

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 25 mai 2016

D. contre Uifrance patrimoine (p. n° 14-20.578)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Poitiers, 14 mai 2014), que M. D. a été engagé par la société Uifrance patrimoine en qualité de démarcheur chargé de suivre et développer une clientèle de particuliers ; que le salarié a pris acte de la rupture du contrat de travail le 27 octobre 2010, après avoir été convoqué à un entretien préalable à son éventuel licenciement ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes liées à l'exécution et à la rupture du contrat de travail ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande d'indemnisation du préjudice résultant de l'illicéité et de l'annulation de la clause de non-concurrence alors, selon le moyen que la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié ; qu'en retenant, pour débouter le salarié de sa demande d'indemnisation du préjudice résultant de l'illicéité et de l'annulation de la clause de non-concurrence, que la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle ne cause pas un préjudice au salarié, dès lors que le salarié a exercé, après la rupture de son contrat de travail, l'activité interdite par la clause, la cour d'appel a violé les articles 1147 du code civil et L. 1121-1 du code du travail ;

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 le salarié n'avait subi aucun préjudice résultant de l'illicéité de la clause de non concurrence, le moyen ne peut être accueilli ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi

(Mme Goasguen, f.f. prés. - M. Florès, rapp. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Gatineau et Fattaccini, av.)

#### Note.

Dans un arrêt du 12 janvier 2011 (1), la Chambre sociale de la Cour de cassation énonçait que « la stipulation dans le contrat de travail d'une clause

de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié » (2). En consacrant une solution exactement inverse, l'arrêt du 25 mai 2016 inscrit la sanction indemnitaire de la stipulation d'une clause de non-concurrence nulle dans un récent mouvement jurisprudentiel de « chasse » au préjudice automatique – ou à la responsabilité automatique de l'employeur. Depuis plusieurs années, la Chambre sociale de la Cour de cassation décidait que, dans certaines hypothèses, les manquements de l'employeur à ses obligations causaient nécessairement un préjudice au salarié. Cette jurisprudence sévissait notamment – mais pas seulement – en matière de non-respect des règles procédurales relatives au licenciement, de défaut de remise ou de remise tardive au salarié de documents de fin de contrat (3), de stipulation ou de respect d'une clause de non-concurrence nulle.

Le 13 avril 2016, la Cour de cassation a mis un coup d'arrêt à ce mouvement, en énonçant que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (4). L'affaire concernait la remise tardive d'un certificat de travail et de bulletins de paie, mais la généralité de l'attendu de principe laissait supposer que les autres hypothèses de préjudice automatique seraient contaminées. C'est ce qu'ont rapidement confirmé des arrêts ultérieurs. Ainsi, à propos de l'absence de remise d'une attestation pour l'assurance-chômage dans une affaire où la prise d'acte de la rupture par le salarié produisait les effets d'une démission, la Cour de cassation a-t-elle approuvé les juges du fond d'avoir décidé que l'intéressé ne pouvait invoquer aucun préjudice (5). Le même raisonnement se retrouve en matière de mention de la convention collective applicable sur les bulletins de paie. La Cour de cassation décidait jusqu'alors que l'absence d'information sur la convention collective applicable causait nécessairement un préjudice au salarié (6). C'en est fini avec un arrêt du 17 mai 2016 (7), qui approuve une Cour d'appel d'avoir rejeté la demande de dommages et intérêts fondée sur l'erreur d'indi-

(1) Cass. Soc. 12 janv. 2011, n° 08-45.280 : Bull. civ. V, n° 15, Dr. Ouvr. avr. 2011, p. 209, avec nos obs.

(2) Dans le même sens, voir Cass. Soc. 1<sup>er</sup> févr. 2011, n° 09-40.542, inédit.

(3) Attestation destinée à l'assurance-chômage, notamment. Solutions moins claires s'agissant des bulletins de paie ou du certificat de travail. Voir J. Icard, obs. sous Cass. Soc. 13 avr. 2016, Cah. soc., juin 2016 n° 286, p. 302 : B. Inès, obs. sous le même arrêt, Dalloz actualité du 17 mai 2016.

(4) Cass. Soc. 13 avr. 2016, n° 14-28.293, à paraître au Bulletin, v. ci-après p. 580 avec les obs. de J. Jardonnet.

(5) Cass. Soc. 16 juin 2016, n° 15-15.982.

