



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droit social général**  
**Dirigé par Monsieur le Professeur Patrick MORVAN et Madame**  
**le Professeur Françoise FAVENNEC-HERY**

**2022**

***Les présomptions en droit social***

**LEMAIRE Méлина**

**Sous la direction de Monsieur Emeric JEANSEN**



## **Master 2 Droit social général**

*Codirigé par le Professeur Françoise FAVENNEC-HERY et le Professeur Patrick MORVAN*

# **Les présomptions en droit social**

**Mélina Lemaire**

Sous la direction d'Émeric JEANSEN

**Promotion Barthélémy**

Université Panthéon Assas

Année universitaire : 2021-2022

**L'Université Paris Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.**

## Remerciements

Je tiens à remercier Monsieur Emeric JEANSEN, à la fois pour son accompagnement tout au long de ce mémoire, pour ses conseils avisés et constructifs, et pour l'ardeur avec laquelle il se rend disponible pour ses étudiants.

J'adresse également mes remerciements à Madame Lydie DAUXERRE, membre du jury, pour le temps qu'elle consacrera à la lecture de ce mémoire, et à l'ensemble des professeurs, maîtres de conférence et intervenants du master, pour la qualité de leurs enseignements.

Je remercie Gabin pour son soutien indéfectible empreint de bienveillance.

Mes remerciements vont également à mes parents, à ma famille, et à mes amis. Que leur laconisme n'enlève rien à la vitalité de mes sentiments.

J'adresse une pensée privilégiée à mon grand-père.  
Merci pour ton immense bonté dont je me remémore.

« L'un t'éclaire avec son ardeur,  
L'autre en toi met son deuil, Nature !  
Ce qui dit à l'un : Sépulture !  
Dit à l'autre : Vie et splendeur !

Hermès inconnu qui m'assiste  
Et qui toujours m'intimidas,  
Tu me rends l'égal de Midas,  
Le plus triste des alchimistes ;

Par toi je change l'or en fer  
Et le paradis en enfer ;  
Dans le suaire des nuages

Je découvre un cadavre cher  
Et sur les célestes rivages  
Je bâtis de grands sarcophages ».

**Charles Baudelaire, « Alchimie de la douleur », Les Fleurs du Mal.**

## Liste des abréviations

<b>ACAATA</b>	Allocation anticipée de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (ACAATA)
<b>AJD</b>	Actualité juridique Dalloz
<b>al</b>	Alinéa
<b>art</b>	Article
<b>AT-MP</b>	Accidents du travail et maladies professionnelles
<b>Cah. Soc.</b>	Les Cahiers sociaux (Lextenso)
<b>Cass</b>	Cour de cassation
<b>CE</b>	Conseil d'Etat
<b>Civ.</b>	Chambre civile de la Cour de cassation
<b>CNRTL</b>	Centre national de ressources textuelles et lexicales
<b>Com</b>	Chambre commerciale de la Cour de cassation
<b>Cons. const.</b>	Conseil constitutionnel
<b>CPAM</b>	Caisse primaire d'assurance maladie
<b>CPP</b>	Code de procédure pénale
<b>CSE</b>	Comité social et économique
<b>CSS</b>	Code de sécurité sociale
<b>C. trav.</b>	Code du travail
<b>D.</b>	Recueil de jurisprudence Dalloz
<b>Déf.</b>	Définition, défini (selon le contexte)
<b>Dir.</b>	Direction, directeur (selon le contexte)
<b>Dr. soc.</b>	Droit social (Dalloz Revues)
<b>DUE</b>	Droit de l'Union européenne

<b>Ex.</b>	Exemple
<b>Gaz. Pal.</b>	Gazette du Palais (Lextenso)
<b>JCI</b>	JurisClasseur (LexisNexis)
<b>JCI Civ.</b>	JurisClasseur droit civil
<b>JCI Comm.</b>	JurisClasseur Communication (Revue LexisNexis)
<b>JCP</b>	La semaine juridique- édition générale (LexisNexis)
<b>JCP E</b>	La semaine juridique Entreprise et Affaires (LexisNexis)
<b>JCP S</b>	La semaine juridique sociale (LexisNexis)
<b>JSL</b>	Jurisprudence Sociale Lamy
<b>Loi LOM</b>	Loi d'orientation des mobilités
<b>Op. cit.</b>	Opus citatum (ouvrage déjà cité)
<b>p.</b>	Page
<b>préc</b>	Précédent, précédemment
<b>RCS</b>	Registre du commerce et des sociétés
<b>Rep. Trav.</b>	Répertoire de droit du travail
<b>Resp. civ. et assur.</b>	Responsabilité civile et Assurances (Revue LexisNexis)
<b>RDSS</b>	Revue de droit sanitaire et social (Daloz Revues)
<b>RDT</b>	Revue de droit du travail (Daloz Revues)
<b>RJS</b>	Revue de jurisprudence sociale (Francis Lefebvre)
<b>RTD. civ.</b>	Revue trimestrielle de droit civil (Daloz Revues)
<b>SMS</b>	Short Message Service
<b>Soc</b>	Chambre sociale de la Cour de cassation
<b>SSL</b>	Semaine sociale Lamy (Wolters Kluwer)
<b>URSSAF</b>	Union de recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et d'allocations familiales

**v.**

Voir

**VRP**

Voyageur, représentant, placier

## Introduction

« *Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité* ».

### J. GIRAUDOUX, *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Acte II.

1.- Voilà l'argumentaire d'Hector pour finir de convaincre Busiris de réinterpréter les trois manquements aux règles internationales commis par la flotte grecque lors de son arrimage à Troie, afin de les déguiser en hommages rendus aux troyens. L'idée sous-jacente est celle du droit réservant une place à la fiction, affirmation plutôt contre-intuitive avec la représentation commune que se fait la société de cette matière. En outre, le latin jus (« droit ») est issu de la racine indo-européenne *yews*, qui signifie « coïncidence avec la Vérité »<sup>1</sup>. A priori, rien ne soupçonne le droit de créer des fictions juridiques, et pourtant il lui arrive « *de mettre en place de faux mensonges, c'est-à-dire des illusions aux effets juridiques tangibles* » à l'instar des présomptions<sup>2</sup>. L'exemple le plus emblématique étant celui de la présomption d'innocence, qui postule de la non-culpabilité d'un individu poursuivi pour une infraction, jusqu'à la démonstration de la preuve contraire<sup>3</sup>. Même d'emblée coupable, le droit refuse de le reconnaître comme tel, du moins, dans un premier temps.

2.- Faut-il regretter que le droit élabore des constructions artificielles ? Doit-il uniquement, au moyen d'une présomption, décrire le monde, indexé d'une incertitude et d'une vraisemblance ?<sup>4</sup> Dans la mesure où il n'est pas permis d'affirmer que le but du droit est de décrire le réel, une réponse négative s'impose<sup>5</sup>. Pour le professeur François Gény, les présomptions font partie de « *la technique juridique* », qui certes repose sur des mécanismes empreints de facticité mais qui est dirigée « *seulement par le but prédéterminé de l'organisation*

---

<sup>1</sup> P. SEGUR, « *Droit et littérature : Eléments pour la recherche* », Revue Droit et Littérature n°1, Lextenso 2017, p. 110 : <https://www.cairn.info/revue-droit-et-litterature-2017-1-page-107.htm>.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Sur l'impact de la présomption d'innocence en droit du travail : C. MATHIEU, « *La place de la présomption d'innocence en droit disciplinaire* », RDT 2018, p. 278.

<sup>4</sup> S. GOLTZBERG, Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique. Présomption et argument a fortiori, coll. Penser le droit, Bruylant 2012, p. 54.

<sup>5</sup> S. GOLTZBERG, p. 54.

*juridique qui suggère les moyens de sa propre réalisation* »<sup>6</sup>. En somme, une certaine fonctionnalité préside à la légitimité des présomptions, mécanisme juridique d'abord issu du droit civil et qui a naturellement trouvé ses prolongements en droit social.

**3.-** Spontanément, on associe souvent les présomptions, non pas au fictif, mais bel et bien au possible, de telle sorte que la présomption traite l'incertitude en anticipant ce que la réalité nous réserve<sup>7</sup>. Il s'agirait d'une sorte de prévision de ce qui est. Etymologiquement, le mot *présumer* signifie « conjecturer, croire d'après certains indices » et trouve son origine première du latin *praesumere*, qui signifie « prendre de l'avance » ou « se représenter d'avance, conjecturer »<sup>8</sup>. En français, *présumer* signifie « croire d'après certaines indices, considérer quelque chose comme étant probable »<sup>9</sup>. La présomption entretiendrait donc des liens particuliers avec la vraisemblance pour en déduire ce qui est probable, et il est acquis que certaines d'entre elles sont des tentatives de description du monde<sup>10</sup>. Est-ce à dire cependant que toutes les présomptions sont bâties sur la vraisemblance ?<sup>11</sup> L'exemple de la présomption d'innocence commande une réponse négative, il n'est pas vraisemblable d'être d'emblée innocent, mais ce n'est pas non plus impossible. Les présomptions ne sont donc ni totalement fictives, ni totalement vraies, et le seul critère du probable échoue finalement à préciser ce que recoupe le mot *présomption*. Le probable ne constitue tout compte fait qu'un pan de la *présomption*.

**4.-** Du côté de la définition légale, jusqu'à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, les présomptions étaient définies par l'ancien article 1349 du Code civil, aux termes duquel il était précisé que « *les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ». Souvent accusée d'être trop large et trop étroite<sup>12</sup>, voir inexacte dans certaines situations<sup>13</sup> à l'instar de la présomption d'innocence qui ne s'induit pas mais se

---

<sup>6</sup> J-P. CHAZAL, « *Léon Duguît et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique* », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, p. 116, 2010 : <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2010-2-page-85.htm>.

<sup>7</sup> S. GOLTZBERG, op.cit., p. 53.

<sup>8</sup> <https://www.cnrtl.fr/etymologie/présumer>.

<sup>9</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/présumer>.

<sup>10</sup> S. GOLTZBERG, op. cit., p. 53-54.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> L. PAILLER, « *Les présomptions dans l'ordonnance du 10 février 2016* », JCP n° 40, 2016, 1030.

<sup>13</sup> V. A.-B. CAIRE, « *Les présomptions par-delà l'article 1349 du Code civil* », RTD civ. 2015, p. 311. V. LE BALCH (1999), *Les présomptions en droit social*, th. Paris II, dir. J-C. JAVILLIER, p. 16. P. MALAURIE, P. MORVAN, « *Introduction au droit* », coll. Droit civil LGDJ, Lextenso, 8<sup>ème</sup> éd. 2020, §. 161.

postule, ou encore lorsque la bonne foi d'un protagoniste est présumée, cette définition ne pouvait faire que l'objet de remaniements.

5.- Une nouvelle définition légale a donc été consacrée par la réforme de 2016. Désormais, l'article 1354 du Code civil dispose que « la présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve ». L'article poursuit en énonçant ses trois régimes : « elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée ». Le législateur a donc troqué une définition reposant sur un raisonnement intellectuel de type inductif, pour une définition plus générale de la présomption.

6.- Si ce changement rédactionnel n'est pas resté sans écho, l'actuel article 1354 du Code civil peine toutefois à faire transparaître intégralement toutes les réalités que recoupe le terme de présomption<sup>14</sup>. En effet, derrière ce semblant d'unité, le terme de présomption renvoie à des mécanismes et à des effets juridiques éminemment hétéroclites<sup>15</sup>. En droit social, la présomption de bonne foi de l'employeur de l'article L. 4163-2 du Code du travail a-t-elle grand-chose à voir avec la présomption de faute inexcusable de l'employeur prévue à l'article L. 4154-3 du Code du travail ? Ou encore avec la présomption de contrat de travail induite de la délivrance d'un bulletin de paie ? Les mécanismes sont résolument dissemblables.

7.- En réalité, les présomptions désignent des notions fondamentalement différentes. Simple mode de preuve, la présomption renvoie au moyen par lequel une partie au litige prouve un acte juridique ou un fait, à l'instar d'un témoignage présumant de l'état d'anxiété d'un ancien salarié soumis durant toute sa vie professionnelle à l'amiante. Règle de preuve, elle opère un déplacement de l'objet de la preuve vers un autre, par exemple, la présomption de faute inexcusable d'un employeur alerté d'un danger induit cette faute de la simple preuve d'un signalement. En tant que règle de preuve, la présomption peut également instaurer un renversement de la charge de la preuve au détriment du défendeur, à l'image de la bonne foi présumée de l'employeur fixée à l'article L. 4163-2 du Code du travail. Preuve antéjudiciaire,

---

<sup>14</sup> G. LARDEUX, « *Les présomptions en droit privé, miroir du droit probatoire* », in : A-B CAIRE, *Les présomptions, Les artifices du droit (III)*, Centre Michel de l'Hospital, 2020.

<sup>15</sup> O. LECLERC, « *Preuve dans les contentieux du travail* », *Rép. trav.* 2022, pt. 75.

elle postule de la véracité d'un fait, et l'impose au juge, à l'instar de la présomption d'innocence<sup>16</sup>.

**8.-** A cela s'ajoute la portée de ses différents régimes, à même de pouvoir changer consubstantiellement leur nature, en fonction de leur tolérance au moyen de preuve contraire. En ce sens, si la présomption simple autorise le défendeur à apporter la preuve contraire par tout moyen pour démontrer l'inexistence du fait inconnu, la présomption irréfragable interdit de pouvoir rétablir la vérité. Cette dernière sort véritablement du terrain probatoire et s'affiche davantage en tant que règle de fond<sup>17</sup>. S'il y a, en définitive, deux visages aux présomptions, l'un probatoire, l'autre à connotation substantielle, il n'en demeure pas moins que les présomptions recourent des réalités foncièrement différentes.

**9.-** Historiquement, la nature polysémique du mot s'explique par les différentes évolutions de la théorie des présomptions impulsée par la doctrine. A la Renaissance déjà, quatre théoriciens du droit Duaren, Alciat, Menochius et Balde systématisent plusieurs acceptations du terme présomption<sup>18</sup>. Parmi celles-ci, figurent celle définissant la présomption comme une règle de droit arbitraire destinée à faciliter l'application de principes supérieurs ; celle du fait de l'homme s'apparentant à de simples indices indirects ; celles légales dites *juris* renvoyant aux conséquences que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu<sup>19</sup>. Pothier, à qui principalement on attribue la paternité de l'ancien article 1349 du Code civil, intègre une nouvelle catégorie de présomption dite *iuris et de iure*, qui sont absolues, c'est-à-dire qui n'autorisent pas la preuve contraire<sup>20</sup>. Les rédacteurs du Code civil de 1804, nourris des avancées doctrinales, ont finalement incorporé cette plurivocité<sup>21</sup>. Les présomptions étaient définies à l'article 1349, les présomptions légales, les présomptions légales absolues et celles du fait de l'homme étaient insérées respectivement aux articles 1350, 1352 et 1353 du Code civil. Aujourd'hui, l'article 1354 du Code civil, de par sa généralité, n'enlève rien à la plasticité du mot.

**10.-** C'est d'abord avec pudeur que le droit social s'est saisi de ce mécanisme civiliste, à une époque où l'ingérence du droit civil dans une matière qui réclamait son particularisme, était sans doute mal vu<sup>22</sup>. Le droit social est ici défini comme la branche du droit constitué de

---

<sup>16</sup> V. LE BALCH (1999), op. cit., p. 16-17.

<sup>17</sup> P. MALAURIE, P. MORVAN, op. cit. § 162.

<sup>18</sup> V. LE BALCH (1999), op. cit., p. 47-49.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> V. LE BALCH (1999), op. cit., p. 50.

<sup>21</sup> V. LE BALCH (1999), op. cit., p. 51.

<sup>22</sup> V. LE BALCH (1999), op. cit., p. 53.

l'ensemble comprenant le droit de la protection sociale, le droit social international et européen, et le droit du travail, sous ses facettes collective et individuelle<sup>23</sup>.

Cette réticence d'antan est aujourd'hui perceptible par l'absence de définition du terme de présomption dans le Code du travail ou le Code de sécurité sociale, alors même que de nombreux articles y font référence<sup>24</sup>. Le débat ne souffrant plus d'autant d'animosité que jadis, l'utilisation des présomptions en droit social s'est largement banalisée<sup>25</sup>. Certaines constructions présomptives sont même devenues spécifiques à la matière, à l'instar de la présomption de harcèlement ou de la présomption de discrimination, construites sur la base d'un mécanisme probatoire quasiment *ad hoc*. D'autres, sans être propres au droit social, ont connu un engouement particulièrement important en son sein, à l'instar de la présomption de préjudice.

**11.-** Le succès des présomptions en droit social s'explique principalement par les dérogations qu'elles sont susceptibles d'instaurer en matière de preuve. Du latin *probare* qui signifie « vérifier, approuver, prouver », la preuve désigne tout à la fois un processus de démonstration de l'existence de la matérialité d'un fait ou d'un acte dans les formes acquises ou requises par la loi, et les moyens employés pour faire cette démonstration<sup>26</sup>. Il n'y a pas, dans notre droit positif, de « théorie générale » de la preuve, c'est dans le Code civil qu'il faut chercher les principales règles de preuve, dégagées par extrapolation du chapitre IV « De la preuve des obligations et de celle du paiement »<sup>27</sup>. C'est donc aux articles 1353 et 1365 et suivants du Code civil que figure la « matrice d'un droit probatoire commun », où figure notamment le principe « *actori incumbit probatio* », la charge de la preuve incombe au demandeur (art. 1353)<sup>28</sup>.

**12.-** Les présomptions s'inscrivent dans ce chapitre IV du Code civil où elles sont destinées à alléger le fardeau de la preuve pesant sur la partie demanderesse, en prévoyant des facilités probatoires pour celui qui doit prouver les faits sur lesquels sa prétention<sup>29</sup> est fondée.

---

<sup>23</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, Puf, 13<sup>ème</sup> édition, 2020, déf. Droit social, p. 962.

<sup>24</sup> Ainsi, dans le Code du travail 2022 en ligne (hors jurisprudence), il est 11 fois fait mention du mot « présomption » ; 39 fois du mot « présumé », 161 fois du terme « réputé ».

<sup>25</sup> V. LE BALCH (1999), op. cit., p. 54.

<sup>26</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, 11<sup>ème</sup> éd., 2016, « preuve », p. 801.

<sup>27</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, « *Les dérogations au droit commun de la preuve dans le droit du contrat de travail* », Rencontres de la chambre sociale 2017, Bull. 2017, p. 24-25.

<sup>28</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, préc., p. 25.

<sup>29</sup> G. CORNU, 11<sup>ème</sup> éd : La prétention se définissant comme l'affirmation en justice tendant à réclamer quelque chose, soit de la part du demandeur, soit de la part du défendeur et dont l'ensemble détermine l'objet du litige, p. 800.

Ainsi, elles facilitent une preuve difficile à apporter, remédient à l'absence de preuve directe, pallient les difficultés probatoires en cas de doute sur les faits<sup>30</sup>. L'aide probatoire qu'apportent les présomptions est incontestable.

**13.-** Or, le droit social est une terre de prédilection pour les présomptions, notamment parce que, fondée sur une inégalité consubstantielle au lien de subordination, le salarié est en difficulté sur le plan probatoire par rapport à l'employeur, soit dans l'utilisation efficace des éléments probatoires qu'il a pu récolter, soit dans l'accès aux informations constitutives de la preuve<sup>31</sup>. Si le salarié n'est plus en mesure de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention, cela nuirait, en définitive, aux droits fixés par les normes sociales. Dans ce genre de situations, les autorités normatives permettent la modulation du jeu probatoire en instaurant des présomptions, afin de compenser l'inégalité des armes d'une partie devant le juge.

