-29 du code du travail, il est interdit d'employer la salariée pendant une période de huit semaines au total avant et après son accouchement, ainsi que dans les six semaines qui suivent son accouchement.

• La proposition du mémoire ampliatif

Le pourvoi s'appuie en l'espèce sur les dispositions suivantes :

Article 8 de la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail

1. Les états membres prennent les mesures nécessaires pour que les travailleuses au sens de l'article deux bénéficient d'un congé de maternité d'au moins 14 semaines continues, répartis avant et après l'accouchement, conformément aux législations et pratiques nationales.

2. Le congé de maternité visée au paragraphe un doit inclure un congé de maternité obligatoire d'au moins deux semaines, répartis avant et après l'accouchement, conformément aux législations et pratiques nationales.

Nous n'avons pas identifié d'arrêt de la Cour de justice de l'UE se prononçant sur l'effet direct de ces dispositions [7].

Article 9 du code civil
Chacun a droit au respect de sa vie privée.
Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.

Article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Droit au respect de la vie privée et familiale
1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
(...)

Le mémoire en défense soulève l'irrecevabilité du moyen, au motif que la salariée n'aurait pas soutenu devant les juges du fond que le seul constat de la fourniture de travail durant le congé de maternité ouvrait droit à réparation.

Toutefois, le moyen en sa seconde branche, se fondant sur les dispositions de droit interne déjà évoquées devant les juges du fond mais en revendiquant leur interprétation conforme au regard de divers textes du droit de l'Union pour voir reconnaître l'existence d'un préjudice nécessaire pourrait être considéré comme un moyen de pur droit, dès

[7] Une question préjudicielle a été posée à la CJUE, qui n'a pas eu l'occasion d'y répondre dans son arrêt du 17 mars 2014, C-167/12 (point 27, Q°7, et 57). L'avocate générale s'était toutefois prononcée, sous réserve, en faveur de l'effet direct (cf son avis, point 77).
La CJUE a reconnu l'effet direct de l'article 10 prohibant le licenciement de la femme enceinte (4 octobre 2001, C-438/99, point 34), de l'article 11 assurant le maintien de la rémunération pendant le congé (1er juillet 2010, C-194/08, point 46).

lors qu'il ne se réfère à aucune considération de fait qui ne résulterait pas des énonciations des juges du fond.