(6) Par ex. Cass. Soc. 19 mai 2004, n° 02-44.671 : Bull. civ. V, n° 134 ; Cass. Soc. 4 mars 2015, n° 13-26.312.

(7) Cass. Soc. 17 mai 2016, n° 14-21.872.

cation de la convention collective sur les bulletins de paie d'une salariée qui, occupant un poste de cadre administratif et détenant la moitié du capital social de la société employeur, était en mesure de connaître la convention collective applicable et d'en vérifier l'application et ne démontrait pas l'existence d'un préjudice. Plus récemment encore, la Cour de cassation a mis fin au préjudice automatique en cas d'irrégularité de la convocation à l'entretien préalable au licenciement (8). Dans toutes ces circonstances, la demande en condamnation de l'employeur au paiement de dommages et intérêts sera rejetée si le salarié ne prouve pas l'existence et l'étendue du préjudice allégué. Que le préjudice susceptible d'être subi par le salarié soit d'ordre économique ou moral, force est de reconnaître que la Chambre sociale n'admet plus le « *dommage déduit de la faute* » (9). Le revirement d'avril 2016 devrait avoir des répercussions dans les autres hypothèses où le préjudice automatique avait été admis, comme celle de l'absence de mention de la priorité de réembauche dans la lettre de licenciement (10) ou de l'irrégularité de la procédure disciplinaire (11).

En tout état de cause, l'arrêt sous analyse démontre que l'impact du revirement atteint les cas de stipulation d'une clause de non-concurrence illicite – ou nulle (12). Un salarié, après avoir pris acte de la rupture de son contrat de travail, a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes liées à l'exécution et à la rupture du contrat. Ayant été débouté en appel de sa demande d'indemnisation du préjudice résultant de l'illicéité et de l'annulation de la clause de non-concurrence, le salarié a formé un pourvoi en cassation. Il soutient que la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle lui cause nécessairement un préjudice. En retenant l'absence de préjudice, dès lors que le salarié a exercé, après la rupture de son contrat de travail, l'activité interdite par la clause, la Cour d'appel aurait violé les articles 1147 du Code civil et L. 1121-1 du Code du travail. La question se posait donc de savoir si la stipulation d'une clause de non-concurrence illicite cause nécessairement un préjudice au salarié. La Cour de cassation répond par la négative. Elle réitère l'attendu de principe de l'arrêt du 13 avril 2016 : l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Le pourvoi est alors rejeté, la Cour d'appel ayant constaté que le salarié n'avait subi aucun préjudice résultant de l'illicéité de la clause de non-concurrence. Si l'arrêt P+B du 25 mai 2016 sonne le glas du préjudice automatique en matière de clause de non-concurrence illicite (1.), il n'est pas à l'abri de la critique quant à sa cohérence par rapport aux solutions du droit commun (2.).

### 1. La fin du préjudice automatique en matière de clause de non-concurrence illicite

Afin de mesurer l'ampleur du revirement opéré par l'arrêt étudié, un retour au précédent du 12 janvier 2011 s'impose. Dans cette affaire, la nullité résultait de l'absence de contrepartie pécuniaire. Or, depuis une série d'arrêts du 10 juillet 2002 (13), l'exigence d'une telle contrepartie figure parmi les conditions de validité de la clause de non-concurrence. Les clauses dépourvues de contrepartie financière, même si elles ont été stipulées avant le revirement de 2002, sont donc illicites. Les causes de nullité peuvent également résulter du non-respect de l'une quelconque des quatre autres conditions de validité (14). Ainsi, est nulle la clause qui empêche le salarié d'exercer son activité professionnelle, celle qui n'est pas limitée dans le temps ou dans l'espace, ou, encore, celle qui n'est pas justifiée par l'intérêt de l'entreprise. Dans l'affaire de 2011, le juge d'appel avait, concomitamment, prononcé la résiliation du contrat et la nullité de la clause. Il avait refusé de faire droit à la demande d'indemnisation du salarié, au motif que « *cette annulation, concomitante de la résiliation du contrat de travail, n'avait causé aucun préjudice réel et certain au salarié qui n'avait pas eu à la respecter, disposant de toute liberté pour occuper le même emploi chez un autre employeur* ».