**14.-** Le principe de l'égalité des armes est issu du droit européen, plus précisément de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui, se fondant sur l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme relatif au droit à un procès équitable considère que « *dans les litiges opposant des intérêts privés, l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la place pas dans une situation de net désavantage* »<sup>32</sup>. Ainsi, le principe de l'égalité des armes peut justifier l'usage des présomptions, outil civiliste servant à « ajuster » des situations juridiques où l'une des parties est en net désavantage probatoire par rapport à l'autre.

**15.-** Le récent développement du « droit à la preuve » n'est, en outre, pas étranger à l'engouement concernant les présomptions. Celui-ci recoupe, à la fois le droit de présenter des preuves dont on dispose, et à la fois le droit d'obtenir des éléments de preuve détenus par la partie adverse ou par un tiers<sup>33</sup>. Les différentes chambres de la Cour de cassation en ont tour à tour consacré l'existence<sup>34</sup>. D'abord en 2012, par la première chambre civile de la Cour de cassation qui a autorisé la production d'un élément de preuve portant atteinte à la vie privée de l'une des parties lorsque celui-ci est indispensable à l'exercice de son droit à la preuve et proportionné aux intérêts antinomiques en présence<sup>35</sup>. Puis, par les autres chambres, dont la

---

<sup>30</sup> A-B. CAIRE, RTD Civ. 2015, p. 311.

<sup>31</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, préc., p. 26.

<sup>32</sup> CEDH, 10 octobre 2006, n° 7508/02, et 13 mai 2008, n° 65097/01.

<sup>33</sup> O. LECLERC, op. cit., pt. 113.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Cass., Civ. 1<sup>re</sup>, 5 avr. 2012, n° 11-14.177.

chambre sociale en 2016, qui a admis que le droit à la preuve pouvait justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié, à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit, et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi<sup>36</sup>. Le droit à la preuve bénéficie donc tant au salarié qu'à l'employeur<sup>37</sup>.

**16.-** Ce contexte, où il est permis au juge d'apprécier la recevabilité des preuves selon qu'elles soient nécessaires au demandeur pour démontrer les faits nécessaires au succès de sa prétention, révèle la volonté des autorités normatives de moduler l'équilibre du jeu probatoire dans un litige, en l'occurrence lorsque l'une des parties est susceptible d'être lésée.

C'est aussi l'esprit qui innerve la technique présomptive. En témoigne, par exemple, la présomption de discrimination, qui permet à un salarié n'ayant pas toutes les preuves matérielles pour alléguer directement une discrimination (les preuves étant en possession de l'employeur) de rapporter un faisceau de preuves indirectes. En témoigne aussi l'acceptation par le juge de la délivrance d'un bulletin de paie comme moyen de preuve suffisant pour faire présumer l'existence d'un contrat de travail, tandis que le salarié n'est pas en possession d'un écrit. En témoigne, enfin, les présomptions de dommage, qui font l'économie aux salariés d'apporter la preuve, parfois trop difficile, de l'existence d'un préjudice.

**17.-** Par conséquent, les présomptions sont de précieux outils d'accès au réel pour les juges, avec lesquels ils balaisent ou allègent les obstacles probatoires<sup>38</sup>. Elles leur permettent d'approcher la vérité qui leur échappe, et en cela, elles contribuent à la réalisation du droit<sup>39</sup>. Pour une auteure, l'objectif derrière l'usage des présomptions est celui de la paix civile, car elles font accepter les jugements par les parties à l'instance et le corps social<sup>40</sup>. Les présomptions, dans leur dimension probatoire, s'affichent donc comme les garantes de la régulation des rapports sociaux<sup>41</sup>.

**18.-** Mais toutes les présomptions n'ont pas une vocation probatoire. En premier lieu, les présomptions irréfragables, qui interdisent le défendeur d'apporter un moyen de preuve contraire, témoignent ostensiblement de cette sortie du domaine de la preuve. Certains auteurs

---

<sup>36</sup> Cass. soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203.

<sup>37</sup> O. LECLERC, *op. cit.*, pt. 112.

<sup>38</sup> A-B. CAIRE, *RTD Civ.* 2015, p. 311.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> G. LARDEUX, *op. cit.*, p. 29.

<sup>41</sup> V. LE BALCH, *op. cit.*, p. 14.

assimilent ainsi les présomptions irréfragables à de véritables règles de fond<sup>42</sup>. La finalité de telles présomptions est moins de rétablir le droit de la preuve, que d'instaurer une authentique règle de droit.

Ainsi, le législateur reconnaît définitivement la faute inexcusable de l'employeur alerté d'un danger et qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour éviter l'accident qu'a subi un salarié<sup>43</sup>. Dès lors, il est impossible à l'employeur d'apporter la preuve à même de démontrer qu'il n'a pas commis de faute inexcusable, et ce malgré la véracité potentielle de ce fait.

**19.-** C'est donc que la présomption irréfragable fait fit du réel, sa finalité est ailleurs. Celle-ci peut revêtir un aspect dissuasif, au sens où la menace de la fixation définitive d'une situation modulera le comportement d'une des parties. Par exemple, la conclusion d'un contrat à durée déterminée sans écrit est sanctionnée définitivement par la requalification en contrat à durée indéterminée. L'irréversible a donc une connotation punitive parce qu'il empêche le justiciable de pouvoir se dédouaner de quelque chose.

**20.-** Partant, les présomptions irréfragables s'affichent comme une véritable police des comportements. Elles trouvent naturellement leur place en droit social, terrain où préside l'inégalité consubstantielle au rapport de travail, et où la régulation des comportements illicites est indispensable au moyen, si nécessaire, d'une sanction.

**21.-** Pour autant, la fixation définitive d'une situation n'est pas que punitive. Elle peut aussi révéler la volonté de l'autorité normative de maintenir un état de fait, par exemple pour défendre un justiciable plus qu'un autre. On songe à la présomption irréfragable d'existence d'un contrat de travail pour les VRP<sup>44</sup>, ou de la présomption irréfragable de préjudice d'anxiété des anciens salariés ayant été en contact avec des substances toxiques et nocives bénéficiant du régime d'ACAATA<sup>45</sup>. Ce maintien en état des situations des justiciables révèle le choix de l'autorité normative de défendre l'une des parties plus que l'autre, avec comme finalité sous-jacente la justice au sens politique du terme<sup>46</sup>. Ici, la fonction n'est plus celle d'aider le juge mais d'orienter la décision finale<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> A. AYNES, X. VUITTON, Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle, Droit et professionnels, LexisNexis 2013, p. 53 et s. ; D. GUEVEL, Preuve des obligations, JCl. Civ., 2021, pt. 102 ; G. LARDEUX, op. cit., p. 29 et s. ; P. MALAURIE, P. MORVAN, op. cit., § 162.

<sup>43</sup> Art. L. 4131-4 C. trav.

<sup>44</sup> Art. L. 7313-1 C. trav.

<sup>45</sup> Cass. soc., 4 déc. 2012, n° 11-26.293.

<sup>46</sup> G. LARDEUX, op. cit., p. 29.

<sup>47</sup> *Ibid.*

**22.-** En définitive, les présomptions – simples ou irréfragables – sont un soutien aux normes sociales substantielles déjà existantes. Partant, le prisme par lequel elles seront ici étudiées ne sera pas celui du mode de raisonnement inductif qui les préside, ni simplement celui de leurs conséquences sur le droit, car de tels critères échoueront à systématiser véritablement la notion.

Il s'agira davantage d'analyser leurs finalités et de se demander *en quoi les présomptions sont-elles conçues pour rétablir l'effectivité des normes substantielles du droit social ?*

Dit autrement, il conviendra de s'interroger sur la mesure avec laquelle les présomptions renforcent la portée des normes substantielles du droit social, en quoi l'effet réel de ces normes est assuré, augmenté par l'usage des présomptions.

**23.-** Tandis que sous leur jour probatoire, les présomptions simples permettent de rétablir l'égalité des armes en atténuant l'obstacle lié à la carence existante en matière de preuve (**Première partie**), sous leur facette davantage substantielle, les présomptions irréfragables assurent l'efficacité de la règle de droit, soit en fixant définitivement une situation en faveur d'une des parties, soit en sanctionnant le manquement de l'une des parties fautive (**Seconde partie**). Précisons toutefois que les vocations des présomptions, probatoire et substantielle, ne s'excluent pas l'une de l'autre de façon aussi drastique qu'un plan en deux parties ne le laisse envisager. En d'autres termes, une même présomption peut naturellement répondre à ces deux objectifs. Cela n'enlève rien au fait que les présomptions simples ont consubstantiellement une dominante probatoire, largement plus marquée que les présomptions irréfragables, qui à leur tour, ont une visée éminemment plus substantielle que les présomptions simples.

## **Partie 1 : Rétablir l'égalité des armes par la présomption simple**

**24.-** Les présomptions simples sont surtout mobilisées lorsqu'un justiciable peine à alléguer des faits pourtant nécessaires au succès de sa prétention. Sont particulièrement concernés les salariés, du fait de leur position au sein de la relation contractuelle, mais il est évident qu'ils n'ont pas l'apanage des difficultés probatoires, par conséquent, ils ne sont pas les seuls bénéficiaires des présomptions. Le principe de l'égalité des armes commande donc d'offrir un avantage probatoire à la partie lésée par le biais du mécanisme présomptif (**Titre premier**), technique rationnelle de simplification de la preuve dont les prochains développements s'attarderont sur ses différentes manifestations en droit social (**Titre second**). Rétablir l'égalité des armes en réduisant l'obstacle probatoire, contribuent ainsi à permettre aux justiciables de pouvoir faire valoir devant le juge les dispositions substantielles qui leur sont offertes.

### **Titre 1 : La présomption comme palliatif à l'inégalité d'accès à la preuve**

**25.-** L'obstacle probatoire peut se manifester par la difficulté à établir la matérialité des faits, ces derniers étant objectivement difficiles à prouver (**Chapitre premier**). Plus propre au droit social, la difficulté peut aussi résider dans la détention des preuves par la partie adverse, notamment par l'employeur en vertu de ses pouvoirs de direction et de contrôle (**Chapitre second**). L'édiction de présomptions simples par les autorités normatives permettent alors d'écarter ou de réduire l'obstacle probatoire, autorisant conséquemment le justiciable à accéder aux dispositions substantielles dont ils bénéficient.

## Chapitre 1<sup>er</sup> : La difficulté probatoire à établir la matérialité des faits

« *Ad impossibilia nemo tenetur* »

« *Personne n'est tenu aux choses impossibles* »<sup>48</sup>

**26.-** Selon un adage latin, il n'y a pas d'obligation quand l'objet est impossible. Initialement appliqué au droit des obligations, le droit de la preuve peut-il revendiquer ce principe et instaurer en conséquence un principe général d'édiction d'une présomption toutes les fois où il y aurait une difficulté probatoire ? Pour le moment, ce postulat n'a jamais été consacré. Toutefois, on ne s'empêchera pas de faire remarquer que la récurrence avec laquelle l'obstacle probatoire se dresse sur la route des justiciables a une influence sur la décision des autorités normatives de créer une présomption.

**27.-** Les présomptions simples sont en effet des aides probatoires précieuses lorsque, pour une situation donnée, la matérialité des faits est difficile à établir. Instinctivement se figure-t-on la preuve diabolique – *probatio diabolica* – qui décrit les situations où il faut apporter la preuve de ce qui n'existe pas, ou de ce qui n'a pas été exécuté<sup>49</sup>. Il est loisible d'imaginer les manifestations de la *probatio diabolica* en droit social interdisant l'accès à la preuve à l'une des parties. Il s'agira par exemple, de tous les cas de figure où un salarié doit prouver que l'employeur n'a pas accompli l'une de ses obligations : l'obligation de reclassement, l'obligation de sécurité... Ces preuves sont difficiles à apporter pour le demandeur, tandis qu'il suffirait au défendeur d'apporter l'existence du fait positif pour contredire son adversaire<sup>50</sup>. Ces situations justifieraient, selon les cas, la consécration d'une présomption.

**28.-** Toutefois, comme précédemment annoncé, il n'existe pas, en matière de preuve, de principe général « d'impossibilité de prouver un fait négatif », qui conduirait à la généralisation d'une présomption de non-exécution d'une obligation, toutes les fois où le demandeur alléguerait de ce manquement<sup>51</sup>. En effet, tout d'abord, toutes les preuves d'un fait négatif ne sont pas impossibles à apporter<sup>52</sup>. Ensuite, ce principe général entrerait en contradiction avec l'idée que l'on se fait d'un ordre social, à savoir, la tranquillité du défendeur est de mise, et il

---

<sup>48</sup> H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, 7<sup>ème</sup> éd., 2016.

<sup>49</sup> G. LARDEUX, *Preuve : règles de preuve*, Répertoire de droit civil, D. 2018, pt. 84.

<sup>50</sup> G. LARDEUX, préc. pt. 84.

<sup>51</sup> G. LARDEUX, préc. pt. 90.

<sup>52</sup> *Ibid.*

n'est pas concevable qu'il se justifie toutes les fois où le demandeur argue d'un potentiel manquement de sa part<sup>53</sup>. Conceptuellement, il faut qu'il se justifie par exception, et non par principe, en témoigne l'article 1353 du Code civil qui illustre l'adage *actori incumbit probatio*. Le recours à la présomption est donc soumis à sa consécration, qu'elle soit d'origine jurisprudentielle ou législative.

**29.-** A côté de la preuve diabolique, ici définie *stricto sensu*<sup>54</sup>, figurent d'autres cas de figure où la preuve d'un fait est difficile à rapporter. Il en va ainsi lorsqu'il faut prouver l'existence d'un lien de causalité, qui est l'établissement d'une relation de cause à effet, entre un élément générateur et l'élément généré<sup>55</sup>. Si bien qu'en matière d'AT-MP, est consacrée une présomption de causalité, appelée aussi présomption d'imputabilité, car la règle *actori incumbit probatio* serait largement défavorable aux salariés dans ces cas de figure<sup>56</sup>.

**30.-** En effet, dans la plupart des cas, les salariés sont dans l'impossibilité matérielle d'apporter le lien de causalité nécessaire à la réparation légale de leur préjudice, leur permettant d'obtenir la gratuité des soins et l'indemnisation forfaitaire de la perte de leur rémunération<sup>57</sup>. Plus précisément, c'est un double lien de causalité que devrait apporter la victime, à savoir, le lien entre la lésion et l'accident et le lien entre l'accident et le travail<sup>58</sup>. Afin de protéger les travailleurs victimes, la Cour de cassation a très tôt instauré cette présomption d'imputabilité, qui figure aujourd'hui à l'article L. 411-1 du Code de sécurité sociale<sup>59</sup>.

**31.-** L'article offre donc aux travailleurs une dispense d'une double preuve de causalité, à eux d'établir seulement la matérialité de l'accident, à savoir l'existence d'une lésion corporelle survenue au temps et au lieu de travail, son caractère professionnel en sera automatiquement présumé<sup>60</sup>. Il sera toujours possible pour l'employeur ou la CPAM d'apporter la preuve contraire pour renverser la présomption de causalité, par exemple, en prouvant qu'au

---

<sup>53</sup> C'est le principe *actori incumbit probatio* : si le fardeau de la preuve incombe au demandeur, c'est que celui-ci ouvre les hostilités et perturbe l'ordre établi. H. ROLAND, op. cit., v. « *actori incumbit probatio* », p. 11.

<sup>54</sup> Définie *lato sensu*, la preuve diabolique semble recouvrir toutes les situations d'impossibilités probatoires, peu importante la nature de cette impossibilité.

<sup>55</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, Puf, 11<sup>ème</sup> édition, 2016.

<sup>56</sup> Selon celle-ci, il reviendrait au salarié victime d'un AT-MP d'apporter la preuve de la matérialité de son accident, de sa survenance au temps et au lieu de travail, et du lien de causalité, c'est-à-dire que l'AT-MP a une origine professionnelle.

<sup>57</sup> Y. SAINT-JOURS, « AT : l'enjeu de la présomption d'imputabilité », D. 1995, p. 13.

<sup>58</sup> J. PEROTTO, V. MAYER, « AT-MP- Réflexions sur l'appréciation de la nature professionnelle d'un accident ou d'une maladie en droit du travail et en droit de la sécurité sociale », JCP S n° 14, 1215, 2007.

<sup>59</sup> Y. SAINT-JOURS, préc. Art. L. 411-1 CSS dispose auj. qu'« est considéré comme AT, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise ».

<sup>60</sup> Y. SAINT-JOURS, préc.

moment de l'accident, la victime s'était soustraite à l'autorité de l'employeur par une initiative personnelle, ou que le travail n'a joué aucun rôle dans l'accident, ou encore que celui-ci soit intervenu pendant une période de suspension du contrat de travail<sup>61</sup>.

**32.** – A l'inverse, les victimes ou leurs ayants-droit sont confrontés à de réelles difficultés probatoires toutes les fois où la présomption d'imputabilité n'est pas reconnue. Par exemple, il est acté que le cas où survient le décès de la victime à la suite de soins continus bénéficie de la présomption d'imputabilité<sup>62</sup>. Mais dans le cas où un salarié victime d'un AT atteint de graves traumatismes crâniens se suicide après avoir subi un traitement de plusieurs mois, la présomption ne s'applique plus, de sorte que les ayants doivent établir le lien de causalité entre l'AT et le suicide, ce qui peut seulement être établi au moyen d'une expertise médicale, dont les conclusions peuvent drastiquement varier en fonction de la personne de l'expert<sup>63</sup>. L'absence d'une présomption d'imputabilité dans cette hypothèse amène finalement à une versatilité du résultat quant à la qualification professionnelle de l'accident. La présomption est donc une sécurité pour le travailleur victime, dont la qualification d'accident du travail est fixée au moins jusqu'à la validité de la preuve contraire.

**33.-** Une présomption d'imputabilité est également instaurée en matière de maladies professionnelles par l'article L. 461-1 du Code de sécurité sociale. Les maladies inscrites aux tableaux prévus par l'article L. 461-2 du Code de sécurité sociale sont ainsi présumées d'origine professionnelle, ce qui permet à la victime malade de faire l'économie de la preuve de la causalité entre la maladie et son caractère professionnel<sup>64</sup>. Dès lors, celle-ci ou ses ayants droit doivent uniquement apporter la preuve d'une exposition durable et habituelle aux risques mentionnés dans les tableaux susmentionnés. La présomption n'étant, là aussi, pas irréfragable, l'employeur ou la CPAM peuvent apporter la preuve contraire en invoquant l'absence de relation entre l'état du travailleur et la maladie en question. Tout comme en matière d'accidents du travail, la présomption d'imputabilité permet donc de sécuriser la situation du travailleur malade, au moins jusqu'à la preuve inverse, afin qu'ils puissent revendiquer ses droits.

---

<sup>61</sup> Y. SAINT-JOURS, préc.

<sup>62</sup> Cass. soc., 7 juill. 1986, *Bull. civ.* V, n° 359.

<sup>63</sup> Y. SAINT-JOURS, préc.

<sup>64</sup> J. PEROTTO, V. MAYER, op. cit.

**34.-** Ensuite, un fait peut être malaisé à apporter lorsqu'il repose sur un état subjectif<sup>65</sup>, sur une intentionnalité (notamment celle de la personne adverse) ou sur la conscience d'une situation, au sens de la connaissance de faits. Dans ces cas-là, la preuve à apporter a une inclination éminemment psychologique. Or, il est difficile d'apporter avec certitude la preuve d'un phénomène intérieur, surtout s'il faut démontrer celui de l'adversaire. La technique présomptive trouve naturellement sa place dans ce genre de cas.

