

***Le seul rappel de l'obligation de loyauté ne saurait permettre à l'employeur de licencier ou de racketter le salarié : un préjudice doit être démontré*** par Pascal MOUSSY.

Il est traditionnellement enseigné que *« comme la responsabilité délictuelle, la responsabilité contractuelle suppose toujours la réalisation d'un dommage et la preuve de celui-ci, preuve qui se fait par tous moyens, s'agissant d'un fait juridique »*.<sup>1</sup> Et il précise que le dommage ne peut être envisagé *« qu'au regard du créancier et consiste dans les conséquences néfastes de l'inexécution »*.<sup>2</sup>

En ramassant la formule, il est dit que *« la responsabilité se définit, dans l'ordre juridique, comme l'obligation de réparer le dommage causé à autrui »*.<sup>3</sup>

Le droit du licenciement est une discipline autonome du contentieux de la responsabilité civile. Mais cette exigence fondamentale de l'existence d'un préjudice a vraisemblablement été présente à l'esprit des conseillers de la Chambre sociale de la Cour de cassation invités encore récemment à réfléchir sur les conditions de la légitimité de la sanction de privation d'emploi frappant le salarié en arrêt maladie ayant manqué à ses obligations contractuelles envers l'employeur.

Par son arrêt du 12 octobre 2011 (voir annexe), après avoir rappelé que *« l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt »*, la Chambre sociale de la Cour de cassation a souligné que *« pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit causer préjudice à l'employeur ou à l'entreprise »*.

Le message délivré par cet arrêt semble avoir été clairement entendu : *« Travailler durant un arrêt maladie n'est pas nécessairement déloyal »*.<sup>4</sup>

N'est pas remis en question le principe aujourd'hui consacré qu'il y a persistance de l'obligation de loyauté durant l'arrêt de travail, les juristes patronaux comme les auteurs classiques faisant dériver le devoir de loyauté de l'obligation

---

<sup>1</sup> J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, 7<sup>e</sup> éd., Sirey, 2011, 197.

<sup>2</sup> J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, op. cit., 197.

<sup>3</sup> G. PICCA, « Droit civil et droit du travail : contraintes et légitimité », Dr. Soc. 1988, 427.

<sup>4</sup> Liaisons sociales n° 15959 du 12 octobre 2011.

d'exécution de bonne foi du contrat de travail. « *La violation de l'obligation de loyauté dérivant du devoir de bonne foi constitue un motif valable de congédiement* ». <sup>5</sup> « *La suspension du contrat de travail dispense les parties d'exécuter, le temps du congé, leurs obligations principales. Pourtant, les obligations dites secondaires et qui sont généralement rattachées au devoir de loyauté et à l'obligation de bonne foi, subsistent* ». <sup>6</sup>

Mais les juges ne peuvent conclure au caractère réel et sérieux du licenciement motivé par le manquement à l'obligation de loyauté sans avoir préalablement constaté qu'est caractérisé le préjudice causé par le comportement du salarié à l'employeur ou à l'entreprise.

Le règlement du contentieux suscité par l'attitude du salarié démissionnaire qui n'exécute pas son préavis devrait lui aussi, en toute logique, obéir à la règle qui subordonne le droit à réparation à l'existence d'un préjudice.

On peut parfois lire dans de bons ouvrages des assertions un peu sèches. « *Le salarié, qui rompt brutalement le contrat sans exécuter le préavis, doit à l'employeur une indemnité, égale à la rémunération qu'il aurait touchée s'il avait travaillé pendant le délai-congé. **Cette indemnité a un caractère forfaitaire ; elle est due quel que soit le préjudice subi par l'employeur*** ». <sup>7</sup>

Une « *règle de civilité* », qui s'apparente à une exigence de droiture, est mise en avant pour justifier le principe d'une pleine condamnation pécuniaire du salarié démissionnaire qui s'en va un peu trop rapidement. « *L'expérience enseigne que les salariés sont souvent portés à oublier leur obligation à l'égard de leur employeur. Séduits par la perspective d'un nouvel emploi, ils seraient prêts à quitter sur l'heure l'entreprise dans la méconnaissance des risques qu'ils encourent. Il nous est arrivé, à de très nombreuses reprises, de devoir rappeler cette règle qui constitue le symétrique, certes atténué, des obligations de l'employeur à leur égard. Dans les deux cas, il s'agit d'une règle de civilité* ». <sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> « Maladie, contrat de travail et loyauté », Cahiers prud'homaux, mai 2004, 1.