Dans l'affaire qui nous occupe ici, la nullité de la clause résultait, là encore, de l'absence de contrepartie financière. Mais c'est parce que le salarié a exercé, après la rupture du contrat, l'activité interdite par la clause que la Cour d'appel l'a débouté de sa demande en dommages et intérêts. Si la Cour de cassation n'était pas revenue sur sa jurisprudence relative au préjudice nécessaire, il n'y aurait eu aucune raison pour que la solution de l'arrêt de 2016 diffère de celle de l'arrêt de 2011. En effet, que le salarié ait respecté ou pas la clause de non-concurrence, c'est

(8) Cass. Soc. 30 juin 2016, n° 15-16.066.

(9) L. Gratton, RTD civ. 2013, p. 275.

(10) Voir, par ex., admettant le préjudice automatique, Cass. Soc. 28 sept. 2011, n° 09-43.374.

(11) Cass. Soc. 27 juin 2001, n° 99-42.216 : Bull. civ. V, n° 236.

(12) Les deux termes seront utilisés indifféremment : l'illicéité est un vice affectant un élément constitutif d'un acte juridique et en justifiant l'annulation.

(13) Cass. Soc. 10 juill. 2002, n°s 99-43.334, 00-45.387, 00-45.135, Bull. civ. V, n° 239, Dr. Ouv. 2002 p. 533 n. D. Taté.

(14) Cinq conditions cumulatives sont nécessaires à la validité de la clause de non-concurrence. Elle doit être : indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans l'espace et dans le temps, tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié et, enfin, comporter une contrepartie financière.

la seule stipulation d'une clause nulle qui fondait son droit à réparation.

Reste à savoir quel préjudice subit le salarié du fait de cette stipulation, préjudice qu'il n'avait pas à démontrer hier, mais qu'il doit prouver aujourd'hui. Faut-il considérer qu'il résulte de la contrainte illicite que la clause incriminée a fait peser sur lui avant même la rupture du contrat de travail ? C'est une thèse qui est tout à fait soutenable : la clause de non-concurrence, qui a certes vocation à jouer après la rupture du contrat, ne pèse-t-elle pas sur le salarié dès sa stipulation, l'empêchant, par exemple, de démissionner pour un emploi plus rémunérateur ou de créer une entreprise concurrente ? Une telle clause, qu'elle soit licite ou illicite, porte atteinte au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle bien avant la rupture des relations contractuelles. C'est pourquoi l'on peut préférer la solution de l'arrêt de 2011 à celle de l'arrêt de 2016. Fallait-il que la « chasse aux sorcières » impacte une clause portant une atteinte illicite à une liberté fondamentale du salarié ? Combien de salariés, souvent peu au fait de la mécanique juridique, sauront, alors que leur contrat est en cours, que la clause à laquelle ils se savent tenus est illicite ? Partant, combien d'entre eux prendront la précaution de réunir les preuves d'un préjudice subi du fait de cette clause – preuve de la renonciation à un emploi plus rémunérateur chez un concurrent ou à la création d'une activité concurrente à celle de l'employeur ? On pouvait ne pas trouver choquant que la responsabilité de l'employeur, qui commet une faute en stipulant illicitement une clause attentatoire à la liberté de travail du salarié, soit actionnée automatiquement. Le préjudice n'avait pas à être prouvé, ce qui ne signifie pas qu'il n'existait pas. Cette responsabilité automatique avait au moins le mérite d'être dissuasive. Le risque existe désormais que les employeurs prennent moins de précautions lors de la stipulation d'une clause de non-concurrence. Si l'employeur peut, en outre, en vertu d'une stipulation expresse, renoncer au bénéfice de la clause lors de la rupture du contrat, le salarié se trouvera fort dépourvu : il aura pu subir les effets d'une clause illicite, dont il ne tirera aucune contrepartie (15). On peut se demander, à cet égard, s'il n'y a pas quelque secours à attendre de la réforme du droit des obligations. En vertu du nouvel article 1171 du Code civil, « dans un contrat

*d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». Si le contrat de travail n'est pas, par nature, un contrat d'adhésion, il le sera fréquemment en pratique, le nouvel article 1110 du Code civil retenant une définition souple du contrat d'adhésion (16). La clause de renonciation unilatérale à l'obligation de non-concurrence pourrait ainsi être considérée comme abusive. Réputée non écrite, elle permettrait au salarié, s'il est peu gêné par l'interdiction de concurrence, de bénéficier de la contrepartie financière prévue, à condition, bien entendu, qu'il respecte son obligation.