**35. -** Un exemple est celui de la présomption simple de faute inexcusable de l'employeur en cas d'AT-MP d'un travailleur précaire affecté à un poste dangereux, prévu à l'article L. 4154-3 du Code du travail. Hors présomption, la preuve d'une faute inexcusable se démontre en apportant cumulativement la conscience du danger qu'avait l'employeur d'un risque qui s'est finalement réalisé et l'absence de mesures de prévention prises contre ce risque<sup>66</sup>. Cependant, la conscience du danger est un élément subjectif, difficile, par conséquent, à saisir. En instaurant une présomption de faute inexcusable, le législateur fait bénéficier le travailleur précaire d'une facilité probatoire, puisque ce dernier doit uniquement démontrer l'absence de formation renforcée que devait lui dispenser l'employeur avant de l'affecter à un poste dangereux<sup>67</sup>. En réalité, cette présomption repose sur le postulat qu'un travailleur précaire a sensiblement moins conscience du danger qu'un travailleur permanent<sup>68</sup>. Conséquemment, elle postule la connaissance de l'employeur du risque plus élevé pour le travailleur précaire de subir un AT-MP. La conscience du danger de l'employeur est donc l'axiome sur lequel se fonde le législateur, qui accepte de dédouaner uniquement les employeurs ayant dispensé une formation préventive renforcée aux travailleurs précaires affectés sur un poste dangereux.

**36.-** Enfin, à une toute autre échelle, l'impossibilité matérielle d'établir un fait peut découler de considérations de droit international. On retrouve cette spécificité en droit social européen s'agissant des certificats A1, documents délivrés aux travailleurs détachés attestant de leur assujettissement à la sécurité sociale de l'Etat membre de délivrance<sup>69</sup>. Au nom du

---

<sup>65</sup> Sur cette question d'état subjectif, v. les *dvllpts.* s. sur le préjudice d'anxiété, dont la preuve est impossible à établir avec certitude, justifiant ainsi la création d'une présomption de préjudice.

<sup>66</sup> Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-17.201, n° 99-21.255 et n° 99-18.389 ; Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30.038. Pour des développements plus fournis, v. pt. 169 et s. de ce mémoire.

<sup>67</sup> P-Y. VERKINDT, « *L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires* », Dr. soc. 1995. P-Y. VERKINDT, « *Une illustration du lien entre droit de la sécurité sociale et droit du travail : les présomptions de faute inexcusable et l'impératif de présomption* », RDSS 2008, p. 1140.

<sup>68</sup> P-VERKINDT, RDSS 2008, p. 1140.

<sup>69</sup> L. DRIGUEZ, « *Détachement de travailleurs : extensions et limites de la portée des certificats A1* », SSL n° 1933, 2020.

principe de primauté du droit de l'Union européenne, l'institution émettrice d'un tel certificat est présumée établir des certificats conformes<sup>70</sup>. De ce fait, il existe une présomption de régularité attachée aux certificats A1 qui doivent être considérés comme étant valides par les juridictions civiles même en cas de suspicion de fraude, tant qu'aucune procédure de retrait n'aurait été menée à son terme, ou à l'issue d'un délai raisonnable au cours duquel l'institution émettrice aura été sollicitée pour procéder à un réexamen<sup>71</sup>. Les juridictions étatiques sont donc tenues par cette présomption de validité, qui trouve sa justification dans la logique de primauté du droit de l'Union européenne, qui interdit à un Etat membre de faire fit d'un certificat émis par une institution d'un autre Etat.

**37.** - La vocation de ces quelques développements était de systématiser les cas en droit social où la matérialité des faits est objectivement difficile à apporter. Il s'agit d'une difficulté objective résultant de la nature même du fait en cause<sup>72</sup>: fait négatif à apporter, preuve d'un lien de causalité, preuve d'un état subjectif... Lorsqu'elle est consacrée, la technique présomptive permet de faire bénéficier le demandeur d'une facilité probatoire en lui permettant de prouver un autre fait, auquel il aura plus facilement accès.

**38.-** Mais les difficultés probatoires ne sont pas qu'objectives, elles peuvent être subjectives, c'est-à-dire, résulter de la situation réelle ou figurée de celui qui devait en principe l'apporter<sup>73</sup>. Cette situation est largement propre au droit social, où la preuve physique – par exemple des documents – est détenue par la partie adverse, dans la plupart des cas, il s'agira de l'employeur, en vertu de ses pouvoirs de contrôle et de direction. De ce contexte naissent des présomptions spécifiques au droit social.

---

<sup>70</sup> CJUE, 2 avr. 2020, aff. C-370/17, Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile (CRPNPAC) et C-371/17, Vueling Airlines SA.

<sup>71</sup> L. DRIGUEZ, préc.

<sup>72</sup> A. AYNES, X. VUITTON, op. cit., p. 54.

<sup>73</sup> *Ibid.*

## Chapitre 2<sup>nd</sup> : La détention des preuves par la partie adverse

**39.-** Les obstacles probatoires peuvent aussi consister dans la détention de la preuve par la partie adverse, ce qui empêche bien évidemment la partie demanderesse d'y accéder. Cet état de fait est largement consubstantiel au droit social, dans la mesure où l'employeur dispose d'un avantage concurrentiel sur le salarié<sup>74</sup>. En vertu de ses pouvoirs de direction et de contrôle, il a en effet la maîtrise des lieux de l'entreprise où reposent les éléments factuels de preuve<sup>75</sup>. Conséquemment, il existe une inégalité d'accès à la preuve au détriment du salarié qui s'est généralisée dans cette branche du droit<sup>76</sup>. Ce contexte a donné lieu à l'édiction de présomptions purement « travaillistes », qui d'ailleurs ne profitent pas toujours au salarié.

**40.-** Sensibles au désavantage probatoire que subissent les salariés, les Hauts Magistrats ont autorisé, dans certaines hypothèses circonscrites, l'utilisation du « partage de preuve », lorsque les éléments de preuve sont détenus, pour l'essentiel, par l'employeur<sup>77</sup>. Ainsi, le salarié apporte les quelques éléments de fait qu'il a en sa possession, laissant présumer ce qu'il allègue, tandis que l'employeur apporte ses propres éléments pour détruire la présomption.

**41.-** Le « partage de preuve » a par exemple été consacré dans le droit de la non-discrimination. En outre s'agissant de la preuve de la discrimination, le salarié n'a pas les outils probatoires nécessaires pour replacer sa situation individuelle dans un ensemble dont seul l'employeur a la maîtrise<sup>78</sup>. En effet, la preuve de la discrimination requiert par essence la comparaison de plusieurs situations, or le salarié n'a pas en sa possession l'étalon de mesure<sup>79</sup>. De plus, la discrimination ne s'extériorise pas par des propos, des écrits, ou tous autres éléments de preuve pouvant clairement la diagnostiquer<sup>80</sup>. Par conséquent, les autorités normatives autorisent le salarié à alléguer d'un faisceau de faits présumant l'existence d'une discrimination, et non à apporter les preuves directes de la discrimination qui demeurent dans le giron de l'employeur<sup>81</sup>.

**42.-** De façon analogue, la preuve du harcèlement est substantiellement malaisée à apporter pour le salarié, confronté à l'obstacle factuel de la collecte d'informations, dont

---

<sup>74</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, op. cit., p. 27 et s.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, op. cit., p.26.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> C. MICHAUD, op. cit.

<sup>81</sup> *Ibid.*

beaucoup sont détenues par l'employeur, l'autorisant là aussi à n'alléguer que les faits qu'il a en sa possession, et non les preuves directes du harcèlement<sup>82</sup>.

**43.-** Enfin, la preuve des heures effectuées par le salarié régi par l'article L. 3171-4 du Code du travail commande elle-aussi un partage de preuve entre l'employeur et son subordonné. La raison de cet allègement probatoire réside dans le fait que seul l'un des deux protagonistes a la maîtrise factuelle du décompte des heures supplémentaires<sup>83</sup>. Ainsi, lorsque l'employeur n'apporte pas les éléments de preuve de nature à justifier le nombre d'heures effectivement réalisées par le salarié, et que les éléments fournis par le salarié sont suffisamment étayés, il y a présomption de dissimulation d'heures de travail<sup>84</sup>.

**44.-** Le constat de la détention des preuves physiques par l'employeur a donc amené le juge à rectifier la règle *actori incumbit probatio* et à déplacer l'objet de la preuve là où le salarié avait les moyens probatoires d'alléger les faits nécessaires au succès de sa prétention. Du reste, la seule constatation de la possession de la preuve par l'employeur n'engendre pas systématiquement un allègement probatoire pour le salarié. Pis, le contexte a déjà pu donner naissance à des présomptions qui lui sont défavorables, à l'instar de la présomption de professionnalisation attachée à tous les éléments matériellement présents dans les lieux de l'entreprise, y compris les fichiers et dossiers du salarié.

**45.-** Avec l'émergence du droit du salarié au secret des correspondances du salarié<sup>85</sup>, corollaire du droit au respect de sa vie privée, a surgi un point de tension. Comment, en effet, l'employeur pouvait-il contrôler l'activité salariale, notamment en ouvrant des courriers, des fichiers et tout type de document, sans porter atteinte au secret de ses correspondances ?<sup>86</sup>

**46.-** La difficulté étant que l'employeur doit pouvoir identifier un courrier personnel *a priori*, c'est-à-dire, avant la prise de connaissance de son contenu<sup>87</sup>. Afin d'endiguer les piétinements jurisprudentiels, la chambre sociale de la Cour de cassation est finalement venue

---

<sup>82</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, op. cit., p. 26.

<sup>83</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, op. cit., p. 26.

<sup>84</sup> Le Lamy droit pénal des affaires 2021, pt. 5463.

<sup>85</sup> Cass. soc., 2 oct. 2001, 99-42.942, arrêt Nikon : « Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ».

<sup>86</sup> La sanction pénale de l'atteinte au secret des correspondances privées est prévue à l'article 226-15 du Code pénal.

<sup>87</sup> F. BITAN, « Le courrier électronique, objet de contrôles et de protections », JCl. Com., pt. 36.

poser une présomption de professionnalité des fichiers détenus par le salarié sur son ordinateur mis à sa disposition<sup>88</sup>. Désormais, les courriers émis ou reçus par le salarié sont présumés être professionnels (l'employeur peut donc les ouvrir sciemment sans risquer de commettre une atteinte à ses droits fondamentaux), jusqu'à la mention contraire du salarié indiquant le caractère personnel du message<sup>89</sup>. L'absence du salarié dans l'entreprise ne change rien au principe, puisque l'employeur peut les ouvrir et en contrôler le contenu<sup>90</sup>. Par ailleurs, la Cour de cassation a étendu la présomption de professionnalité aux SMS envoyés ou reçus par le salarié au moyen du téléphone mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail<sup>91</sup>.

**47.-** La présomption de professionnalité des courriers électroniques a donc vocation à servir exclusivement l'employeur et à le dédouaner d'une potentielle violation du secret des correspondances, lors de l'ouverture des courriers personnels des salariés, non identifiés comme tels. L'employeur n'étant pas en possession *a priori* du document litigieux, la présomption de professionnalité est un moyen d'identification lui assurant de ne pas commettre de violation à l'encontre des droits fondamentaux de son salarié.

**48.-** Du reste, la présomption instaure un tel déséquilibre qu'une zone d'impunité subsiste, si bien que le risque de violation du secret des correspondances du salarié est réel. En outre, la question s'était posée de savoir si l'employeur pouvait ouvrir impunément un courrier professionnel, qui à la lecture s'avérait être un courrier personnel, sans violer la vie privée du salarié<sup>92</sup>. La doctrine était d'avis que la présomption de professionnalité ne devait pas permettre à l'employeur de prendre connaissance des messages personnels du salarié, au-delà de ce qui est nécessaire pour comprendre qu'ils ne lui étaient pas destinés<sup>93</sup>. La jurisprudence ne pose pas de limite et affirme seulement que l'employeur ne peut se fonder sur le contenu d'un courrier personnel pour sanctionner disciplinairement son salarié<sup>94</sup>. La présomption de professionnalité peut donc générer des abus de la part de l'employeur, dans les cas où un salarié distrait aurait omis de préciser que son document avait un caractère professionnel.

---

<sup>88</sup> Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-45.025, officialisé avec Cass. soc., 30 mai 2007, n° 05-43.102, Sté The Phone House services telecom CMC c/ B.

<sup>89</sup> F. BITAN, préc.

<sup>90</sup> Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-12.138.

<sup>91</sup> Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-14.779.

<sup>92</sup> F. BITAN, préc, pt. 43.

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803.

**49.-** Dans les situations susvisées, la technique présomptive sert de correctif à l'inégalité d'accès à la preuve qui résulte de sa détention par l'employeur. On ne peut cependant pas en conclure que toutes les fois où une preuve est détenue par l'employeur, ou plus généralement par la partie adverse, en est créée une présomption pour rétablir l'inégalité probatoire. La présomption est reconnue uniquement de façon parcellaire et bien d'autres facteurs président à sa création, à l'instar de facteurs politiques ou économiques. L'émergence de présomptions d'harcèlement ou de discrimination, par exemple, peuvent s'expliquer par la forte médiatisation qu'il y a eu autour de ces phénomènes ces dernières années, et qui a poussé les autorités compétentes à alléger le fardeau probatoire du salarié dans ces hypothèses. En somme, les difficultés probatoires n'expliquent pas, à elles seules, la création d'une présomption dans un contexte donné.

**50.-** Après avoir consacré quelques développements à la systématisation des cas de figure, en droit social, où les présomptions sont susceptibles de voir le jour, il faut s'intéresser à la technique juridique inhérente à la présomption. Comment allège-t-elle le fardeau probatoire de son bénéficiaire en diminuant son « risque de la preuve », c'est-à-dire réduire le risque de ne jamais obtenir justice, faute d'avoir pu apporter au juge les éléments factuels nécessaires au succès de sa prétention ? Que permettent de faire les présomptions en termes de technique juridique ?

**51.-** Il s'avère que si la plastique du mot recouvre des réalités différentes, chacune connaît une technique d'allègement probatoire qui lui est propre.

## **Titre 2 : La présomption comme technique d'allègement probatoire**

**52.-** Le terme « présomptions » recouvre des réalités variées, tantôt il désigne une règle de preuve, tantôt un mode de preuve, tantôt une présomption *antéjudiciaire*. A chacune de ces réalités correspondent des techniques juridiques fondamentalement différentes, avec, comme point commun, d'alléger le fardeau probatoire du protagoniste à qui la présomption profite. Ainsi, les présomptions- règle de preuve consistent, soit en un déplacement de l'objet de la preuve, soit en un renversement de la charge de la preuve (**Chapitre 1<sup>er</sup>**). Lorsqu'elles désignent un simple mode de preuve, la généralisation de celui-ci par le juge offre à son bénéficiaire un moyen « sûr » de prouver les faits qu'il allège (**Chapitre 2<sup>nd</sup>**). Enfin, lorsque la présomption est *antéjudiciaire*, elle dispense celui à qui elle profite d'un quelconque fardeau probatoire et renforce le principe *actori incumbit probatio* de l'article 1353 du Code civil (**Chapitre 3<sup>ème</sup>**).

### **Chapitre 1<sup>er</sup> : Les présomptions comme règles de preuve**

**53.-** Les présomptions peuvent consister en des dérogations de règles de preuve existantes. Elles peuvent ainsi déplacer l'objet de la preuve initial, c'est-à-dire ce sur quoi doit porter la preuve, vers un autre objet plus facile à prouver pour son bénéficiaire (**Section 1<sup>ère</sup>**). Il est alors intéressant de s'interroger sur le choix fait par l'autorité normative du nouvel objet de preuve. Egalement, les présomptions peuvent consister en un renversement de la charge de la preuve, même si cette appellation est à nuancer, car celui qui réclame l'exécution d'une présomption doit toujours apporter la preuve qu'il entre dans son champ (**Section 2<sup>ème</sup>**).

#### **Section 1<sup>ère</sup> : Le déplacement de l'objet de la preuve**

**54.-** La grande majorité des présomptions simples consistent en un déplacement de l'objet de la preuve vers des faits circonscrits, qui permet à l'autorité normative, soit d'améliorer des normes sociales déjà existantes, soit d'en créer (**Sous-section 1<sup>ère</sup>**). Beaucoup plus spécifique au droit social sont les déplacements de l'objet de la preuve vers un faisceau d'indices, créées dans un contexte d'inégalité des armes en matière de preuve (**Sous-section 2<sup>ème</sup>**).

### Sous-section 1<sup>ère</sup> : Vers des faits circonscrits

**55.-** La grande majorité des présomptions du droit social consistent en un déplacement de l'objet de la preuve vers des faits circonscrits, c'est-à-dire vers des faits qui permettent, en eux-mêmes, de présumer le fait allégué. Pour bénéficier des effets de la présomption, le demandeur doit ainsi apporter un fait initial pour prétendre pouvoir alléguer le fait présumé. Puisqu'il s'agit d'un allègement probatoire, le fait initial est réputé être plus facile à rapporter que le fait à alléguer. En témoigne par exemple l'article 411-1 du Code de sécurité sociale, qui permet à un salarié de faire l'économie de la preuve de la matérialité d'un accident du travail, à lui, il revient seulement de prouver qu'un accident a eu lieu à l'occasion du travail.

**56.-** C'est donc que le fait initial commande des moyens de preuve supposés être plus facilement mobilisables. Le bénéficiaire d'une présomption jouit donc d'un allègement probatoire car les moyens de preuve qu'il doit présenter sont davantage à sa portée. La présomption renforce finalement l'effectivité du droit social en ce qu'elle ajuste les moyens de preuve d'une partie supposés lui être inaccessible ou difficilement mobilisable.

**57.-** Il va sans dire que l'objet de la preuve ainsi déplacé, doit consister en des faits pertinents et admissibles au regard du fait présumé<sup>95</sup>. Autrement dit, l'autorité normative conçoit généralement le fait initial comme étant directement en rapport avec le fait présumé<sup>96</sup>. Ce lien entre fait initial et fait présumé repose généralement sur l'idée d'une « probabilité raisonnable » dans la théorie des présomptions<sup>97</sup>. De là l'adage latin « *praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit* », la présomption se tire de ce qui arrive le plus souvent<sup>98</sup>. Pour reprendre l'exemple de la présomption d'imputabilité fixée à l'article 411-1 du Code de sécurité sociale, son bien-fondé repose ainsi sur la forte probabilité que l'accident ayant eu lieu à l'occasion du travail soit un accident du travail.

**58.-** Le vraisemblable présiderait à l'élaboration de la présomption et lorsque cette généralisation serait infondée, la partie adverse pourrait apporter le moyen de preuve nécessaire pour démontrer que le fait induit est incorrect<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> V. LE BALCH (1999), op. cit., p. 130.

<sup>96</sup> D. GUEVEL, op. cit., pt. 9. : « le fait sur lequel la preuve est déplacée devant impliquer raisonnablement l'existence du fait dont la preuve est nécessaire ».

<sup>97</sup> D. GUEVEL, op. cit., pt. 11.

<sup>98</sup> H. ROLAND, op. cit., p. 288-289.

<sup>99</sup> *Ibid.*

**59.-** Ce fondement statistique n'est pourtant pas toujours vrai en droit social. Le probable n'est pas toujours le plus à même de justifier le déplacement de l'objet de la preuve vers un fait circonscrit<sup>100</sup>.

**60.-** Les présomptions d'assimilation à un contrat de travail, étendant les dispositions travaillistes à ceux qui ne semblent pas être des salariés, en sont des exemples. Ainsi, s'agissant des artistes du spectacle, le législateur indique que leur contrat est présumé être un contrat de travail, dès lors que l'artiste n'est pas inscrit au registre du commerce<sup>101</sup>. L'artiste revendiquant la conclusion d'un contrat de travail fait donc l'économie de la preuve d'une relation de travail salariée<sup>102</sup>, le fait initial à prouver consistera donc seulement en la seule preuve d'un contrat (et éventuellement de sa non-inscription au registre du commerce).