<sup>6</sup> C. TILLOY, « Suspension du contrat. Régime de droit commun », Jurisclasseur Travail, Fasc. 28-1, (22).

<sup>7</sup> Droit du travail, 26<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, 421.

<sup>8</sup> J. LE GOFF, Droit du travail et société. Tome I. Les relations individuelles de travail, Presses Universitaires de Rennes, 2001, 793 et s.

Ce coup de chapeau à la symétrie des obligations de l'employeur et du salarié peut laisser quelque peu perplexe. Les vertus du synallagmatisme ne font pas l'unanimité. Certains ont manifesté très vivement leur préoccupation de ne pas voir les dispositions spéciales limitant les effets de l'exploitation de la force de travail écartées « *en invoquant les principes généraux du droit des contrats, en particulier l'article 1134 du code civil et les effets habituels du synallagmatisme* ».<sup>9</sup>

Mais ce qui ne manque pas de saveur, dans le cas du salarié démissionnaire un peu trop pressé voué à la condamnation à une réparation pécuniaire forfaitaire, c'est que le souci de la symétrie a pour effet de faire disparaître le principe fondamental du droit de la responsabilité contractuelle qui veut que soit démontré l'existence d'un préjudice.

**I. Il est enfin clairement affirmé que la légitimité de la sanction frappant le salarié arrêté pour maladie, déloyal dans la réparation de sa force de travail, est subordonnée à l'existence d'un préjudice par l'employeur.**

Le salarié arrêté pour maladie est dispensé de fournir sa prestation de travail mais « *son obligation de loyauté* » n'est pas suspendue. « *Libéré provisoirement de son obligation de fournir une prestation de travail, le salarié n'a pas de compte à rendre à l'employeur sur ses différentes activités ; en revanche lorsque le comportement du salarié pendant le congé maladie révèle que son état de santé ne lui interdisait pas d'accomplir sa prestation de travail, il apparaît que le salarié a commis un acte déloyal vis-à-vis de l'employeur. C'est cet acte déloyal qui peut justifier une sanction disciplinaire* ». <sup>10</sup>

Il a été précisé que c'est la déloyauté dans la réparation de la force de travail qui rentre dans le champ d'une action disciplinaire pouvant aller jusqu'à l'exclusion immédiate et définitive de l'entreprise. « *Le salarié malade ne peut en principe profiter de son arrêt de travail pour exercer une activité pour son propre compte ou pour le compte d'autrui. A défaut, il détourne de son objet le congé maladie dont il bénéficie : ce congé doit en effet lui permettre de récupérer sa force de travail. Il ne peut davantage se livrer à des activités autres que professionnelles incompatibles avec son état de santé. S'il méconnaît cette interdiction de travailler, le salarié*

---

<sup>9</sup> J. PELISSIER, « Droit civil et contrat individuel de travail », Dr. Soc. 1988, 389.

<sup>10</sup> J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op.cit., 369.

*s'expose à un licenciement, le cas échéant pour faute grave, privé des indemnités de rupture* ». <sup>11</sup>

Dans les années 1990, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est attachée à contrôler si l'activité exercée par le salarié arrêté pour maladie, qui l'empêche de se consacrer pleinement à la remise en état de sa force de travail, n'est pas constitutive d' « *une faute de nature à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis* ». Une aide occasionnelle dans le cadre de l'entraide domestique (consistant pour un agent de sécurité à servir des clients fréquentant le débit de boissons tenu par son épouse et à encaisser le prix de leurs consommations), <sup>12</sup> la gestion par un nettoyeur-graisseur d'un pub dont il était copropriétaire, en dehors des heures de sortie autorisées, <sup>13</sup> l'ouverture et la fermeture par un employé de libre-service chez Carrefour de l'épicerie tenue par sa femme et l'apport d'une aide ponctuelle dans le commerce tenu par l'épouse lorsque celle-ci était dans l'obligation de s'occuper de ses enfants <sup>14</sup> n'ont pas été considérés comme présentant le caractère de la faute grave. Les hyper-actifs pouvaient être licenciés, mais sans être privés du bénéfice du préavis et de l'indemnité de licenciement. En revanche, le coffreur pris en train de travailler habituellement, pendant un congé de maladie, sur le chantier d'une maison en construction avec trois ouvriers qu'il avait sous ses ordres méritait le licenciement immédiat et sans indemnité de rupture. <sup>15</sup>