Dans l'affaire sous analyse, le salarié n'a pas respecté la clause illicite. Qu'en aurait-il été dans le cas contraire ? La Cour de cassation admettait, depuis une série d'arrêts rendus au début de l'année 2006, que « *le respect par le salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue* » (17). Le fondement de la responsabilité automatique de l'employeur était contractuel, la Cour visant l'article 1147 du Code civil dans ses arrêts de cassation. L'employeur, en portant une atteinte illicite à la liberté de travail du salarié (18), commettait une faute contractuelle. Le préjudice nécessaire résultait de cette atteinte et du respect par le salarié de la clause. Ce cas de figure sera vraisemblablement lui aussi impacté par la nouvelle jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Le préjudice subi par le salarié peut résulter du fait que la clause de non-concurrence l'a contraint à refuser certaines offres d'emploi, à accepter un emploi moins rémunérateur que celui auquel il aurait pu prétendre dans un domaine correspondant à son champ de compétence ou à renoncer à créer une entreprise. Il se peut aussi que la clause l'ait contraint à déménager pour exercer son activité dans un lieu non couvert par l'interdiction. C'est ce type de préjudices que le salarié devra prouver, preuve, là aussi, délicate à apporter.

Malgré une réciprocité indéniable, la Cour ne reviendra vraisemblablement pas sur sa jurisprudence, en vertu de laquelle « *la violation d'une obligation de non-concurrence cause nécessairement à celui qui est créancier de cette obligation un préjudice dont les juges du fond apprécient souverainement le montant et les modalités de la réparation* » (19).

(15) Ceci est d'autant plus vrai lorsque la cause de l'illicéité réside dans le non-respect d'une condition de validité autre que la contrepartie pécuniaire.

(16) « *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

(17) Cass. Soc. 11 janv. 2006, n° 03-46.933 ; Cass. Soc. 11 janv. 2006, n° 03-47.020 ; Cass. Soc. 15 févr. 2006, n° 03-47.941 ; Cass. Soc. 22 févr. 2006, n° 04-47.717 ; Cass. Soc. 15 mars 2006, n° 04-45.984 ; Cass. Soc. 22 mars 2006, n° 04-45.546 ; Cass. Soc. 4 avr. 2006, n° 04-43.935.

(18) Ou, comme le dit plus souvent la Cour de cassation, au « *principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle* ».

(19) Cass. Soc. 13 mars 2001, n° 99-40.114.

En effet, en matière d'obligation de ne pas faire, les dommages et intérêts sont dus du seul fait de la contravention (articles 1143 et 1145 du Code civil). La présomption résultant de la loi, cette solution devrait être maintenue, ce qui conduit à une situation quelque peu déséquilibrée. Certes, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats supprime ces deux textes. Mais la solution antérieure devrait continuer à s'appliquer aux contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

Fallait-il revenir sur les cas de préjudice automatique permettant la protection d'une liberté fondamentale du salarié ? Qu'il nous soit permis d'en douter (20). Dans les cas de stipulation d'une clause nulle ou de respect d'une clause illicite, *exit* la fonction punitive et dissuasive du préjudice automatique. L'employeur pourrait, dès lors, être moins attentif au respect des conditions de validité de la clause et être tenté « d'exercer son « privilège du préalable », tendance consistant à s'affranchir des obligations que la loi lui impose en pariant sur la très probable inertie contentieuse du salarié » (21). Sont sans doute également dans le collimateur de la Cour de cassation d'autres cas de préjudices automatiques retenus en cas d'atteinte à un droit fondamental. On pense, notamment, à l'hypothèse de défaut de mise en place des institutions représentatives du personnel (atteinte au droit constitutionnel de participation) (22) ou de non-respect par l'employeur du repos quotidien de onze heures (atteinte au droit au repos, protégé aussi bien par la Constitution que par des textes supranationaux) (23).

Finalement, la « condamnation de principe des présomptions de dommage en droit du travail (...) peut apparaître comme une authentique décision politique » (24), visant, notamment, à dissuader les pourvois en cassation de la part de salariés déboutés de leur demande en dommages et intérêts « automatiques » devant le juge du fond.

Cette évolution jurisprudentielle est officiellement justifiée par un « retour au droit commun » (25). Est-ce si sûr ?