**61.-** Est-ce à dire que les artistes du spectacle ont un lien de subordination véritable, critère objectif pourtant obligatoire à la qualification d'un contrat de travail ? <sup>103</sup>La réponse est plutôt négative. Ici, le législateur a déplacé l'objet de la preuve vers un fait qui ne caractérise pas directement l'existence d'un contrat de travail<sup>104</sup>. A l'appui de cette analyse, l'article L. 7121-4 du Code du travail dispose que la présomption de contrat de travail subsiste quel que soit le montant de la rémunération de l'artiste, et même si celui-ci conserve la liberté d'expression de son art, qu'il est propriétaire du matériel qu'il utilise ou qu'il emploie lui-même quelqu'un d'autre.

**62.-** En réalité, la démarche du législateur était moins celle de décrire le monde que de prendre position sur la catégorie générique du contrat de travail<sup>105</sup>. La présomption qu'il a ici créée est une fiction et ne repose pas sur le probable. Le bien-fondé du déplacement de l'objet de la preuve vers un autre fait repose soit sur la consécration d'une situation fréquente – et donc sur la vraisemblance— soit sur un équilibre que l'autorité normative a entendu établir en faveur de celui à qui la présomption bénéficie<sup>106</sup>.

**63.-** En définitive, il apparaît difficile de systématiser la nature du fait circonscrit à alléguer. Son lien avec le fait présumé n'est pas forcément un lien direct, il dépend surtout du résultat substantiel qu'a voulu créer l'autorité normative qui a édicté la présomption.

---

<sup>100</sup> S. GOLTZBERG, op. cit. p. 53 et s.

<sup>101</sup> Art. L. 7121-3 C. trav.

<sup>102</sup> E. JEANSEN, pt. 7 et s., sur la preuve objective de la relation de travail.

<sup>103</sup> G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Droit du travail, Précis Dalloz, 35ème édition, 2022, pt. 218.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> S. GOLTZBERG, p. 53 et s.

<sup>106</sup> *Ibid.*

**64.-** En outre, il apparaît que les présomptions peuvent améliorer des normes juridiques déjà existantes, ou en créer. Il semble que, lorsque les présomptions ont vocation à parfaire l'existant, le lien direct entre le fait initial et le fait présumé soit davantage évident. Autrement dit, plus le lien entre le fait initial et le fait présumé est étroit, plus il s'agit de rendre effectif des règles existantes, par exemple, dans le cas de la présomption d'imputabilité précédemment décrite. Le lien entre la preuve d'un accident ayant eu lieu à l'occasion du travail et la qualification professionnelle de l'accident du travail est évident.

**65.-** En revanche, lorsque les présomptions créent des normes, il semble que le lien entre le fait initial et le fait présumé soit plus confus. C'est-à-dire que plus le lien est distendu, plus la présomption recèle une dimension de création normative affirmée, par exemple, s'agissant des présomptions de salariat, ayant vocation à faire entrer, par assimilation, au sein de la catégorie salariée des personnes qui a priori ne semblaient pas avoir de lien avec le salariat<sup>107</sup>. Pour reprendre l'exemple des artistes du spectacle, comme annoncé précédemment, le lien entre le contrat de travail présumé et le contrat conclu avec un artiste du spectacle n'est pas du tout évident. C'est donc qu'une certaine liberté préside à l'établissement d'une présomption lorsqu'elle a vocation à créer des normes de droit social.

**66.-** En outre, l'autorité normative ne se prive pas de saisir de cette liberté pour créer des normes à forte connotation politique, ce qui peut s'avérer dangereux. En témoigne la présomption de non-salariat aujourd'hui prévue à l'article L. 8221-6 du Code du travail qui présente des particularités notables dans la théorie de la présomption, et qu'il a lieu, ici, de soulever.

**67.-** Celles-ci s'expliquent par le contexte éminemment politique précédant son édicton, tenant aux critères de la qualification du contrat de travail. En effet, le législateur semble s'être servi de la présomption comme d'un outil juridique « correctif » pour surmonter les difficultés tenant aux frontières du salariat. En somme, la finalité de la présomption était moins probatoire que politico-économique<sup>108</sup>.

**68.-** L'histoire même de la présomption de non-salariat témoigne de son innervation politique. Créée par la loi n° 94-126 dite Madelin du 11 février 1994, l'ancien article L. 120-3 du Code du travail disposait que l'immatriculation d'une personne physique correspondant à

---

<sup>107</sup> E. JEANSEN, *Salariat*, JCI Travail Traité, 2022, pt 57.

<sup>108</sup> B. TEYSSIE, « *Sur un fragment de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 : commentaire de l'article L. 120-3 du Code du travail* », Dr. soc. 1994, p. 667.

l'exercice d'une activité commerciale, artisanale, libérale... emportait présomption de non-salariat, c'est-à-dire qu'elle était présumée ne détenant pas un contrat de travail<sup>109</sup>. Plus tard, l'article 34 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 dite Aubry II abrogea la présomption de non-salariat uniquement en droit du travail, celle de l'article L. 311-11 du Code de sécurité sociale fût maintenue<sup>110</sup>. Enfin, la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003, dite loi pour l'initiative économique, termina de la rétablir<sup>111</sup>.

**69.-** Elle figure aujourd'hui à l'article L. 8221-6 du Code du travail. L'alinéa 1<sup>er</sup> inclut dans le champ de la présomption, toutes les personnes physiques immatriculées au RCS, au Répertoire des métiers, au Registre des agents commerciaux, ou auprès des URSSAF pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales, mais aussi les dirigeants des personnes morales immatriculées au RCS. Son alinéa 2 autorise toutefois la possibilité de renverser la présomption d'absence de contrat de travail par la seule preuve que l'intéressé exécute un travail « dans des conditions qui le placent dans un lien de subordination juridique permanente » avec son donneur d'ordre. En pratique, la Cour de cassation ne prend pas en compte l'adjectif « permanent » et se contente de la preuve d'un état de subordination du travailleur<sup>112</sup>.

**70.-** La présomption de non-salariat, ou d'absence de contrat de travail, est donc mise en œuvre dès l'accomplissement d'une formalité –critère objectif-, qui est l'immatriculation aux registres mentionnés par la loi<sup>113</sup>. Au contraire de la plupart des autres présomptions, elle n'a pas été conçue pour surmonter une difficulté probatoire, mais bien pour inverser une tendance de requalification, et donc rendre plus difficile pour le travailleur l'accès au contrat de travail<sup>114</sup>.

**71.-** Car la présomption de non-salariat instaure bien l'obligation pour celui qui souhaite s'en défaire de prouver le lien de subordination, consistant dans la capacité pratique pour l'employeur de diriger, de contrôler et de sanctionner le travailleur<sup>115</sup>. Or, cette preuve est difficile à rapporter pour le salarié, et il est même quasiment impossible de prouver directement

---

<sup>109</sup> B. TEYSSIE, préc.

<sup>110</sup> E. JEANSEN, préc.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, op. cit. ;, pt 204 à 206.

<sup>113</sup> B. TEYSSIE, préc.

<sup>114</sup> E. JEANSEN, préc. : « l'objectif essentiel de ce texte était la sécurité juridique : le législateur voulait éviter des requalifications judiciaires abusives en contrat de travail ».

<sup>115</sup> G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, préc., pt 205.

le triptyque direction/contrôle/sanction, si bien que la jurisprudence autorise le travailleur à passer par le prisme du faisceau d'indices<sup>116</sup>.

**72.-** La présomption de non-salariat met, en quelque sorte, du plomb dans l'aile des travailleurs, là où auparavant, le juge admettait très facilement le rapport de travail subordonné lorsque l'entrepreneur travaillait exclusivement ou principalement pour un donneur d'ordre<sup>117</sup>.

**73.-** Autre élément qui condamne la présomption de non-salariat au ban de la traditionnelle théorie de la présomption est l'effet qu'elle produit : l'exclusion des dispositions du Code du travail.

Comme le soulignait un auteur, les présomptions sont traditionnellement utilisées pour établir un pouvoir, identifier une situation, fixer une qualification... la présomption d'absence de contrat de travail, emporte un effet d'exclusion<sup>118</sup>. Cette finalité est cependant plus que dangereuse, surtout dans l'hypothèse où la présomption de non-salariat connaîtrait une certaine généralisation.

**74.-** On se souvient de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 dite loi LOM, censée laisser les plateformes organiser elles-mêmes leurs relations avec les travailleurs via une charte facultative.

Le « deal » législatif inavoué consistait pour les plateformes à adopter une charte de responsabilité sociale ayant pour objet de définir les droits et obligations à l'égard des travailleurs, ainsi que leurs propres droits et obligations<sup>119</sup>; en échange, elles étaient assurées contre le risque de requalification du contrat de travail<sup>120</sup>.

Le législateur avait en effet prévu la création d'une présomption irréfragable de non-salariat dans les cas où les plateformes instaurent une charte supposée établir de meilleures conditions de travail, celle-ci devant servir tout à la fois d'appât et de gain<sup>121</sup>. La présomption fût finalement supprimée par le Conseil constitutionnel, qui voyait en cette disposition un cavalier législatif, c'est-à-dire une disposition sans rapport avec l'objet de la loi<sup>122</sup>.

---

<sup>116</sup> G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, pt 205.

<sup>117</sup> B. TEYSSIE, préc.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> La charte aurait été homologuée par l'autorité administrative.

<sup>120</sup> G. LOISEAU, « *Travailleurs des plateformes : un naufrage législatif*, L. n° 2019-1428, 24 déc. 2019 », JCP S n° 1-2, 1000, 2000.

<sup>121</sup> G. LOISEAU, JCP S, 1000, 2000.

<sup>122</sup> Cons. const., 20 déc. 2019, n° 2019-794 DC : JO 26 déc. 2019.

**75.-** Pour un auteur, et on rejoindra son opinion, l'instauration du caractère irréfragable de la présomption de non-salariat aurait impliqué de violer le principe de réalité, en ce qu'il est fait définitivement obstacle à la reconnaissance de la qualité de salarié, même en présence d'un lien de subordination juridique<sup>123</sup>. En somme, la finalité de la présomption irréfragable était d'inverser définitivement la tendance consistant à inclure des travailleurs dans les dispositions travaillistes, alors qu'elles sont le modèle des relations contractuelles de travail<sup>124</sup>.

**76.-** La portée de l'exclusion des dispositions du Code du travail n'est pas à prendre à la légère. Mise en œuvre avec un instrument juridique aussi radical que la présomption irréfragable, elle peut aisément saper l'idée du progrès social, contraignant certains individus à demeurer au ban d'un système protecteur. Prudence est de mise lorsqu'il est question de la présomption de non-salariat.

**77.-** On peut toutefois gager des remaniements de cette présomption dans les années à venir<sup>125</sup>.

En effet, les linéaments d'un projet de future directive européenne introduisent un renversement de perspective : la présomption de salariat serait le principe lorsque deux des cinq critères, fixés par la directive et permettant de déterminer si la plateforme est un employeur, sont réunis<sup>126</sup>.

**78.-** Dans ce contexte, il ne semble pas fantaisiste de penser que ce renversement de perspective impliquant la disparition de la présomption de non-salariat puisse avoir des répercussions sur l'article L. 8221-6 du Code du travail. Verrait-on la présomption de non-salariat impulsée par la loi Madelin disparaître ? Ce changement de perspective, avec comme pièce maîtresse l'instauration d'une présomption de salariat, aurait le mérite de créer un îlot de sécurité pour le travailleur.

**79.-** En définitive, il semble difficile de systématiser les faits susceptibles de constituer le fait initial à prouver. Lorsqu'il est question d'amélioration des normes sociales déjà

---

<sup>123</sup> G. LOISEAU, préc.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> G. LOISEAU, « *La réglementation prévenante des plateformes de mobilité* », JCP n° 18, 577, 2022 : « un changement de politique juridique, entretemps, n'est pas bien sûr exclu, qui verrait le législateur intervenir directement ou qui résulterait d'une autre approche de la condition des travailleurs – on pense à la présomption de salariat qu'envisage la Commission européenne ».

<sup>126</sup> F. FAVENNEC-HERY, « *Les frontières de l'emploi : des évolutions ?* », JCP S n° 14, 1105, 2022.

existantes, les faits circonscrits auront un lien direct avec le fait présumé. Mais lorsqu'il est question de création de normes, l'autorité normative s'autorisera plus de liberté, et le lien entre le fait initial et le fait présumé ne sera pas toujours direct et évident.

**80.-** Le déplacement de l'objet de la preuve peut également s'opérer vers un faisceau d'indices, spécificité propre au droit social et notamment impulsée par le droit de l'Union, afin de lutter contre l'inégalité des armes, en offrant la possibilité au salarié d'apporter une palette de modes de preuve éminemment plus large.

### **Sous-section 2<sup>ème</sup> : Vers un faisceau d'indices**

**81. -** La présomption simple peut également consister en un déplacement de l'objet de la preuve vers un faisceau d'indices, qui consiste en une nébuleuse de faits suffisamment bien ficelés pour pouvoir prouver le fait allégué. Dans ce cas, la présomption ne s'active que si l'ensemble des faits rapportés sont suffisamment probants pour pouvoir en induire le fait initial. Ainsi en est-il de la présomption de discrimination et de la présomption de harcèlement. Dès lors se pose naturellement la question de savoir à partir de quand les éléments de faits permettent-ils de créer une présomption.

**82.-** La présomption de la discrimination repose sur ce mécanisme probatoire, où l'objet de la preuve est déplacé vers un faisceau d'indices. L'article L. 1134-1 du Code du travail dispose en effet qu'en cas de litige portant sur une décision ou sur une mesure de l'employeur discriminatoire selon le salarié, celui-ci « présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » telle que définie par l'article L. 1132-1 du Code du travail.

**83.-** S'en suit de ce que certains nomment un « partage de la preuve »<sup>127</sup>, c'est-à-dire que l'employeur, en retour, doit « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »<sup>128</sup>. Précisons que le partage de preuve n'est pas un synonyme de la présomption, car il intervient dans un second temps. D'abord la présomption est formée par les faits apportés par le salarié. Ensuite, lorsque l'employeur souhaite se dédouaner, il doit en apporter la preuve à son tour, pour faire tomber la présomption de discrimination. Le résultat est le partage de preuve entre les deux protagonistes.

---

<sup>127</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, op. cit., p. 26. C. MICHAUD, op. cit.

<sup>128</sup> Art. L. 1134-1 C. trav.

**84.-** Quels sont les faits que doit présenter le salarié ? La jurisprudence évacue d'emblée l'hypothèse de simples allégations, insuffisantes pour constituer un faisceau de faits probants<sup>129</sup>. En réalité, les allégations doivent trouver appui sur la matérialisation de faits précis et concordants<sup>130</sup>.

**85.-** Le fardeau de la preuve diverge, selon qu'il s'agisse d'une discrimination directe ou indirecte<sup>131</sup>. En présence d'une discrimination directe, le salarié doit présenter aux juges des éléments de fait reliés à l'un des motifs de discrimination prévu par l'article L. 1132-1 du Code du travail<sup>132</sup>. En présence d'une discrimination indirecte, le salarié doit apporter la preuve d'éléments de fait, permettant de prouver qu'une mesure ou une disposition en apparence neutre a en réalité un effet discriminatoire<sup>133</sup>.

**86.-** La notion « *d'éléments de fait susceptibles de faire présumer l'existence d'une discrimination* » ne connaît pas de définition jurisprudentielle rigoureusement précise<sup>134</sup>. La jurisprudence laisse comprendre qu'il doit s'agir d'éléments précis et circonstanciés, tels le refus d'octroi d'un droit, d'un avantage, d'un refus d'embauche ou d'accès à une formation, une différence de rémunération...<sup>135</sup>.

**87.-** A l'appui de ces allégations, le salarié pourra produire les éléments probants nécessaires pour que les juges puissent apprécier l'existence d'une présomption. Il peut s'agir de témoignages, de constatations médicales, de comparaisons entre la victime d'une discrimination et les personnes de l'entreprise se trouvant dans la même situation que lui... la preuve est dans ce domaine libre, tous les moyens peuvent donc être présentés sous réserve de ne pas être déloyaux<sup>136</sup>. La présomption de discrimination étant simple, l'employeur pourra apporter la preuve que sa décision ou sa mesure obéit à des motifs objectifs et étrangers à toute discrimination.

**88.-** En tout état de cause, les éléments fournis par le salarié ne font pas directement la preuve d'une discrimination, mais constituent des indices<sup>137</sup>. Le juge civil pourra apprécier

---

<sup>129</sup> C. MICHAUD, op. cit.

<sup>130</sup> Cons. const., déc. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, préc. note 35, spéc. consid. 89.

<sup>131</sup> C. MICHAUD, op. cit.

<sup>132</sup> C. MICHAUD, op. cit, sauf en présence d'une discrimination en raison de l'origine ethnique, où la différence de traitement n'a pas à être relié avec le chef de discrimination : Cass. soc., 7 févr. 2012, n° 10-19.505.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> C. MICHAUD, préc. Art. 1358 du code civil, « hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen ».

<sup>137</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, op. cit., p. 28.

l'existence d'une présomption de discrimination en les analysant, non pas de façon séparée, mais dans leur globalité<sup>138</sup>. Conséquemment, le salarié pourra utiliser une plus large palette de modes de preuves, ce qui allège considérablement son « risque de preuve ».

**89.-** Il va sans dire que le risque de disparités d'appréciation en fonction des juges n'est pas fictif, si bien que la Cour de cassation exerce depuis 2012 un contrôle de qualification sur les décisions des juges du fond, tandis qu'à eux reviennent l'appréciation souveraine de la matérialité des faits<sup>139</sup>. Mais est-ce bien suffisant ? Les affaires qui ne montent pas jusqu'en cassation peuvent souffrir de l'absence du contrôle de la Cour de cassation, qui aurait potentiellement conclu à la suffisance des éléments fournis pour présumer l'existence de la discrimination<sup>140</sup>.

**90.-** Ce mécanisme qui s'est voulu plus protecteur pour le salarié est finalement abandonné à l'appréciation des juges, dont il est à craindre que les divergences d'opinion amèneront à des résultats contraires selon la formation<sup>141</sup>.

**91.-** Le mécanisme de la preuve du harcèlement est assez similaire à celui de la preuve de la discrimination, quoi que la réforme de 2016 ait pu faire penser à l'abolition de la présomption de harcèlement.

L'ordonnance n°2007-329 du 13 mars 2007 a adopté l'ancien article L. 1154-1, aux termes duquel était prévu qu'en cas de litige sur des faits de harcèlement, le salarié devait « *établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement* ». Le même mécanisme de « partage de la preuve » était envisagé, puisque l'alinéa 2 du même article précisait « *qu'au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse 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* ».

**92.-** Suite à l'adoption de ce texte, s'en suivit d'une période de flottement, où la confusion a fini par gagner les juges. La formulation du texte législatif a pu laisser penser que

---

<sup>138</sup> C. MICHAUD, préc.

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> V. Cass. soc., 15 mai 2019, n° 17-222.24, où la cour d'appel avait estimé que le propos d'un supérieur hiérarchique vis-à-vis d'une salariée consistant à lui demander « si culturellement dans la famille de la salariée, la violence n'était pas banale » ne laissait pas supposer l'existence d'une discrimination, ce que balaye la Cour de cassation en retour.

<sup>141</sup> S. SERENO, « *La preuve de la discrimination sous le contrôle de la Cour de cassation* », Gaz. Pal. 2019, n° 31.

le salarié avait obligation d'établir des faits de harcèlement, alors qu'en réalité, il s'agissait d'établir matériellement des faits, dont l'analyse d'ensemble présumait l'existence d'un harcèlement<sup>142</sup>.