Avec l'avènement des années 2000, le contrôle des juges a été plus poussé. Il ne s'est plus limité à apprécier le bien-fondé de la qualification de faute grave (le principe de la légitimité de la rupture restant acquis). Il est allé jusqu'à vérifier le caractère réel et sérieux du licenciement consécutif à « *l'acte de déloyauté* » reproché au salarié. <sup>16</sup>

La Chambre sociale a tenu alors à souligner que « *l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas **en lui-même** un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt* ». <sup>17</sup>

---

<sup>11</sup> « Maladie. Contrat de travail. Indemnisation », Liaisons sociales n° 15372 du 29 mai 2009, 11.

<sup>12</sup> Cass. Soc. 8 avril 1992, n° 90-45669, Bull. V, n° 257.

<sup>13</sup> Cass. Soc. 6 février 1996, n° 94-42184.

<sup>14</sup> Cass. Soc. 23 juin 1999, n° 97-42067.

<sup>15</sup> Cass. 21 juillet 1994, n° 93-40554, Bull. V, n° 250.

<sup>16</sup> Cass. Soc. 21 mars 2000, Dr. Ouv. 2000, 286 et s., note A. de SENGAL.

<sup>17</sup> Cass. Soc. 4 juin 2002, Dr. Ouv. 2003, 248 ; Cass. Soc. 11 juin 2003, RJS 8-9/03, n° 1002.

La lecture des arrêts rendus par la Cour de cassation fait ressortir que le manquement à la loyauté a été considéré comme caractérisé lorsqu'il est apparu que le salarié en activité pendant son arrêt maladie avait retrouvé la santé ou effectuait des tâches relevant de sa compétence professionnelle.<sup>18</sup>

Une affaire citée en exemple dans un ouvrage de référence<sup>19</sup> nous laisse quand même sceptiques. L'acte de déloyauté a été jugé consommé dans le cas d'un mineur des Houillères du Bassin de Lorraine qui, pendant son arrêt maladie, avait exercé durant plusieurs mois des fonctions rémunérées de serveur de bar.<sup>20</sup> Les emplois de mineur et de serveur de bar ne sont pas vraiment identiques. Servir dans un bar n'est pas un métier de tout repos. Mais il n'a pas tout à fait les mêmes conséquences pour la santé que travailler au fond de la mine... à moins que le barman ne consomme lui-même exagérément les breuvages servis aux clients.

Les conséquences du contrôle exercé sur les faits et gestes du salarié dont le contrat de travail est suspendu en raison de la maladie soulèvent une difficulté, en ce que le licenciement disciplinaire apparaît comme la conséquence d'une activité se rattachant à la vie personnelle de l'intéressé.

Il a été relevé par Jean MOULY que le salarié se trouve dans le cadre de sa vie personnelle par le seul fait de son arrêt de travail. *« Certes, en exerçant une activité professionnelle pour le compte d'un autre employeur ou pour son propre compte, le salarié sort de sa vie personnelle, le salarié sort de sa vie extra-professionnelle ; mais il reste néanmoins dans le cadre de sa vie personnelle au regard de son employeur puisqu'il ne retombe pas, par ce fait, sous la subordination juridique de celui-ci ».*<sup>21</sup>

Il est aujourd'hui acquis que le comportement du salarié dans sa vie personnelle ne peut constituer une cause sérieuse de licenciement, sauf exception.<sup>22</sup> Pour que celle-ci soit admise, l'employeur doit démontrer le trouble objectif apporté au fonctionnement de l'entreprise par le comportement du salarié.