## 2. La fin de la singularité des solutions retenues par le droit du travail ?

« L'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci

relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; (...) la cour d'appel, ayant constaté que le salarié n'avait subi aucun préjudice résultant de l'illégalité de la clause de non-concurrence, le moyen ne peut être accueilli ». La solution retenue par la Haute juridiction dans la présente décision n'est pas sans rappeler le principe réaffirmé avec force par une Chambre mixte de la Cour de cassation le 6 septembre 2002 (26). Faut-il pour autant en déduire la volonté de la Chambre sociale d'aligner sa jurisprudence sur les solutions retenues pas le droit commun ? Certains le pensent et justifient ainsi la politique jurisprudentielle qui vise, depuis quelques mois, à supprimer les présomptions de préjudice en droit du travail. Il est permis de ne pas être séduit par cette analyse. Pour s'en convaincre, il suffit de se figurer que la notion de préjudice automatique n'est pas inconnue du droit commun de la responsabilité civile. Bien au contraire, l'observation des solutions de droit positif permet de constater que les présomptions de préjudice sont omniprésentes. En dépit de leur grande diversité, il semble possible de les regrouper en deux grandes catégories. À l'instar des solutions que retenait, jusqu'à il y a peu, le droit du travail, le droit de la responsabilité civile utilise les présomptions soit pour sanctionner un comportement déloyal, soit pour réprimer les atteintes aux droits fondamentaux. À la réflexion, il se pourrait bien que les dernières décisions de la Chambre sociale marquent une véritable rupture avec le droit commun. C'est ce qu'il convient de montrer.

En premier lieu, le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme permet d'illustrer l'intérêt des présomptions conçues comme un outil au service de la loyauté. De manière constante, la Haute juridiction retient que le préjudice concurrentiel s'infère nécessairement du comportement déloyal (27). L'action en responsabilité est ainsi facilitée. Nul besoin de rapporter la preuve d'un préjudice pour obtenir la sanction de l'opérateur économique dont l'attitude est contraire à la morale des affaires (28). La raison d'être de cette solution doit être recherchée dans la nature même du préjudice subi. Quelle que soit la forme spécifique qu'il revêt – détournement de clientèle, dépréciation d'une marque, atteinte à l'image, à la notoriété – il se traduit systématiquement par un trouble commercial. La réalité de celui-ci étant

(20) Dans le même sens, J. Mouly, « Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux ? », RJS juill. 2016, p. 491, n° 10, p. 496.

(21) L. Gratton, *op. cit.*, p. 298.

(22) Cass. Soc. 17 mai 2011, n° 10-12.852 : Bull. civ. V, n° 108, Dr. Ouv. 2011 p. 677, Avis B. Aldigé, n. C. Saltzmann.

(23) Cass. Soc. 23 mai 2013, n° 12-13.015.

(24) J. Mouly, *op. cit.*, spéc. n° 5, p. 494.

(25) Ph. Florès, Sem. soc. Lamy 2016, 1721, p. 12.

(26) Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, n° 98-22.981, Bull. n° 4.

(27) V. par ex. Cass. Com. 2 déc. 2008, n° 07-19.861 ; Cass. Com. 26 juin 2012, n° 11-19.520.

(28) M.-L. Izorche, Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme, RTD com. 1998, pp. 17 et s.

particulièrement délicate à établir, les juges déduisent le préjudice de la faute et l'indemnisation est fonction de l'intensité de cette dernière. La prise en compte de la gravité du comportement pour fixer le montant de la réparation traduit la fonction répressive du droit de la responsabilité. Détaché des préoccupations indemnitaires, le recours à la responsabilité civile est ici utilisé à des fins punitives. Ce qui importe, c'est davantage de sanctionner l'auteur du comportement déloyal que de compenser un préjudice. Les solutions retenues jusqu'à il y a quelques mois par le droit du travail en cas de violation des règles procédurales encadrant le licenciement ou de remise tardive de documents de fin de contrat participaient de la même volonté. Les présomptions de préjudice qui avaient été édictées permettaient, en amont, de dissuader et, en aval, de sanctionner l'employeur peu diligent. Les récents revirements opèrent une véritable rupture. Plutôt que de supprimer la présomption, la Chambre sociale n'aurait-elle pas pu se contenter d'en modifier sa nature ? À l'instar des solutions retenues en matière de concurrence déloyale, on aurait pu concevoir que celle-ci puisse être combattue par tous moyens (29). D'irréfragable, la solution serait devenue simple, tout en restant un outil efficace permettant de sanctionner la déloyauté (30).