**93.-** Quatre arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation ont fini par mettre un peu d'ordre dans l'interprétation de ce texte<sup>143</sup>.

Dans la preuve du harcèlement existent trois phases<sup>144</sup>. Premièrement, le salarié, tout comme en matière de discrimination, doit apporter la matérialité d'un faisceau de faits, qui, dans un second temps, sont appréciés dans leur ensemble par les juges pour savoir s'ils laissent présumer de l'existence d'un harcèlement<sup>145</sup>. A cette occasion, les Hauts Magistrats vérifiaient notamment si les juges du fond n'exigeaient pas du salarié la preuve de faits établissant directement le harcèlement, mais bien la preuve d'un faisceau de faits laissant présumer dans leur globalité l'existence d'un harcèlement<sup>146</sup>. Enfin, dans un troisième temps, il était loisible à l'employeur de prouver que ses agissements étaient justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, afin de se dédouaner des accusations portées contre lui<sup>147</sup>.

**94.-** Les doutes ont été levés à la suite de cette jurisprudence, tant et si bien que la Cour de cassation finit par abandonner aux juges du fond sa prérogative de contrôle, dans l'appréciation de la matérialité des faits, et s'agissant de leur nature, uniquement dans les cas où le processus prévu par l'article L. 1154-1 du Code du travail avait été respecté<sup>148</sup>.

**95.-** La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a toutefois ravivé le débat avec son nouvel article L. 1154-1 qui dispose que le salarié « *présente des éléments de fait laissant supposer* » plutôt que la forme « *établit des faits qui permettent de présumer* ».

De ce changement de formulation, devait-on en déduire un allègement probatoire encore plus notable pour le salarié?<sup>149</sup> Celui-ci consistant à l'autoriser à apporter une simple allégation de faits précis et concordants, sans exiger leur matérialité ?

---

<sup>142</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, op. cit., p. 28.

<sup>143</sup> Soc., 24 septembre 2008, pourvois n° 06-45.747, n° 06-46.517, n°06-45.579, n°06-43.504.

<sup>144</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, op. cit., p. 28.

<sup>145</sup> Ibid.

<sup>146</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, op. cit., p. 29.

<sup>147</sup> Ibid.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, op. cit., p. 29. V. L. GAMET « *Observations sur la preuve du harcèlement moral* », SSL n° 1968, 2021.

Cette interprétation du nouveau texte législatif aurait pour principale conséquence d'inverser entièrement la charge de la preuve<sup>150</sup>. Le salarié n'aurait plus qu'à enclencher le contentieux par de simples allégations, pour faire présumer l'existence d'un harcèlement, tandis que l'employeur devrait systématiquement prouver que ses agissements sont étrangers à toutes formes de harcèlement. Il va s'en dire que cette trop grande permissivité aurait été hautement néfaste, à même de proliférer un plus grand nombre de contentieux abusifs<sup>151</sup>.

**96.-** S'appuyant sur les débats parlementaires, des auteurs écartent cette hypothèse<sup>152</sup>. Il semble, d'une part, que cette reformulation de l'article L. 1154-1 avait davantage vocation à mettre un terme aux arguments des employeurs, qui arguaient de l'absence de preuve directe faisant état d'un harcèlement, se fondant sur une lecture erronée de l'ancien article L. 1154-1.

D'autre part, la reformulation permettait de faciliter la preuve d'un harcèlement sexuel, dont la matérialité des faits est souvent ardue à apporter, notamment parce qu'ils se produisent dans l'ombre.

**97.-** Est-ce à dire que les juges peuvent se contenter de simples allégations pour former leur conviction ? Une voie médiane, proposée par deux auteurs, serait que le salarié allègue seulement dans un premier temps de quelques éléments de fait, puis que l'employeur puisse démontrer qu'existe une cause justificative à ces éléments, et qu'enfin le salarié justifie de la matérialité de ses premières allégations<sup>153</sup>.

Cette pratique est déjà opérée par certaines cours d'appel<sup>154</sup>. Ce n'est cependant pas la voie qu'a choisi la chambre sociale de la Cour de cassation, qui semble opérer comme si la réécriture législative n'avait été que purement symbolique<sup>155</sup>. Dès lors, pour que le harcèlement soit présumé, le salarié doit rapporter la preuve matérielle de faits, qui pris dans leur globalité donne naissance à une présomption de harcèlement que l'employeur pourra par la suite renverser.

---

<sup>150</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, op. cit., p. 29.

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, op. cit., p. 29. L. GAMET, préc.

<sup>153</sup> S. DEPELLEY, P-Y. VERKINDT, op. cit., p. 29.

<sup>154</sup> L. GAMET, préc.

<sup>155</sup> V. Cass. soc. 30 mars 2022, n° 20-21.669, s'agissant de harcèlement moral « que lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral ». V. aussi, Cass. soc. 6 avril 2022, n° 20-20.893 « (...) devait rechercher si la multiplication des reproches et la teneur des propos ainsi caractérisés n'étaient pas constitutifs d'actes matériels de harcèlement ». Cass. soc. 13 avril 2022, n° 20-18.606 « alors qu'il incombe au salarié d'établir autrement que par ses seules affirmations, la matérialité d'éléments de fait précis, répétés et concordants pouvant laisser présumer l'existence d'un harcèlement moral à son égard ».

**98.-** Les présomptions de harcèlement ou de discrimination ne s'activent donc qu'en présence d'un faisceau de faits suffisamment constitué dans sa globalité pour en induire l'existence de l'infraction. L'effectivité du droit positif commande ces règles de preuve spécifiques à la matière. Le souci du législateur et du pouvoir judiciaire est d'offrir au salarié la possibilité d'une pluralité de modes de preuve « allégés ». Ces derniers n'induisent pas directement, en eux-mêmes, l'existence de l'infraction. C'est cette nébuleuse de faits qui permet la création de la présomption. Ainsi, ces mécanismes probatoires spécifiques allègent considérablement les moyens de preuve du salarié.

**99.-** En tant que règle de preuve, les présomptions ne consistent pas seulement en un déplacement de l'objet de la preuve. Elles peuvent aussi désigner un renversement de la charge de la preuve, forme d'allègement probatoire la plus extrême, puisque c'est à la partie adverse que revient désormais le « risque de preuve ». Le choix d'instaurer un renversement de la charge de la preuve n'est pas anodin, l'autorité normative a sciemment voulu faire peser le fardeau probatoire sur la partie adverse.

### **Section 2<sup>ème</sup> : Le renversement de la charge de la preuve**

**100.-** On lit quelquefois dans les notes de doctrine qu'un mécanisme présomptif instaure un renversement de la charge de la preuve<sup>156</sup>. Ainsi, le bénéficiaire de la présomption est libéré du fardeau de la preuve, qui ne reposerait plus que sur la partie adverse. Cette affirmation est cependant à nuancer.

**101.-** Tout d'abord, la charge de la preuve, qui est la nécessité pour le plaideur d'établir les faits dont dépend le succès de sa prétention<sup>157</sup>, n'est pas exclusivement à la charge de l'adversaire<sup>158</sup>. En effet, le bénéficiaire de la présomption doit tout d'abord rapporter la preuve qu'il entre bien dans son champ. Pour se faire, l'objet de la preuve est déplacé vers des faits plus faciles à alléguer, et c'est en prouvant ces derniers qu'il entre dans le champ de la

---

<sup>156</sup> Par ex : T. MONTPELLIER, « *Travailleurs précaires : l'intérêt de la présomption de faute inexcusable en question* », Cah. Soc. Juin 2015, n° 1161, p. 339 : « c'est un renversement de la charge de la preuve qui est opéré pour mettre en œuvre cette présomption ».

<sup>157</sup> G. CORNU, op. cit., déf. charge de la preuve, p. 167.

<sup>158</sup> O. LECLERC, « Preuve dans les contentieux du travail », Rép. trav. 2022, pt. 75.

présomption. Le demandeur n'est donc finalement pas tout à fait exempt de toute charge probatoire<sup>159</sup>.

Il va sans dire que l'intensité des difficultés probatoires pour prouver le fait initial de la présomption (et donc de son bénéfice) varie. Ainsi, la présomption de faute inexcusable des travailleurs précaires prévue à l'article L. 4154-3 du Code du travail commande la preuve de l'occupation d'un poste à risque et de l'absence de formation renforcée de sécurité normalement dispensée par l'employeur. Or, ces deux éléments sont substantiellement plus difficiles à rapporter, que de faire la seule preuve qu'un délai a expiré par exemple<sup>160</sup>.

**102.-** Au contraire, la preuve initiale pour celui qui veut bénéficier d'une présomption, est parfois si légère, que le mécanisme présomptif reporte l'essentiel de sa difficulté sur le défendeur<sup>161</sup>.

Si ce sont ces situations que la doctrine qualifie cette situation de renversement de la charge de la preuve, mais cette désignation n'est pas la plus à même de décrire la technique présomptive. Dans un premier temps, celle-ci ne consiste qu'en un déplacement de l'objet de la preuve, et une fois cette preuve faite, son bénéficiaire jouit de ses effets. Dans un second temps, lorsque la présomption est simple, le défendeur (ou celui à qui la présomption ne bénéficie pas) peut arguer d'un moyen de preuve pour faire tomber la présomption. C'est seulement à ce moment du processus que l'on peut affirmer qu'il y a un renversement de la charge de la preuve. La difficulté probatoire est là aussi d'intensité variable, et lorsque le moyen de preuve pour écarter la présomption est plus complexe à apporter que le moyen de preuve initial, c'est à cette occasion là que la tendance doctrinale nomme indûment « renversement de la charge de la preuve » la technique présomptive dans sa globalité.

**103.-** La notion ainsi circonscrite, il s'agit maintenant de s'interroger sur la fonction du renversement de la charge de la preuve en droit social. Renforce-t-il, d'une façon ou d'une autre, son effectivité ?

La réponse est sans doute positive. En l'occurrence, on peut supputer que la difficulté probatoire reposant sur la partie adverse est sciemment voulue. Pour reprendre l'exemple de la

---

<sup>159</sup> O. LECLERC, « Preuve dans les contentieux du travail », Rép. trav. 2022, pt. 75.

<sup>160</sup> A titre d'ex. : l'art. L. 1233-8 C. trav. al. 2. dispose qu'en l'absence d'avis rendu dans un délai d'un mois, le CSE est réputé avoir été consulté sur un projet de licenciement collectif pour motif personnel. Ici, il faut la preuve de l'absence de délai, et la preuve de l'expiration du délai à compter de la première consultation du CSE en la matière.

<sup>161</sup> O. LECLERC, préc, pt. 75.

présomption de faute inexcusable des travailleurs précaires, lorsque le travailleur fait jouer cette présomption, l'employeur peut la renverser uniquement lorsqu'il prouve lui avoir dispensé une formation renforcée<sup>162</sup>. Sans doute que la difficulté probatoire est voulue par le législateur, pour qui l'accidentalité des travailleurs précaires est un phénomène à endiguer, et qui n'hésite pas à renforcer le fardeau probatoire de l'employeur avec, comme secret espoir, de le responsabiliser davantage face à ses obligations légales<sup>163</sup>.

**104.-** Reporter le « risque de preuve »<sup>164</sup> sur la partie adverse n'est pas un mécanisme anodin. Cette démarche est suffisamment dissuasive pour responsabiliser les parties, et peut même parfois s'apparenter à une sorte de sanction probatoire. De là, il est possible d'affirmer que le mécanisme de renversement de la charge de la preuve participe à l'effectivité du droit social.

**105.-** Les présomptions désignant des règles de preuve ayant été présentées, il faut maintenant s'attarder sur une autre de ses acceptations, les présomptions comme mode de preuve. Simples moyens de preuve à l'origine, elles peuvent cependant devenir de véritables règles de preuve lorsqu'elles sont généralisées. Sous cet angle, cela renforcerait la potentialité qu'elles offrent d'alléger le fardeau probatoire de celui qui s'en réclame.

## **Chapitre 2 : Les présomptions comme mode de preuve**

*« En fait de présomption, celle de la loi vaut mieux que celle de l'homme. (...). Lorsque le juge présume, les jugements deviennent arbitraires, lorsque la loi présume, elle donne au juge une règle fixe »*

Montesquieu, De l'esprit des lois, Livre XXIX, p. 401.

**106.-** Les présomptions judiciaires, appelées également les présomptions du fait de l'homme, désignent, non plus des règles de preuve, mais des modes de preuve, c'est-à-dire des moyens par lesquels les parties peuvent prouver un fait<sup>165</sup>. Dans cette acceptation, la présomption est reléguée au rang d'un simple indice. Par exemple, certains indices font

---

<sup>162</sup> Art. L. 4154-3 C. trav.

<sup>163</sup> Obligation de sécurité de moyens renforcés : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 oct. 2020, n° 18-25.021.

<sup>164</sup> Fait pour celui à qui incombe la charge de la preuve que son allégation soit jugée fausse s'il ne parvient pas à convaincre le juge.

<sup>165</sup> Il s'agit de l'art. 1382 du Code civil.

présumer de l'existence d'un contrat de travail<sup>166</sup>. Ainsi, l'apparence d'un contrat de travail peut s'induire de la délivrance d'un bulletin de paie<sup>167</sup>, de la production d'un certificat de travail<sup>168</sup>, d'une promesse d'embauche acceptée<sup>169</sup>, mais pas d'un simple contrat de stage<sup>170</sup>. Tous ces indices constituent des présomptions et permettent d'induire le fait allégué, ici l'existence d'un contrat de travail.

**107.-** Les présomptions judiciaires permettent essentiellement de sortir de l'impasse créée par l'absence de preuve directe<sup>171</sup>. Dans nos exemples précédents, la preuve directe d'un contrat de travail implique la preuve du contrat écrit. Lorsque celui-ci est inexistant, plutôt que de laisser subsister une situation de déni de justice, le juge tolère l'existence d'un moyen de preuve indirect<sup>172</sup>.

Le juge forme ainsi son intime conviction à partir des indices, éléments initiaux qui lui permettent de raisonner par présomption<sup>173</sup>. L'article 1382 du Code civil précise que les présomptions doivent être « *graves, précises et concordantes* » et qu'elles ne sont autorisées que « *dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tous moyens* ». Il revient donc à l'appréciation du juge de jauger la suffisance des indices mis à sa disposition pour en induire le fait allégué. Tout élément connu peut en réalité faire figure d'indice<sup>174</sup>, et c'est au juge de savoir l'extraire du cas d'espèce pour le mobiliser sur le terrain probatoire.

**108.-** L'immense avantage des présomptions judiciaires, constituant du même coup leur fragilité, est leur souplesse et leur adaptabilité au cas d'espèce<sup>175</sup>. Même *ex nihilo* et en l'absence de preuve directe, il est toujours possible au juge de former sa conviction sur l'affaire. De ce point de vue, les présomptions judiciaires participent à l'effectivité du droit social en abolissant la potentialité d'un déni de justice.

**109.-** En revanche, dans la mesure où elles reposent exclusivement sur l'intime conviction du juge, des différences d'appréciation selon le magistrat sont tout à fait possibles<sup>176</sup>.

---

<sup>166</sup> E. JEANSEN, op. cit. pt. 49.

<sup>167</sup> Cass. soc., 21 janv. 2015, n° 13-25.778.

<sup>168</sup> Cass. soc., 11 févr. 2015, n° 13-28.224.

<sup>169</sup> Cass. soc., 21 janv. 2015, n° 13-24.332.

<sup>170</sup> Cass. soc., 26 sept 2012, n° 10-25.742.

<sup>171</sup> V. LE BALCH, op. cit., p. 22.

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> D. GUEVEL, op. cit., pt. 20.

<sup>174</sup> V. LE BALCH, préc, p. 141.

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> *Ibid.*

Il est possible cependant de nuancer ce dernier propos en admettant que généraliser l'existence d'une présomption-indice amoindrit les potentielles divergences de jugement.

Ainsi, généraliser l'admission d'une fiche de paie comme preuve inférant l'existence d'un contrat de travail<sup>177</sup> uniformise l'usage de cette présomption par les juges dans le contentieux de la reconnaissance du lien salarial. Or cette généralisation d'un indice ne revient-elle pas à édicter une véritable règle de preuve ? Il ne semble pas fantasque de l'admettre. En tout état de cause, généraliser les présomptions-indices permet de réduire les disparités d'appréciation entre les juges, et ainsi lisser le contentieux. De ce point de vue, les présomptions mode de preuve renforcent, à leur manière, l'effectivité du droit social en proposant au demandeur des moyens de preuve « effectifs », c'est-à-dire, pouvant produire un effet réel sur le contentieux en finissant de convaincre le juge.

**110.-** D'une toute autre nature, les présomptions-postulat ne constituent pas en soi des dérogations aux règles de preuve traditionnelles, notamment au principe *actori incumbit probatio*, qu'elles permettent, bien au contraire, d'accentuer. Celui à qui elles bénéficient est ainsi dispensé d'apporter la preuve d'un fait. L'intérêt de telles présomptions va au-delà du simple aspect probatoire, notamment dans une branche du droit à forte connotation procédurale, comme en droit social, où certains jalons sont à sécuriser.

### **Chapitre 3 : Les « présomptions-postulat »**

**111.-** Il existe en droit positif des présomptions d'un type particulier, dont la finalité se distingue de celle des autres, il s'agit des « présomptions-postulat ». Elles ne sont pas méconnues de la doctrine, qui les appelle également les présomptions antéjudiciaires<sup>178</sup>. D'origines légale ou jurisprudentielle, elles définissent un fait qui s'impose aux juges. Une situation est ainsi tenue pour acquise jusqu'à la démonstration de la preuve inverse<sup>179</sup>.

**112.-** Beaucoup de présomptions-postulat sont identifiables dans le Code du travail. Ainsi, trouve-t-on à l'article L. 3122-15 § 3 du Code du travail l'affirmation selon laquelle « cette convention ou cet accord collectif est présumé négocié et conclu conformément aux dispositions de l'art. L. 3122-1 » ; à l'article L. 4163-2 « l'employeur qui applique le référentiel de branche pour déterminer l'exposition de ses salariés est présumé de bonne foi », ou encore,

---

<sup>177</sup> Cass. soc., 21 janv. 2015, n° 13-25.778.

<sup>178</sup> O. LECLERC, « Preuve dans les contentieux du travail », Rep. Trav., janvier 2022.

<sup>179</sup> *Ibid.*

à l'article R. 3313-12 que le bénéficiaire de l'accord d'intéressement est présumé avoir été informé du montant qui lui est attribué.

Toutes ces présomptions établissent par avance une position de l'autorité normative, un axiome, qui constitue le rudiment d'un raisonnement, indépendamment du cas d'espèce<sup>180</sup>. C'est une sorte de prémisse qui lie le juge.

**113.-** Avant la réforme de 2016, la définition de l'ancien article 1349 du Code civil<sup>181</sup>, fondée sur un raisonnement intellectuel de type inductif, échouait à englober la définition de la présomption-postulat<sup>182</sup>. En effet, la présomption ne prend pas en compte les faits connus et n'a rien à voir avec la démarche cognitive décrite par l'ancien article. En revanche, le nouvel article 1354 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 se rapproche davantage d'elle, puisqu'il décrit sa conséquence : « la présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve »<sup>183</sup>.