---

<sup>18</sup> Voir, par exemple, Cass. Soc. 21 octobre 2003, Liaisons Sociales du 4 novembre 2003, Jurisprudence n° 837 (un mécanicien employé par un garage avait, durant son arrêt de travail pour maladie, entrepris la réparation d'un véhicule pour son compte en faisant appel à un autre mécanicien de la société) ; Cass. Soc. 23 novembre 2010, n° 09-67249 (une salariée exerçant une activité de chauffeur ambulancier avait démarché, pendant son arrêt maladie, des clients de l'entreprise pour la société de son époux).

<sup>19</sup> S. BOURGEOT et M. BLATMAN, L'état de santé du salarié, 2<sup>e</sup> éd., Editions Liaisons, 2009, 298.

<sup>20</sup> Cass. Soc. 12 janvier 2005, n° 02-46002.

<sup>21</sup> J. MOULY, note sous CA Limoges (ch. soc.), 16 septembre 2003, D. 2004, jurisprudence, 520.

<sup>22</sup> Voir J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., 476.

L'arrêt du 12 octobre 2011 s'inscrit dans cette même logique en exigeant de l'employeur, qui entend faire valider le licenciement intervenu en raison d'agissements survenus alors que le contrat de travail était suspendu, la justification que l'activité déloyalement exercée pendant l'arrêt de travail lui a porté préjudice.

Si l'on admet que l'obligation de loyauté attendue du salarié en arrêt maladie autorise une immixtion dans la vie personnelle de l'intéressé, il ne faut pas perdre de vue le principe fondamental qui veut que les restrictions aux droits des personnes ne sont pas seulement soumises à une exigence de finalité mais également à une règle de proportionnalité.<sup>23</sup>

Un contrôle dynamique du sérieux du licenciement ayant frappé le salarié déloyal dans la réparation de sa force de travail devrait conduire les juges du fond à évaluer la proportion entre le préjudice démontré par l'employeur et la sanction ayant été jusqu'à la privation de l'emploi.

## **II. Il serait temps de reconnaître que le salarié démissionnaire qui n'accomplit pas son préavis ne se rend pas nécessairement coupable d'un manque de droiture qui cause un tort à l'employeur.**

Il résulte des dispositions de l'article L. 1237-2<sup>24</sup> du Code du travail que « *la rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié ouvre droit, si elle est abusive, à des dommages et intérêts pour l'employeur* ».

Ce principe de réparation, en cas de démission abusive, est déjà ancien. Sur son fondement, à la fin des années 50, un employeur, qui s'était retrouvé brusquement privé de comptable pendant trois mois du fait du départ précipité lors de la période d'activité saisonnière du salarié préposé à ces fonctions, avait été jugé comme fondé à présenter la facture à l'employé dont les conditions du départ étaient empreintes de l'intention de nuire et qui « *devait réparer le préjudice ainsi causé à son patron* ». <sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Art. L. 1121-1 (ancien art. L. 120-2) C. trav. : « 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. »

<sup>24</sup> Ancien article L. 122-13.

<sup>25</sup> Cass. Civ (section sociale), 26 juin 1959, Bull. IV, n° 833.

Il a été précisé que lorsque le salarié se voit reprocher un abus du droit de démissionner (caractérisé lorsque le salarié fait preuve d'une légèreté coupable ou quitte son employeur avec l'intention de lui nuire), la preuve du caractère abusif de la rupture et du préjudice causé revient à l'employeur.<sup>26</sup>

Mais la question est de savoir si le fait que le salarié n'effectue pas, en totalité ou en partie, le préavis dont il est débiteur en cas de démission le condamne nécessairement à une réparation forfaitaire et dispense l'employeur de justifier du préjudice intervenu en raison du départ prématuré.

Il arrive qu'une convention collective fixe la durée du préavis dû en cas de démission et prévoie explicitement et précisément le montant de l'indemnité devant être versée par le salarié qui n'observe pas son délai-congé. Dans ce cas, le montant de la réparation n'est pas discutable. Les juges n'ont pas à rechercher l'existence d'un préjudice. L'indemnité de préavis présente un caractère forfaitaire et est due quelle que soit l'importance du préjudice subi par l'employeur.<sup>27</sup>

Les signataires des dispositions claires et précises de l'accord collectif qui prévoient le montant forfaitaire de l'indemnité due par le salarié démissionnaire irrespectueux du préavis conventionnel se sont mis d'accord pour déroger à la règle qui veut que l'employeur justifie du préjudice causé par le départ trop précipité du salarié.