C'est, en second lieu, en matière de droits et libertés fondamentaux que le droit de la responsabilité civile a recours aux présomptions de préjudice. Afin de sanctionner les nombreuses atteintes à la personne, la Cour de cassation n'a pas hésité, dans le silence des textes, à présumer le préjudice du simple fait de l'existence d'une atteinte. Il en est ainsi lorsque l'intégrité morale de la personne est lésée. La seule atteinte à l'honneur (31), à l'image (32), à la dignité (33), au droit moral de l'auteur (34) permet à la victime d'obtenir des dommages et intérêts sans avoir à rapporter la preuve d'un préjudice. Il en est encore ainsi en matière d'atteinte à la vie privée (35) ou à la propriété (36). Quel que soit le fondement de la responsabilité retenu (37), les préjudices résultant de ces différentes situations sont soumis à des règles probatoires allégées (38). Pareil principe de solution s'explique par la nature fondamentale du droit lésé. Celle-ci s'oppose à la possible admission de leur violation. Parce qu'ils sont

l'expression de la personnalité humaine, la seule atteinte emporte présomption irréfragable qu'il y a eu – à tout le moins – préjudice moral et justifie la réparation. Pourquoi en irait-il différemment en droit du travail ? Les droits fondamentaux transcendent les distinctions entre les diverses branches du droit. La sanction des atteintes devrait être la même, sauf à admettre qu'il existe des droits plus fondamentaux que d'autres, dignes d'une protection supérieure. Penser ainsi, c'est reconnaître que les droits fondamentaux sont à géométrie variable, c'est instrumentaliser ces derniers et, à terme, les vider de leur substance. Est-il besoin de le rappeler, c'est la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle qui fonde l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence. Pourquoi cette liberté ne bénéficierait-elle pas de garanties offertes aux autres droits fondamentaux ?

Théoriquement contestable, la solution présente, cependant, l'avantage d'être pragmatique. Que l'on juge plutôt. Le recours aux présomptions de préjudice ne fait que déplacer le problème. Si elles facilitent le jeu de la responsabilité, la preuve des conditions étant plus aisée à rapporter, elles ne permettent pas, en revanche, de déterminer l'intensité du préjudice subi. On se retrouve alors dans une situation quelque peu paradoxale où le principe de la réparation est admis, sans qu'il soit pour autant possible d'établir objectivement le montant de l'indemnisation, faute d'avoir déterminé avec précision le préjudice. Ceci explique-t-il cela ? Le plus souvent, les éléments de calcul permettant de fixer le *quantum* des dommages et intérêts sont rarement explicités dans les décisions. En opérant ce revirement de jurisprudence, la Chambre sociale ne tire-t-elle pas les conséquences d'une pratique devenue coutume ? L'existence de la présomption ne dispense pas son bénéficiaire de transmettre toutes pièces utiles permettant d'établir l'étendue du préjudice allégué. Reste que le recours aux présomptions avait une fonction de symbole. L'indemnisation, souvent forfaitaire, était le reflet du caractère sacré des droits fondamentaux.

**Florence Canut et Louis-Frédéric Pignarre,**  
Professeurs à l'Université de Montpellier

(29) Cass. Com. 25 févr. 1992, n° 90-14.329, Bull. civ. IV, n° 88.

(30) Voir, en ce sens, J. Mouly, *op. cit.*, n° 10, p. 496.

(31) Cass. Crim., 2 oct. 2012, n° 11-84.972 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 juin 2006, n° 04-15.008.

(32) Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 juill. 2006, n° 05-14.738.

(33) Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 juin 2012, n° 11-18.327 ; D. 2012 p. 1794, Bull. civ. I, n° 129 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 juill. 2012, n° 11-17.510 ; D. 2012, p. 2277, obs. M. Bacache, Bull. civ. I, n° 165.

(34) Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 avr. 2007, n° 06-13.342

(35) Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 5 nov. 1996, n° 94-14.798, Bull. civ. I, n° 378 ; v. également Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 mars 2004, n° 02-12.743.

(36) Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 9 septembre 2009, n° 08-11.154.

(37) J.-P. Ancel., La protection des droits de la personne dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, Rapp. C. cass. 2000, Doc. fr., 2001, p. 55 ; T. Azzi, Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs, RTD civ. 2007, p. 227, spéc., n° 24 ; S. Laulom, n. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 nov. 1996, n° 94-14.798, D. 1997, jur., p. 403.

(38) J. Carbonnier, *Droit civil*. vol. 1. *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004, n° 279.