**114.-** En somme, la présomption-postulat implique moins une preuve qu'une véritable pré-connaissance<sup>184</sup>. En témoigne la présomption de bonne utilisation des heures de délégations des représentants du personnel. Quand bien-même les représentants élus n'utiliseraient pas leurs heures de façon conforme, l'employeur est tout de même obligé de les rémunérer dans un premier temps, car les heures de délégation sont considérées de plein droit comme du temps de travail<sup>185</sup>. Ce n'est qu'ensuite que l'employeur devra prouver que l'utilisation n'est pas conforme, et c'est sur lui que repose la charge de la preuve<sup>186</sup>. C'est donc bien que la présomption-postulat institue une pré-connaissance qui prime sur le reste, au moins dans un premier temps. Dans un second temps, vient la preuve de la partie adverse.

---

<sup>180</sup> A-B. CAIRE, op. cit., p. 311.

<sup>181</sup> Pour rappel, l'art. disposait que « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ».

<sup>182</sup> A-B. CAIRE, préc.

<sup>183</sup> L. PAILLER, op. cit.

<sup>184</sup> A-B. CAIRE, préc.

<sup>185</sup> L. DAUXERRE, « Heures de délégation : employeurs, n'oubliez pas de payer avant de contester ! », JCP E n° 24, 1369, 2016.

<sup>186</sup> *Ibid.*

**115.-** Les présomptions-postulat ont en réalité pour fonction d'attribuer la charge de la preuve à celui à qui elle ne profite pas<sup>187</sup>. De ce point de vue, elles renforcent le principe *actori incumbit probatio* qui fait peser sur le demandeur le fardeau probatoire<sup>188</sup>.

**116.-** Surtout, ce qui différencie les présomptions-postulat des autres présomptions est qu'elles n'ont pas pour finalité première la recherche de la vérité<sup>189</sup>. La présomption-postulat établit ce qui devrait-être, bien plus que ce qui est réellement, pour que le droit social puisse être effectif<sup>190</sup>. Par exemple, « *l'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un emploi dans les conditions prévues à l'article L. 1226-10, en prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail* »<sup>191</sup> indique le résultat que le législateur souhaite voir mis en place lorsque l'employeur propose un autre emploi à son salarié. La présomption-postulat incarne le résultat qu'elle souhaite voir parachever par les acteurs du droit social.

**117.-** En outre, la présomption-postulat renforce aussi l'effectivité procédurale du droit social, en présumant pour vrai certaines étapes d'une procédure, afin de faire l'économie de certaines preuves dont on a estimé qu'elles ne valaient pas la peine d'être rapportées. Par exemple, un salarié, pour être éligible en tant que délégué syndical, doit jouir de ses droits civiques<sup>192</sup>. La jurisprudence a donc affirmé que les salariés sont présumés jouir de leurs droits civiques, ce qui prive, en l'occurrence, l'employeur de leur demander la production d'un extrait de casier judiciaire<sup>193</sup>. Au demeurant, la finalité de la présomption-postulat réside dans l'économie de temps qu'elle fait faire aux acteurs sociaux et contribue ainsi au bon déroulé d'une procédure.

**118.-** Insérées au cœur d'un mécanisme juridique, les présomptions-postulat permettent de l'impulser. L'axiome qu'elles instituent fonde l'équilibre entier d'un dispositif et lui permet même de naître. Les autorités normatives ont donc à cœur l'utilisation des présomptions-postulat, en témoigne les arrangements rocambolesques de la chambre sociale de la Cour de cassation pour sauvegarder la présomption de justification des différences de traitement entre

---

<sup>187</sup> A-B. CAIRE, préc.

<sup>188</sup> A-B. CAIRE, préc : « il n'est cependant pas impossible que les présomptions-postulat inversent la charge de la preuve en la transférant au défendeur et qu'au lieu de renforcer l'adage « *actori incumbit probatio* », elles en prennent le contrepied », par ex. la présomption de culpabilité.

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> *Ibid.*

<sup>191</sup> Art. L. 1226-12 C. trav.

<sup>192</sup> Art. L. 2143-1 C. trav.

<sup>193</sup> Cass. soc. 25 oct. 1978 : Bull. civ V n° 712.

les salariés, opérées par voie de conventions collectives, accusée d'être en contradiction avec le droit de l'Union.

**119.-** Au cœur de ce mécanisme, l'impératif du principe d'égalité de traitements entre les salariés, qui connaît une définition différente, selon qu'elle émane du droit de l'Union européenne ou du droit positif interne<sup>194</sup>. En DUE, l'article 2.1 de la directive 2000/78/CE<sup>195</sup>, définit le principe de l'égalité de traitement comme l'absence de toute discrimination directe ou indirecte.

**120.-** En revanche, en droit interne, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008<sup>196</sup> définit la discrimination directe comme la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable, en fonction de motifs discriminatoires énumérés par l'article L. 1132-1 du Code du travail. La même loi définit la discrimination indirecte comme la disposition, la pratique ou le critère, en apparence neutre, susceptible d'entraîner pour l'un des motifs discriminants (de l'art. L. 1132-1 C. trav.), un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes.

**121.-** Partant, le droit de l'Union définit l'égalité de traitement sous un jour exclusivement discriminatoire, tandis que la Cour de cassation le conçoit comme un principe autonome, qui assure objectivement une identité de condition aux personnes placées dans la même situation au sein d'une collectivité<sup>197</sup>. L'objectif de l'égalité de traitement, en droit interne, est de purger les différences qui ne procèdent pas de données individuelles légitimes d'un point de vue professionnel, à l'instar de la formation professionnelle, du niveau d'études, de l'ancienneté...<sup>198</sup>.

A la suite des réformes de 2008 et 2014 qui ont renforcé la légitimité démocratique des partenaires sociaux<sup>199</sup>, la Cour de cassation décide de considérer comme *a priori* justifiées les différences de traitement professionnelles instaurées par les conventions et accords collectifs et

---

<sup>194</sup> G. LOISEAU, « *Le crépuscule du principe d'égalité de traitement* », RJS 2018, p. 615.

<sup>195</sup> Directive 2000/78/CE, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

<sup>196</sup> Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine des discriminations.

<sup>197</sup> G. LOISEAU, RJS 2018, p. 615.

<sup>198</sup> *Ibid.*

<sup>199</sup> L'accord créant la différence de traitement est négocié et signé avec des syndicats représentatifs et majoritaires, c'est le fondement de la présomption.

limite le contrôle du juge aux différences non professionnelles, créant ainsi une présomption de justification<sup>200</sup>.

Elle assurait ainsi une sorte d'îlot de stabilité, en garantissant que le résultat du dialogue social ne pouvait être balayé facilement. Les salariés pouvaient toujours renverser la présomption en apportant la preuve que la différence de traitement dont ils étaient victimes était étrangère à toute considération de nature professionnelle, mais cette preuve est si difficile à apporter qu'un auteur a pu affirmer, qu'en définitive, cette présomption était quasiment irréfragable<sup>201</sup>. Cette sécurité avait aussi vocation à persuader les partenaires sociaux de négocier.

**122.-** La présomption de justification, qui ne concernait au départ que les différences catégorielles (non cadres/cadres pour l'essentiel) a été petit à petit étendue aux différences de traitement entre salariés appartenant à une même catégorie professionnelle exerçant des fonctions différentes<sup>202</sup>, puis aux salariés appartenant à des établissements différents ou embauchés à des dates distinctes en les soumettant à des statuts collectifs différents<sup>203</sup>.

Elle portait à la fois sur l'appréciation de la différence de situation entre les salariés, et à la fois sur les motifs qui ont conduit les partenaires sociaux à justifier l'atteinte au principe d'égalité de traitement<sup>204</sup>.

**123.-** Toutefois, un coup d'arrêt a été porté à sa généralisation par un arrêt en date du 3 avril 2019 qui affirmait qu'il ne pouvait y avoir de présomption de justification dans les domaines où était mis en œuvre le droit de l'Union, notamment parce qu'elle faisait reposer sur le seul salarié la charge de la preuve de l'atteinte au principe d'égalité de traitement, et « qu'un accord collectif n'est pas en soi de nature à justifier une différence de traitement »<sup>205</sup>.

La raison qui commandait ce coup d'arrêt résidait dans les règles probatoires propres à la preuve d'une discrimination, dont il a été précédemment fait mention dans ce mémoire<sup>206</sup>. Le mécanisme de « partage de la preuve » entre l'employeur et le salarié était en effet incompatible avec la présomption de justification. En outre, avant l'arrêt du 3 avril 2019, toutes

---

<sup>200</sup> C. RADE, « Nouvelle décision en matière de justification des différences conventionnelles de traitement : un arrêt en trompe l'œil », Lexbase social, n° 780, 2019.

<sup>201</sup> G. LOISEAU, « L'égalité de traitement à l'heure européenne », JCP S n° 17-18, 1134, 2019.

<sup>202</sup> Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324.

<sup>203</sup> Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 16-26.729.

<sup>204</sup> C. RADE, préc.

<sup>205</sup> Cass. soc., 3 avril 2019, n° 17-11.970.

<sup>206</sup> G. LOISEAU, JCP S n° 17-18, 1134, 2019.

les fois où une différence de traitement était susceptible d'être qualifiée de discrimination, la présomption de justification était écartée pour faire place au mode probatoire dérogatoire du droit de l'Union<sup>207</sup>.

A la suite de la parution de l'arrêt 2019, il fallait donc articuler les jurisprudences précédentes entre elles pour délimiter le nouveau champ de la présomption de justification.

**124.-** Pour un auteur, se fondant notamment sur la note explicative en marge de l'arrêt, la nouvelle jurisprudence ne posait pas spécialement de difficultés, puisque les différents cas où subsistait la différence de traitement étaient limitativement énumérés<sup>208</sup>. Ainsi, sont uniquement présumées justifiées les différences de traitement entre catégories professionnelles, opérées par voie de convention ou d'accord collectif<sup>209</sup> ; entre salariés exerçant au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes<sup>210</sup> ; entre salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts opérées par voie d'accord d'établissement<sup>211</sup>, ou par voie d'accord d'entreprise<sup>212</sup> ; et enfin entre salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés à des sites ou des établissements distincts<sup>213</sup>.

**125.-** Pour un autre auteur en revanche, pour qui existait une contradiction entre l'arrêt de la chambre sociale et la note explicative, l'interprétation de l'arrêt était plus délicate<sup>214</sup>. Selon lui, l'approche à adopter est dynamique, consistant à écarter la présomption de justification dans les cas où le DUE est mis en œuvre, et à la garder dans les situations où la chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas encore eu le temps de se prononcer sur l'intervention des règles probatoires du droit de l'Union<sup>215</sup>.

Cette approche nous semble davantage convaincante, notamment parce qu'elle ne dénature pas la portée de l'arrêt interprété de façon littérale. La difficulté ne consiste plus qu'à

---

<sup>207</sup> C. RADE, préc.

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> Cass. soc., 27 janvier 2015, n° 13-14.773, 13-14.908.

<sup>210</sup> Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324.

<sup>211</sup> Cass. soc., 3 nov. 2016, n° 15-18.444.

<sup>212</sup> Cass. soc., 4 octobre 2017, n° 16-17.517.

<sup>213</sup> Cass. soc., 30 mai 2018, n° 17-12.782.

<sup>214</sup> G. LOISEAU, JCP S n° 17-18, 1134, 2019 : « la formulation laisse donc entendre que la répartition entre les différences de traitement présumées justifiées et les autres devrait se faire sur la base d'un critère chronologique : la présomption resterait applicable aux types de différences de traitement pour lesquels elle avait été admise avant l'arrêt du 3 avril 2019 (...) ». Or, cette conception n'a « aucun sens au regard de la justification de l'éviction de la présomption tenant à sa contrariété avec les règles de preuve du DUE en cas d'atteinte au principe d'égalité de traitement. A suivre le raisonnement de l'arrêt, l'approche est au contraire dynamique ».

<sup>215</sup> *Ibid.*

délimiter les cas de mise en œuvre du droit de l'Union, où la présomption de justification ne joue désormais plus<sup>216</sup>.

Ces quelques péripéties jurisprudentielles illustrent l'ardeur avec laquelle la chambre sociale a souhaité maintenir la présomption de justification dans les cas où elle n'est pas en contradiction avec le droit de l'Union, tant son apport est significatif pour le dialogue social.

**126.-** En définitive, les présomptions-postulat renforcent l'effectivité du droit social à plusieurs égards. Elles participent ainsi au bon déroulé d'une procédure de droit social, à la fois parce qu'elles considèrent comme acquises certaines étapes du dispositif, qu'elles montrent le résultat de ce qui doit être, et qu'elles sécurisent les attentes des justiciables.

Sur le plan probatoire, elles n'opèrent pas de déplacement de l'objet de la preuve, ni de renversement de la charge de la preuve. En réalité, elles renforcent le principe *actori incumbit probatio* en maintenant les garanties de celui à qui elles bénéficient.

D'une toute autre nature, les présomptions-postulat n'en restent pas moins nécessaires dans les procédures où existent des flous juridiques, des points de tension, où des incertitudes subsistent quant au résultat atteint. Elles prennent, dans ce contexte, la forme d'îlot de stabilité en faisant le pari que ce qui doit être est.

**127.-** Les développements précédents ont tenté d'étayer en quoi les présomptions simples permettaient de rétablir l'égalité des armes des justiciables en leur faisant bénéficier d'un allègement probatoire. Ainsi, il en va de l'effectivité du droit social que d'instaurer des dérogations en matière de preuve, soit pour en favoriser l'accès et ainsi permettre le bénéfice des dispositions sociales substantielles, soit pour sécuriser les jalons d'une procédure et en rythmer le cours.

---

<sup>216</sup> Sur ce point, G. LOISEAU, préc., délimite les différents cas : Premièrement, lorsqu'est en cause des prohibitions expresses de discrimination directe ou indirectes prévues de façon spécifique, en l'occurrence s'agissant des conditions de travail. Ensuite, les cas de discrimination générale, par exemple une différence de traitement établie par accord collectif aboutissant à désavantager un pourcentage beaucoup plus élevé de femme, dans ce cas, la présomption de justification disparaîtrait. Puis, les cas de différences de traitement entre les travailleurs en raison de leur situation contractuelle. Enfin, dès lors qu'entrent en jeu les matières ayant vocation à s'appliquer dans les droits nationaux notamment les règles relatives au repos, congé, travail de nuit, travail posté...

**128.-** Mais les présomptions n'offrent pas uniquement des aides probatoires précieuses, elles ajustent aussi les comportements des justiciables, tant en les incitant à faire ce qui est nécessaire pour profiter de ses bénéfices, qu'en les dissuadant d'adopter un comportement qu'elles condamnent. De ce point de vue, les présomptions assurent l'efficacité des règles de droit substantiel. Plus précisément, c'est le caractère irréfragable des présomptions qui termine d'influencer les justiciables, face à la menace d'une sanction irrémédiable. Les présomptions irréfragables connaissent donc une dimension initiative et punitive.

Toutefois, le définitif n'est pas qu'incitatif, il permet aussi de sanctuariser des pans de droit, où le substantiel ne pourra pas être remis en cause, participant ainsi à sécuriser certains axiomes du droit social.

L'inaltérable consacré par les présomptions irréfragables assurent ainsi l'efficacité de la règle de droit.

## **Partie 2<sup>ème</sup> : Assurer l'efficacité de la règle de droit par la présomption irréfragable**

**129.-** Comme éayé précédemment, le droit social s'évertue à encadrer le comportement de l'employeur, en l'empêchant d'abuser de sa position dominante sur le salarié. Les présomptions irréfragables sont un moyen d'assurer le respect de la règle de droit par l'employeur à son égard, notamment de par sa sanction, puisqu'elles peuvent en induire irrémédiablement l'engagement de sa responsabilité civile lorsqu'il commet certains manquements (**Titre 1<sup>er</sup>** ). Mais en fixant définitivement une situation, l'intérêt des présomptions irréfragables est aussi ailleurs, il permet d'empêcher la contestation juridique d'un fait (**Titre 2<sup>nd</sup>**). Or, en droit social, certaines règles de droit commandent de ne pas pouvoir être remises en cause, afin d'assurer son effectivité systémique.

### **Titre 1<sup>er</sup> : Assurer le respect de la règle de droit par l'employeur à l'égard du salarié**

*« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».*

Article 1240 du Code civil.

**130.-** Au début des années 1990, les Hauts Magistrats de la Cour de cassation se sont servis de la présomption irréfragable de préjudice comme d'un moyen de dissuader l'employeur de violer certaines dispositions substantielles du droit social. Il faut dire que le manquement de certaines de ses obligations est d'une telle gravité, qu'il commande de rétablir sa responsabilité civile. Or, le caractère irréfragable de la présomption empêche l'employeur d'apporter les moyens de preuve à même de le dédouaner, c'est donc qu'une véritable sanction l'attend, qu'il soit malintentionné ou simplement distrait (**Chapitre 1<sup>er</sup>**). Par ailleurs, les autorités normatives se sont également saisies de la présomption irréfragable pour rétablir la responsabilité civile de l'employeur pour certains cas de faute inexcusable, bien qu'en l'occurrence son usage soit là plus symbolique (**Chapitre 2<sup>ème</sup>**). Attribuer un caractère irréfragable aux présomptions permet de préserver autant que possible un corpus de droits substantiels du salarié, participant ainsi à l'effectivité du droit social.

## **Chapitre 1 : Rétablir effectivement la responsabilité civile de l'employeur en appliquant la théorie du préjudice nécessaire**

*« Pandore, tenant dans ses mains un grand vase, en souleva le couvercle, et les maux terribles qu'il renfermait se répandirent au loin. (...) Depuis ce jour, mille calamités entourent les hommes de toutes parts (...). »*

Hésiode, Les Travaux et les Jours, v. 90-99.

**131.-** Le droit de la responsabilité civile ne se cantonne pas à la matière civiliste. Il trouve des prolongements en droit social, et notamment en droit du travail, dont les dispositions ont en général tendance à engager la responsabilité de l'employeur, et dans certains cas plus épars, celle du salarié<sup>217</sup>. L'article 1384, al. 5 du Code civil en est par exemple l'illustration, puisqu'il affirme que la faute de l'employeur-commettant est déduite du dommage causé par son salarié-préposé.

C'est dans cette veine que s'est développée la théorie du préjudice nécessaire, qui permet d'engager automatiquement la responsabilité civile de l'employeur lorsque celui-ci commet des manquements bien spécifiques. Au sein de ce mécanisme, la présomption de préjudice tient une place essentielle (**Section 1<sup>ère</sup>**). Elle permet d'enclencher la responsabilité civile de l'employeur, et ce, quand bien même le salarié n'aurait subi aucun préjudice. Présentée par certains comme étant un rempart indispensable à l'impunité patronale<sup>218</sup>, discréditée par d'autres en tant qu'elle permettrait la réparation de préjudices inexistant<sup>219</sup>, la théorie du préjudice nécessaire a essuyé de nombreuses critiques, principalement en ce qu'elle méconnaît les règles traditionnelles d'engagement de la responsabilité civile. De plus, son mouvement de généralisation a pu inquiéter, car la transgression aux règles civilistes était de plus en plus diffusée. Consciente d'avoir ouvert la boîte de Pandore, qu'il fallait vite refermer, la chambre sociale de la Cour de cassation a tenté de sonner le glas de la théorie du préjudice nécessaire en 2016. Cette tentative de revenir à l'application traditionnelle des règles de responsabilité n'a

---

<sup>217</sup> J. MOULY, « Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux ? », RJS 7/16, p. 491.

<sup>218</sup> P. BAILLY, D. BOULMIER, « La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ? », RDT 2017, p. 374.

<sup>219</sup> A. DEJEAN DE LA BATIE, « Coup d'arrêt en matière de préjudice automatique des salariés », JSL n° 411, 2016.

toutefois pas mis fin à la présomption de préjudice qui trouve encore à s'appliquer de façon sporadique pour certains manquements (**Section 2<sup>ème</sup>**). Par ailleurs, la question de la reconnaissance du préjudice nécessaire d'anxiété pour les anciens salariés ayant été au contact de substances toxiques et nocives durant leur vie professionnelle et ne bénéficiant pas du régime ACAATA, réalimente le débat sur l'existence d'une théorie du préjudice nécessaire (**Section 3<sup>ème</sup>**).