La Cour de cassation prend bien soin de distinguer cette indemnité correspondant au préavis conventionnel non effectué de celle due en cas de brusque rupture. La seconde ne sera octroyée que si l'employeur rapporte la preuve d'un abus manifeste ou d'une intention de nuire du salarié.<sup>28</sup>

La Cour de cassation a été moins heureuse lorsqu'elle a étendu la dérogation à l'exigence de l'existence d'un préjudice pour l'employeur à l'hypothèse du non respect par le salarié démissionnaire du préavis prévu par un usage.

Un usage fixait une durée de préavis de huit jours pour l'ouvrier démissionnaire. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre le jugement prud'homal qui avait condamné le démissionnaire à verser à l'employeur une indemnité compensatrice de préavis d'un montant égal à huit jours de salaire. Pour valider cette réparation

---

<sup>26</sup> Voir J. LE GOFF, op. cit., 793.

<sup>27</sup> Voir, dans ce sens, Cass. Soc. 22 juillet 1982, n° 80-41254, Bull. V., n° 505 ; Cass. Soc. 9 mai 1990, n° 88-40044, Bull. V, n° 126 ; Cass. Soc. 24 mai 2005, n° 03-43037, Bull. V, n° 174.

<sup>28</sup> Voir Cass. Soc. 16 novembre 2004, n° 02-46135.

forfaitaire, intervenue en l'absence de toute démonstration d'un préjudice subi par l'employeur, la Cour de cassation se contente de rappeler la durée du préavis prévu par l'usage. Elle n'indique aucunement que l'usage en question aurait fixé le montant de l'indemnité pouvant être exigée en cas de départ prématuré du salarié démissionnaire. Et le visa par l'arrêt de l'article L. 122-5 du Code du travail ne nous renseigne pas plus sur la détermination d'un quelconque montant dû par le salarié qui quitte l'entreprise de sa propre initiative sans respecter de préavis.

A la différence des dispositions légales qui prévoient explicitement et précisément les sommes correspondant à l'indemnité de préavis en cas de licenciement,<sup>29</sup> les textes concernant la démission<sup>30</sup> se contentent d'indiquer qu'en cas de départ à l'initiative du salarié l'existence et la durée du préavis sont fixées par la loi ou par les conventions ou accords collectifs ou par les usages. Ils ne précisent aucunement le montant de l'indemnité par le salarié démissionnaire qui n'exécute pas son préavis.

Les juges ont donc permis à l'employeur de s'affranchir de la règle générale qui veut que soit prouvées l'existence et l'étendue du préjudice, en l'absence de tout texte spécial prévoyant le versement d'une indemnité par le salarié coupable d'un départ prématuré ainsi que le montant de cette indemnité.

Cette mise en parenthèse du principe fondamental du droit de la responsabilité contractuelle qui veut que soit démontrée l'existence d'un préjudice pour que soit obtenue la condamnation à la réparation n'est pas un pied de nez justifié du droit du travail au droit civil.

Les dispositions du Code du travail relatives à la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée attestent de la compatibilité entre une finalité protectrice de la partie la plus faible et l'exigence d'un préjudice subi par l'employeur.

Il ressort de la lecture de l'article L. 1243-3 que « *la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient en dehors des cas prévus aux articles L. 1243-1 et L. 1243-2 ouvre droit à des dommages et intérêts correspondant **au préjudice subi*** ».

Et la lecture de l'article L. 1243-4, qui prévoit que « *la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient à l'initiative de l'employeur, en dehors de des cas de faute grave ou de force majeure, ouvre droit pour le salarié à des*

---

<sup>29</sup> Art. L. 122-8, devenu art. L. 1234-5 C. trav.

<sup>30</sup> Art. L. 122-5, devenu art. L. 1237-1 C. trav.

*dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat...* », n'est pas moins intéressante.

Elle confirme que le souci de la symétrie entre les obligations de l'employeur et du salarié n'est pas le meilleur instrument de mesure des conséquences d'un départ prématuré du salarié.