### **Section 1<sup>ère</sup> : La responsabilité automatique de l'employeur au moyen de la présomption de préjudice**

**132.-** Avant que l'abandon de la théorie du préjudice nécessaire ne soit consacré en 2016, la présomption de préjudice concernait de nombreuses hypothèses en droit du travail, généralisant ainsi les cas où la responsabilité civile de l'employeur était engagée de façon automatique (**Sous-section 1<sup>ère</sup>**), au prix d'une méconnaissance des règles de responsabilité civile (**Sous-section 2<sup>ème</sup>**).

#### **Sous-section 1<sup>ère</sup> : La multiplicité des hypothèses de présomption de préjudice en droit du travail**

**133.-** La logique soutenant la théorie du « préjudice nécessaire » est la suivante : le manquement de l'employeur à certaines de ses obligations entraîne nécessairement un préjudice pour le salarié<sup>220</sup>. Autrement dit, son préjudice s'infère automatiquement de la faute de l'employeur au moyen de la technique présomptive, avec pour principale conséquence un allègement probatoire incontestable en sa faveur<sup>221</sup>. Ainsi, dès lors que le salarié apporte la preuve du manquement de l'employeur à l'une de ses obligations, la responsabilité civile de ce dernier est érigée de façon automatique<sup>222</sup>.

Avant d'analyser plus précisément le rôle que tient la présomption au cœur de ce mécanisme, il faut tout d'abord rappeler le déploiement qu'a eu cette théorie en droit. Certes,

---

<sup>220</sup> F. GWENNAËL, « *Contentieux du travail, Retour à la théorie du préjudice nécessaire ?* », JCP S 2018, 1394.

<sup>221</sup> L. GRATTON, « *Le dommage déduit de la faute* », RTD civ. 2013, p. 275.

<sup>222</sup> Notons que dans J. MOULY. préc., l'auteur parle de responsabilité quasi-automatique, mais puisqu'il s'agit d'une présomption irréfragable, nous préférons la qualifier d'automatique.

elle trouve un large écho en droit social où elle se manifeste dans les hypothèses les plus disparates, mais cette matière n'en est toutefois pas l'apanage<sup>223</sup>.

L'exemple le plus emblématique est sans doute celui de la concurrence déloyale. La chambre commerciale de la Cour de cassation estime ainsi qu' « *un trouble commercial s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyal* », faisant ainsi naître une présomption de préjudice toutes les fois où cet acte serait à déplorer<sup>224</sup>. Le « trouble commercial » renferme de nombreuses hypothèses, parmi lesquelles la perte de clientèle, ou encore la baisse du chiffre d'affaires, dont la victime n'a même pas à apporter la preuve ou l'étendue<sup>225</sup>.

Du côté du droit de la propriété intellectuelle, la Cour de cassation signale « *que l'atteinte portée au droit privatif que constitue la propriété d'une marque justifie à elle seule l'allocation de dommages-intérêts* », ce qui signifie, là aussi, que la preuve du préjudice n'est pas à apporter pour la victime<sup>226</sup>.

Terminons par un dernier exemple en droit de la santé, où la première chambre civile de la Cour de cassation reconnaît volontiers l'existence d'un préjudice subi par le patient lorsque le médecin manque à son obligation d'information à laquelle il est normalement tenu<sup>227</sup>. Ce qui est notamment le cas lorsqu'il n'informe pas son patient que le traitement prescrit n'est pas conforme aux indications prévues par l'autorisation de mise sur le marché<sup>228</sup>.

**134.-** Ce rapide tour d'horizon était l'occasion d'illustrer l'existence de la théorie du préjudice nécessaire dans les matières juridiques autres que celles du droit social, mais dont les manifestations restent anecdotiques<sup>229</sup>. Au contraire, en droit du travail, elle s'est largement banalisée au grand dam des défenseurs de l'orthodoxie civiliste en matière de responsabilité patronale.

Jusqu'en 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation appliquait en effet cette théorie chaque fois que l'employeur manquait à l'une de ses obligations légales relatives au droit du licenciement. Citons quelques exemples tels que les cas de violation de la procédure de l'entretien préalable au licenciement (art. L. 1232-2 C. trav.)<sup>230</sup>, de manquement au délai de

---

<sup>223</sup> L. GRATTON, préc. J. MOULY, préc.

<sup>224</sup> Com. 9 oct. 2001, n° 99-16.512.

<sup>225</sup> J. MOULY, préc.

<sup>226</sup> Com. 8 mars 2005, n° 02-20.675.

<sup>227</sup> Civ. 1re, 3 juin 2010, n° 09-13.591.

<sup>228</sup> Civ. 1re, 12 juin 2012, n° 11-18.327.

<sup>229</sup> BICC n° 849, 15 oct. 2016, n° 1220.

<sup>230</sup> Cass. soc. 28 mars 1979 n° 77-41.171. V. aussi : Cass. soc. 23 octobre 1991 n° 88-42.507.

deux jours ouvrables pour notifier la rupture (art. L. 1232 C. trav.)<sup>231</sup> ou encore, s'agissant du droit du licenciement pour motif économique, de l'absence de mention de la priorité de réembauchage dans la lettre de licenciement (art. L. 1233-16, al. 2)<sup>232</sup> ou de non-communication des critères d'ordre de licenciements collectifs alors que le salarié en fait la demande<sup>233</sup>. S'ajoutent, de façon sporadique, d'autres hypothèses, à l'instar du non-respect du salaire minimum légal<sup>234</sup>, d'absence de visite médicale d'embauche<sup>235</sup>, de manquement aux diligences nécessaires à la mise en place des institutions représentatives du personnel<sup>236</sup>, le défaut ou le retard de délivrance de l'attestation d'assurance chômage<sup>237</sup>, et la Cour de cassation a même pu reconnaître les cas de violation d'une obligation conventionnelle<sup>238</sup>.

**135.-** Il va sans dire que les hypothèses du préjudice nécessaire du salarié se sont rapidement multipliées, alors qu'initialement, elles ne devaient couvrir que quelques rares cas relatifs à l'application de règles de procédure<sup>239</sup>. Cet « effet boule de neige » avait finalement conduit à une généralisation de la méconnaissance des règles de responsabilité civile, ce qui était loin d'être juridiquement acceptable<sup>240</sup>.

### **Sous-section 2<sup>ème</sup> : La méconnaissance des règles de responsabilité civile**

**136.-** Le célèbre article 1240 du Code civil impose la réunion de trois éléments nécessaires à l'engagement de la responsabilité civile d'une personne : il faut une faute, un préjudice et un lien de causalité entre les deux. Ces traditionnelles règles sont cependant court-circuitées dans les cas où s'applique la théorie du préjudice nécessaire, au moyen de la présomption de préjudice.

**137.-** Celle-ci organise un allègement probatoire en faveur du salarié en la forme d'un déplacement de l'objet de la preuve<sup>241</sup>. Ainsi, toutes les fois où la jurisprudence reconnaît l'application de la théorie, le salarié n'aura ni à prouver l'existence de son préjudice ni son étendu (fait inconnu), mais uniquement le manquement de l'employeur (fait connu) et la

---

<sup>231</sup> Cass. soc. 5 mars 2002 n° 00-41.453.

<sup>232</sup> Cass. soc. 28 septembre 2011 n° 09-43.374 : RJS 12/11 n° 957, inédit.

<sup>233</sup> Cass. soc. 2 février 2006 n° 03-45.443 : RJS 4/06 n° 420, Bull. civ. V n° 57.

<sup>234</sup> Cass. soc. 29 juin 2011 n° 10-12.884 : RJS 10/11 n° 797. Voir aussi : Cass. soc. 19 janvier 2012 n° 10-31.005.

<sup>235</sup> Cass. soc. 17 octobre 2012 n° 10-14.248 : RJS 1/13 n° 77, D. 2012 p. 2526.

<sup>236</sup> Cass. soc. 17 mai 2011 n° 10-12.852 : RJS 8-9/11 n° 714, D. 2011 p. 1424.

<sup>237</sup> Cass. soc., 17 sept. 2014, n° 13-18.850.

<sup>238</sup> Cass. soc. 4 décembre 2013 n° 12-23.930 : RJS 2/14 n° 128.

<sup>239</sup> BICC n° 849, 15 oct. 2016, n° 1220.

<sup>240</sup> BICC n° 849, 15 oct. 2016, n° 1220.

<sup>241</sup> L. GRATTON, préc.

causalité. En sera immédiatement et automatiquement inféré le préjudice du salarié. La preuve du préjudice n'est donc plus à être apportée pour le salarié. La raison pour laquelle la jurisprudence reconnaît facilement cette présomption tient à la probabilité raisonnable de l'existence du fait inconnu, c'est-à-dire du préjudice subi par le salarié<sup>242</sup>.

Par exemple, s'agissant du non-respect du paiement du SMIC, il y a une très forte probabilité que le salarié en pâtisse économiquement. Un auteur a même ajouté que ce manquement de l'employeur transcendait, d'une certaine façon, le seul préjudice individuel du salarié, puisque relégué à un « *sous-travailleur* » dans l'organisation professionnelle conditionnée par le SMIC, ce serait toute la dimension collective de travail qui en souffrirait<sup>243</sup>.

Ce dernier exemple sous-tend particulièrement l'idée selon laquelle la présomption de préjudice est fondée sur un « *modèle abstrait* »<sup>244</sup>. Elle comporte une part d'artifice, puisque basée sur une « *analyse in abstracto du dommage* », elle tient pour acquise l'existence d'un préjudice, indépendamment du fait d'espèce<sup>245</sup>. Peu importe la réalité des faits, le dommage existe du seul constat de la faute de l'employeur.

Pis, il est impossible pour ce dernier d'apporter la preuve contraire, à savoir que son manquement n'a provoqué aucun dommage. La présomption du préjudice est en effet irréfragable, la preuve contraire n'est donc pas admise, si bien que le dommage du salarié est reconnu de façon absolue, même matériellement inexistant.

L'édiction d'une présomption simple aurait sans doute été plus acceptable juridiquement, dans la mesure où l'employeur aurait toujours été en mesure d'apporter la preuve de l'absence de préjudice du salarié, mettant ainsi un terme à l'artifice. Ce n'est cependant pas la voie qui a été choisie, et les Hauts Magistrats se sont finalement accommodés à la potentialité de laisser subsister des fictions juridiques.

**138.-** Dès lors, en présence d'une présomption irréfragable, on ne se situe plus dans une logique probatoire, mais bien en présence d'une règle de fond, d'une règle de droit à part entière<sup>246</sup>. La réalité d'un fait importe moins<sup>247</sup> que le règlement juridique de la situation<sup>247</sup>. Certains auteurs, pour qui existe une contradiction substantielle à dire d'une présomption

---

<sup>242</sup> L. GRATTON, préc.

<sup>243</sup> V. BONNIN, « *Le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail* », RJS 8-9/17, p. 619.

<sup>244</sup> L. GRATTON, préc.

<sup>245</sup> *Ibid.*

<sup>246</sup> *Ibid.*

<sup>247</sup> *Ibid.*

qu'elle est irréfragable, remettent en cause l'existence de ce vocable appliquée à la théorie du préjudice<sup>248</sup>. Il y aurait selon eux un non-sens à ce qu'un mécanisme institue une règle de fond, alors qu'initialement il ne devait instituer qu'une règle de preuve<sup>249</sup>. Ce serait cependant oublier les différentes réalités que recoupe le terme de présomption, évoquées en introduction de ce mémoire.

**139.-** A notre sens, bien plus problématique est la question de savoir s'il est légitime que la responsabilité puisse reposer sur une présomption irréfragable, question soulevée par quelques auteurs<sup>250</sup>. Comme évoqué plus haut, la présomption de préjudice, en déplaçant l'objet de la preuve, statue déjà sur une question de fond<sup>251</sup>. En d'autres termes, la présomption définit les conditions (plus restrictives pour celui qui en bénéficie) dans lesquelles l'objet de la preuve sera apporté. S'il s'agit d'une présomption simple, la règle de fond domine jusqu'à ce que la preuve contraire soit rapportée. Mais lorsqu'il s'agit d'une présomption irréfragable, la règle de fond est définitive, si bien que la seule façon de la renverser est d'invoquer une autre règle de fond<sup>252</sup>.

Finalement, le juge aura édicté une nouvelle règle de fond, une exception à la loi qui n'est pas consacrée par les textes. Est-ce acceptable au regard des enjeux découlant du concept de responsabilité civile ? Selon les auteurs susmentionnés, la réponse doit être négative, quand bien même la preuve du préjudice serait difficile à apporter pour le salarié<sup>253</sup>. Selon nous, cette entorse aux règles civilistes de responsabilité se justifie pleinement au regard de l'impératif de protection du salarié. Les juges, pariant « *sur sa très probable inertie contentieuse* », ont eu à cœur d'élaborer des mécanismes qui dissuadent l'employeur de violer ses obligations légales et contractuelles<sup>254</sup>.

La méconnaissance des règles civilistes de responsabilité est justifiée par l'impératif de protection des droits les plus fondamentaux du salarié, placé en position de subordination

---

<sup>248</sup> J. ICARD, « *Le reflux désordonné du préjudice nécessaire. Brefs propos sur la sanctuarisation circonscrite d'une présomption de préjudice* », RDC déc. 2019, p. 98. L. GRATTON cit. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Les obligations, t. 2, Le fait juridique, Dalloz, Sirey, 14<sup>e</sup> éd., 2011, n° 204, p. 257.

<sup>249</sup> Rappelons qu'à une époque, la définition de la présomption était celle de l'ancien article 1353 du Code civil « *les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ».

<sup>250</sup> F. ROUVIERE, « *La responsabilité peut-elle reposer sur des présomptions irréfragables ?* », D. 2021, p. 508. J. TRAUILLÉ, « *Le renouveau des présomptions en droit de la responsabilité civile* », D. 2021, p. 360.

<sup>251</sup> F. ROUVIERE, préc.

<sup>252</sup> *Ibid.*

<sup>253</sup> *Ibid.*

<sup>254</sup> L. GRATTON, préc. J. MOULY, préc.

juridique vis-à-vis de l'employeur<sup>255</sup>. Dans l'esprit des Hauts Magistrats, la menace de la sanction est telle qu'elle devrait empêcher l'employeur d'agir au détriment de son subordonné.

**140.-** Dissuasive, la présomption irréfragable est également punitive<sup>256</sup>. Le caractère automatique de la sanction pécuniaire l'assimile, selon certains auteurs, à une peine privée<sup>257</sup>. Cette dimension de la présomption s'inscrit pleinement dans ce que certains appellent la fonction punitive de la responsabilité civile<sup>258</sup>.

A l'origine, la responsabilité civile était conçue pour réparer le préjudice de celui l'ayant subi. Très vite, la responsabilité civile a eu une coloration plus punitive. La sanction civile consistait moins à réparer un préjudice, qu'à sanctionner pécuniairement l'auteur d'un manquement<sup>259</sup>. En conséquence, les dommages-intérêts alloués en réparation du préjudice subi peuvent être non-compensatoires, et le montant de la réparation est calculé, non en fonction de l'étendue du préjudice, mais plutôt eu égard à la gravité du manquement<sup>260</sup>.

Par exemple, la fonction punitive de la responsabilité civile peut permettre au salarié d'obtenir des dommages intérêts pour l'atteinte consistant à lui verser un salaire inférieur au SMIC. A côté des intérêts de retard dont il bénéficie en tant que créancier, le salarié bénéficie d'une indemnité du seul fait du non-respect du SMIC, car ce manquement doit, en lui-même, être sanctionné<sup>261</sup>.

Le caractère irréfragable de la présomption l'inscrit donc pleinement dans la fonction punitive de la responsabilité civile, et cette automaticité emporte quelques conséquences.

**141.-** Tout d'abord, les juges du fond, d'ordinaire souverainement compétent pour apprécier l'existence et l'étendue du dommage subi par le salarié, se retrouvent privés de leurs attributions, et doivent immédiatement sanctionner l'employeur<sup>262</sup>. Ils sont désormais relégués à une « *simple instance sanctionnatrice* »<sup>263</sup>.

**142.-** Découle également du caractère irréfragable de la présomption, une autre difficulté pour les juges. Comment établir le montant des dommages-intérêts que doit percevoir

---

<sup>255</sup> J. MOULY, préc.

<sup>256</sup> L. GRATTON, préc.

<sup>257</sup> *Ibid.*

<sup>258</sup> J. MOULY, préc. F. SEBE, « *Le rôle de la responsabilité civile dans le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1<sup>ère</sup> partie)* », JSL, n° 413, 2016.

<sup>259</sup> F. SEBE, préc.

<sup>260</sup> *Ibid.*

<sup>261</sup> Cass. soc. 29 juin 2011 n° 10-12.884 FS-PB : RJS 10/11 n° 797.

<sup>262</sup> J. MOULY, préc.

<sup>263</sup> *Ibid.*

le salarié lorsque ce dernier n'a, dans les faits, subi aucun préjudice ? En temps normal, les juges du fond déterminent le *quantum* de l'indemnisation due au prorata de l'étendue du préjudice. Or lorsqu'il est inexistant, c'est chose impossible<sup>264</sup>. Un auteur s'est donc interrogé sur la question de savoir si, concevoir la responsabilité civile d'un protagoniste sans l'existence d'un préjudice n'était finalement pas un contresens absolu ?<sup>265</sup>

**143.-** Au vu de ce qui a été dit précédemment, on serait tenté de répondre que la fonction répressive de la responsabilité civile, si on l'admet, permet d'échapper à cette difficulté, puisque le montant des dommages-intérêts peut être calculé, indépendamment de l'existence d'un préjudice, en fonction de la gravité du manquement.

Ainsi, c'est le caractère fondamental du droit protégé qui permettra de fixer le montant de l'indemnité versée au salarié<sup>266</sup>. Ajoutons que cette condamnation symbolique ne s'oppose pas au principe de réparation intégrale, et que l'indemnité peut tout à fait réparer le préjudice moral qui découlerait de l'atteinte commise<sup>267</sup>. Toutefois, la fonction punitive de la responsabilité civile n'a jamais été reconnue comme telle, contrairement à sa fonction réparatrice<sup>268</sup>.

**144.-** Or, justifier l'existence de dommages-intérêts par la seule fonction réparatrice de la responsabilité civile est chose ardue, puisqu'elle implique, par essence, l'existence d'un préjudice. Subsistent donc des difficultés matérielles pour le juge engendrées par le caractère irréfragable de la présomption, lui imposant de fixer le montant d'une indemnité réparant un préjudice inexistant<sup>269</sup>.

Cette difficulté pourrait éventuellement être résorbée si la théorie distinguait la présomption de préjudice de la présomption de dommage<sup>270</sup>. Il semble que ces deux vocables soient employés de façon indifférenciée par la doctrine qui utilise tantôt l'un, tantôt l'autre pour désigner le même phénomène<sup>271</sup>.

---

<sup>264</sup> F. GWENNHAËL, préc.

<sup>265</sup> L. GRATTON, préc.

<sup>266</sup> F. SEBE, préc.

<sup>267</sup> *Ibid.*

<sup>268</sup> J. MOULY, préc.

<sup>269</sup> *Ibid.*

<sup>270</sup> L. GRATTON, préc. propose de faire cette distinction seulement pour l'étude des implications des solutions jurisprudentielles concernant la théorie du préjudice nécessaire. Nous nous proposons de la systématiser et de l'étendre à tous les cas de préjudice nécessaire en droit du travail pour les raisons mentionnées.

<sup>271</sup> V. F. GWENNHAËL, préc. J. ICARD, préc, RDC 2019, J. ICARD, « *Le préjudice nécessaire en droit du travail* », in : A. MAZOUZ/E. GARDOUNIS/ A. DUMERY, *Les évolutions contemporaines du préjudice*, l'Harmattan, 2019. L. DE MONTVALON, « *Vers l'abandon de la présomption de préjudice en droit du travail* »,

Or, la distinction de ces deux éléments pourrait servir aux juges, notamment confrontés à la difficulté de devoir fixer la réparation d'un préjudice inexistant. Rappelons que les civilistes distinguent le dommage du préjudice, en ce que le dommage désigne la lésion subie (l'atteinte portée à l'intégrité physique ou aux biens d'une personne), tandis que le préjudice désigne les conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales de la lésion<sup>272</sup>. Il semble que la théorie du préjudice nécessaire englobe, du constat de la faute de l'employeur, la notion de préjudice<sup>273</sup>. C'est-à-dire que le phénomène tient pour acquises les conséquences de la lésion<sup>274</sup>.

Or, la reconnaissance de la distinction présomption de préjudice/présomption de dommage permettrait de reconnaître l'existence du seul dommage du salarié, lorsqu'aucune conséquence patrimoniale ou extrapatrimoniale ne découle de la lésion. La présomption de dommage offrirait simplement à la victime un droit à réparation, son effet serait limité au stade des conditions d'engagement de la responsabilité<sup>275</sup>.

A côté, la présomption de préjudice serait maintenue et condamnerait automatiquement l'employeur. Cette distinction offrirait aux juges la possibilité de sortir de l'impasse consistant à réparer un préjudice inexistant qu'ils ne peuvent quantifier, tout en ne prenant pas position quant à la fonction de la responsabilité civile. Cela permettrait de ne pas faire perdre au système sa cohérence interne.

**145.-** Au total, la théorie du préjudice nécessaire s'ancre dans le contexte travailliste où la protection du salarié est à privilégier par-dessus tout, fût-ce au détriment d'un rigorisme civiliste finalement inapte à soutenir la partie faible au contrat. Le respect des traditionnelles règles de responsabilité aurait été une contrainte trop sévère pour le salarié, pour qui la preuve du préjudice est parfois très difficile à apporter.

**146.-** Les quelques développements précédents ont tenté de mettre en exergue les anomalies juridiques découlant de l'édiction d'une présomption irréfragable de préjudice, tout en proposant quelques pistes pour maintenir une cohérence interne au système.

---

Les Cahiers Lamy du CE, n° 160, 2016. M-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « Réparation des préjudices : quelles spécificités en droit du travail ? », Dr. Soc. 2017, p. 892.

<sup>272</sup> L. GRATTON, préc.

<sup>273</sup> BICC n° 849, 15 oct. 2016, n° 1220.

<sup>274</sup> L. GRATTON, préc.

<sup>275</sup> *Ibid.*

**147.-** Gageons, enfin, que si la méconnaissance des règles civilistes est à déplorer, la présomption irréfragable de préjudice s'insère de façon plus harmonieuse dans le système de responsabilité civile dans sa fonction punitive. Car ne perdons pas de vue la finalité principale du mécanisme, qui est celle de dissuader l'employeur de porter atteinte aux droits du salarié, et de le punir lorsqu'un manquement est commis<sup>276</sup>.

L'immunité patronale qui aurait été la conséquence, soit de l'inertie contentieuse du salarié, soit de son impossibilité d'établir la preuve de son préjudice, est finalement pour les Hauts Magistrats, une chose moins acceptable que l'édiction d'une présomption irréfragable de préjudice.

**148.-** Ce sont autant d'arguments qui nous permettent de militer en faveur du maintien de la théorie, bien qu'elle se présente comme une anomalie juridique dans le droit de la responsabilité<sup>277</sup>. Par ailleurs, les Hauts Magistrats ont été des fervents défenseurs de son maintien, tout en reconnaissant la nécessité de restreindre son usage, auparavant plus intensément généralisé en droit du travail<sup>278</sup>. C'est ainsi que l'arrêt du 13 avril 2016, s'il a été marqué par une volonté de retourner aux règles traditionnelles de responsabilité civile, n'a finalement pas signé l'abandon de la théorie du préjudice nécessaire<sup>279</sup>.

### **Section 2<sup>ème</sup> : Un retour en demi-teinte aux règles de responsabilité civile**

**149.-** C'est donc la volonté de revenir « à une application plus orthodoxe des règles de responsabilité civile et commune à l'ensemble des chambres civiles de la Cour de cassation » qui a conduit les Hauts Magistrats à affirmer dans l'arrêt du 13 avril 2016 que « l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond »<sup>280</sup>. A la lecture de l'arrêt, la présomption de préjudice semblait être enterrée au profit d'un retour aux règles de droit commun de la responsabilité. Pourtant, certains auteurs pressentaient que l'abandon de la théorie du préjudice nécessaire n'allait pas être total, analyse qui trouvait appui sur le bulletin d'information de la Cour de cassation, confirmée plus tard par

---

<sup>276</sup> P. BAILLY, D. BOULMIER, RDT 2017, p. 374.

<sup>277</sup> Contra : A. DEJEAN DE LA BATIE, JSM n° 411, 2016.

<sup>278</sup> BICC n° 849, 15 oct. 2016, n° 1220.

<sup>279</sup> Cass. soc., 13 avr. 2016, n° 14-28.293.

<sup>280</sup> Pour la première citation, v. BICC n° 849, 15 oct. 2016, n° 1220.

quelques arrêts<sup>281</sup>. Systématiser les cas où la présomption de préjudice perdue est un enjeu pour la sécurité juridique des justiciables. Il semble qu'elle soit maintenue, d'une part lorsque l'employeur manque à l'une de ses obligations essentielles (**Sous-section 1<sup>ère</sup>**), d'autre part, lorsqu'existe une justification textuelle sur laquelle elle trouve appui (**Sous-section 2<sup>ème</sup>**).

### **Sous-section 1<sup>ère</sup> : La présomption maintenue en cas de manquement grave à une obligation essentielle**

**150.-** L'arrêt du 13 avril 2016 amorçait un mouvement de net recul de la théorie en affirmant que la délivrance tardive des documents de fin de contrat ne causait pas nécessairement un préjudice au salarié. Par la suite, elle a écarté le préjudice nécessaire pour l'absence de mention de la convention collective applicable sur le bulletin de paie<sup>282</sup>, le défaut d'organisation de la visite médicale de reprise<sup>283</sup>, l'absence d'information dans la lettre de licenciement de l'ancien droit individuel à la formation<sup>284</sup>, l'inobservation de la procédure de licenciement<sup>285</sup>, l'absence de système destiné à contrôler la durée du travail<sup>286</sup>, le non-paiement des heures supplémentaires<sup>287</sup>, le non-respect de l'obligation de formation<sup>288</sup>, l'absence de visite médicale d'embauche<sup>289</sup>, le défaut de mention de la priorité de réembauchage dans la lettre de licenciement<sup>290</sup>, le défaut d'établissement du document unique de prévention des risques<sup>291</sup>.

**151.-** Toutefois, la chambre sociale de la Cour de cassation annonçait dans son Bulletin d'information que l'abandon de la présomption de préjudice n'allait pas être total, avec comme intention sous-jacente la limitation de son application à des cas exceptionnels<sup>292</sup>. Il faut dire que la renonciation complète à la présomption n'aurait pas été judicieuse dans certains cas, sous peine d'instaurer une dynamique d'impunité patronale en présence de préjudice dont la preuve est difficilement alléguable<sup>293</sup>.

---

<sup>281</sup> V. BONNIN, préc. J. MOULY, préc. Contra : L. DE MONTVALON, préc.

<sup>282</sup> Cass. soc., 17 mai 2016, n° 14-21.872.

<sup>283</sup> Cass. soc., 17 mai 2016, n° 14-23.138.

<sup>284</sup> Cass. soc., 26 janv. 2017, n° 15-21167.

<sup>285</sup> Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 16-13.578.

<sup>286</sup> Cass. soc., 20 sept. 2017, n° 15-24.999.

<sup>287</sup> Cass. soc., 29 juin 2017, n° 16-11.280.

<sup>288</sup> Cass. soc., 3 mai 2018, n° 16-26.796.

<sup>289</sup> Cass. soc., 27 juin 2018, n° 17-15.438.

<sup>290</sup> Cass. soc., 30 janv. 2019, n° 17-27.796.

<sup>291</sup> Cass. soc., 25 sept. 2019, n° 17-22.224.

<sup>292</sup> BICC n° 849, 15 oct. 2016, n° 1220.

<sup>293</sup> P. BAILLY, D. BOULMIER, préc. Contra : A. DEJEAN DE LA BATIE, JSM n° 411, 2016.

Jean-Yves Frouin, alors président de la chambre sociale de la Cour de cassation, précisait en 2016 que la présomption de préjudice ne subsisterait qu'en présence d'un « *manquement grave à une obligation essentielle* » de l'employeur<sup>294</sup>. Que recoupe cette affirmation ? Quels sont les différents manquements qui, de par leur seul fait, présume le préjudice du salarié ? La lecture des différentes décisions rendues à la suite de l'arrêt de 2016 permet déjà d'esquisser le nouveau champ d'application de la présomption.

**152.-** Tout d'abord, il semble que l'atteinte à un droit fondamental permet d'inférer l'existence d'une présomption de préjudice. Ainsi en va-t-il de l'atteinte à la vie privée du salarié, dont la seule constatation ouvre droit à réparation<sup>295</sup>, ou encore de l'atteinte à son image, notamment en cas de publication de photos privées non autorisée<sup>296</sup>. A l'avenir, la présomption de préjudice pourrait trouver à s'appliquer toutes les fois où des violations aux droits et libertés garanties par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou par d'autres conventions (de l'OIT notamment) reconnues d'effet direct, seraient à déplorer<sup>297</sup>. Seraient potentiellement concernées les violations de correspondance, la méconnaissance de la liberté d'expression du salarié, ou encore les atteintes à la liberté syndicale<sup>298</sup>.

**153.-** Ensuite, et dans le même ordre d'idée, la présomption de préjudice pourrait jouer en présence d'un droit « *d'une importance particulière* » reconnu par un texte européen, et dont l'effectivité commande la mise en place d'une réparation pécuniaire<sup>299</sup>. Récemment, la Cour de cassation a reconnu l'existence d'un préjudice nécessaire à propos d'un dépassement de la durée maximale de travail au visa des dispositions du Code du travail interprétées à la lumière de la directive n° 2003/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, dont l'article 6 impose une limite hebdomadaire de travail de 48 heures comprenant les heures supplémentaires<sup>300</sup>. Les autres exigences fixées par cette directive assurant la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs pourraient, elles aussi, donner lieu à l'application de la présomption de préjudice, par exemple, en cas de non-respect des congés, du travail de nuit ou encore du travail posté<sup>301</sup>. Les atteintes à un droit subjectif du salarié, reconnu comme étant

---

<sup>294</sup> V. P. BAILLY, « *Un retour discret du préjudice nécessaire ?* », SSL 2022, n° 1991, p. 4, citant J.-Y FROUIN dans « *Quel bilan tirer de la jurisprudence 2017 de la chambre sociale ? Perspectives pour 2018* », FRS 4/18, 26 janv. 2018, p. 29, §44.

<sup>295</sup> Cass. soc., 12 nov. 2020, n° 19-20.583 F-D.

<sup>296</sup> Cass. soc., 19 janv. 2022, n° 20-12.420 F-D.

<sup>297</sup> P. BAILLY, préc.

<sup>298</sup> *Ibid.*

<sup>299</sup> *Ibid.*

<sup>300</sup> Cass. soc., 26 janv. 2022, n° 20-21.636 FS-B, RJS 3/22, n° 139.

<sup>301</sup> P. BAILLY, préc.

d'une « *importance particulière* » pour le droit de l'Union européenne, sont donc particulièrement susceptibles de faire présumer de son préjudice<sup>302</sup>.

**154.-** Une autre hypothèse mérite d'être mentionnée est celle du harcèlement, et particulièrement du harcèlement moral. Non seulement l'article 18 de la directive 2006/54/CE prescrit aux législations nationales l'introduction de mesures nécessaires à la réparation du préjudice, notamment selon des modalités fixées de manière dissuasive et proportionnée par rapport au dommage<sup>303</sup>, mais aussi, les autres chambres de la Cour de cassation ont pu inférer l'existence d'un préjudice nécessaire du fait du harcèlement, et en premier lieu la chambre criminelle<sup>304</sup>. De fait, il n'est pas exagéré de supputer que la présomption de préjudice pourrait subsister à l'avenir dans ce cas particulier, au risque pour la chambre sociale d'entrer en contradiction avec la position des juges répressifs<sup>305</sup>.

**155.-** Moins évidente est la question du non-respect de l'obligation de verser une rémunération égale au SMIC. Comme mentionné précédemment, ce manquement de l'employeur n'entraîne pas uniquement un préjudice économique pour le salarié à l'échelle individuelle, il porte également atteinte au « statut » de travailleur<sup>306</sup>. On aurait pu penser que « *le manquement grave à une obligation essentielle* » recoupe toutes les hypothèses où le statut de salarié est mis à mal par l'employeur, la présomption de préjudice offrant à cet égard un excellent moyen dissuasif de s'affranchir de ces règles. En d'autres termes, les manquements au « statut » d'un travailleur autorisent-ils l'édiction d'une présomption de préjudice ? La réponse n'est pas aisée.

**156.-** Dans un récent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu juger que le non-respect de l'obligation de verser une rémunération égale au SMIC ne cause pas nécessairement un préjudice distinct, susceptible d'être indemnisé par des dommages-intérêts en plus des intérêts de retard<sup>307</sup>. Pour rappel, la réparation relative au non-paiement des sommes d'argent est réglée par l'article 1231-6 du Code civil, qui consiste en des dommages-intérêts calculés en fonction des intérêts de retard et dus sans que le créancier ne soit tenu de justifier d'une perte. Dans l'arrêt susmentionné, la chambre sociale de la Cour de cassation refuse de reconnaître l'existence d'une présomption de préjudice indépendant du retard de paiement. Si

---

<sup>302</sup> V. J. MOULY, « *Violation de la durée maximale hebdomadaire de travail : la théorie du préjudice nécessaire fait de la résistance* », Dr. soc. 2022, p. 369.

<sup>303</sup> P. BAILLY, préc.

<sup>304</sup> V. BONNIN, préc.

<sup>305</sup> V. J. ICARD, préc.

<sup>306</sup> V. BONNIN, préc.

<sup>307</sup> Cass. soc., 29 sept. 2021, n° 20-10.634.

préjudice il devait y avoir lié à l'irrespect même du SMIC, ce serait au salarié de le prouver. L'existence d'une présomption de préjudice n'est donc pas acquise lorsque l'atteinte au « statut » de travailleur est alléguée, ici par le versement d'un salaire inférieur au SMIC.

**157.-** La solution contraire a été approuvée par les Hauts Magistrats s'agissant de l'absence d'une représentation effective des salariés, pouvant s'assimiler à une atteinte au « statut » de travailleur. La chambre sociale a en effet décidé dans un arrêt du 15 mai 2019 qu'au regard de l'article L. 2313-1 du Code du travail, et d'un corpus de texte comprenant 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 1240 du Code civil et de l'article 8 de la directive 2002/14/CE, la responsabilité de l'employeur est automatique lorsqu'il échoue à la mise en place d'institutions représentatives du personnel et qu'il n'établit pas de procès-verbal de carence<sup>308</sup>. Ce manquement cause un préjudice nécessaire aux salariés, privés d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts, et dont ils n'ont pas à apporter la preuve. Ici, la présomption de préjudice joue bien en raison d'un manquement de l'employeur au statut de travailleur, atteinte en la forme d'une absence de représentation effective des salariés, élément pourtant inhérent à leur condition de travailleur. Toutefois, tout manquement au « statut » de travailleur n'entraîne pas l'application de la présomption irréfragable de préjudice, puisque s'agissant du SMIC, la chambre sociale de la Cour de cassation nie qu'il puisse constituer un préjudice « en soi », c'est-à-dire du seul fait du manquement.

**158.-** De tout ceci, un auteur a souhaité esquisser deux justifications maintenant à flot la théorie du préjudice nécessaire. Soit celui-ci est maintenu parce que la violation de la règle en cause paraît en elle-même « être porteuse d'un préjudice », comme c'est le cas s'agissant du manquement à la mise en place des institutions représentatives du personnel<sup>309</sup>. Soit parce que la violation de la règle ne peut rester impunie, la responsabilité civile de l'employeur jouant ici davantage le rôle d'une peine privée, plus qu'une réelle fonction de réparation, à l'instar du dépassement de la durée légale de travail<sup>310</sup>. Cette distinction a le mérite d'explicitier les deux finalités propres à l'application de la théorie du préjudice nécessaire, qui sont punir ou réparer, bien que la fonction punitive de la responsabilité civile n'ait pas encore reçu, à l'heure actuelle, consécration<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> Cass. soc., 15 mai 2019, n° 17-22.224.

<sup>309</sup> J. MOULY, *Dr. soc.* 2022, p. 369, préc.

<sup>310</sup> *Ibid.*

<sup>311</sup> *Ibid.*

Les développements précédents ont tenté d'esquisser les dénominateurs communs aux décisions post 2016, où subsiste la présomption de préjudice « *en cas de manquement grave à une obligation essentielle de l'employeur* ».

**159.-** Ils permettent notamment de trouver une cohérence globale au système *a posteriori*, sans cependant pouvoir se vanter d'anticiper les cas où la théorie trouvera effectivement à s'appliquer. En effet, si les droits garantis par une disposition constitutionnelle ou par des textes communautaires sont particulièrement pressentis à permettre le maintien de la théorie, on ne peut pas affirmer que chaque manquement à une garantie constitutionnelle ou communautaire donnera lieu à une présomption irréfragable de préjudice<sup>312</sup>. A contrario, bien moins problématique sont les cas où la présomption de préjudice est maintenue en raison d'une justification textuelle commandant l'indemnisation automatique d'un dommage.

### **Sous-section 2<sup>ème</sup> : La présomption maintenue selon l'existence textuelle d'une indemnité**

**160.-** A la suite du revirement de 2016 sur le préjudice nécessaire, certaines « *plumes autorisées* » avaient fait savoir que la présomption de dommage serait maintenue dans les cas où existerait « *un texte ou une règle qui en consacrerait clairement le principe* »<sup>313</sup>. Autrement dit, la présomption de préjudice serait maintenue dans les cas où une disposition légale instituerait une indemnisation minimale, fût-ce-t-elle implicite<sup>314</sup>. De sorte que ce serait le texte législatif lui-même qui instaurerait une présomption de préjudice, du seul fait d'avoir prévu une indemnisation automatique en cas de non-respect de la disposition en question<sup>315</sup>.

**161.-** Ainsi, dans un arrêt du 17 octobre 2018, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que l'employeur qui met en œuvre une procédure de licenciement économique, sans avoir accompli les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel et sans qu'un procès-verbal de carence n'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<sup>316</sup>. L'arrêt prend appui sur l'article L. 1235-15 du Code du travail qui prévoit qu'en cas

---

<sup>312</sup> B. BAUDUIN, A. BROUSSE, « *Controverse : un préjudice nécessaire, pour quoi faire ?* », RDT 2022, p. 209.

<sup>313</sup> J. MOULY, « *Licenciements économiques irréguliers : le retour discret de la théorie du préjudice nécessaire ?* », Dr. soc. 2019, p. 88 ; l'auteur cite P. FLORES dans SSL 2016, n° 1721, p. 13.

<sup>314</sup> P. BAILLY, préc.

<sup>315</sup> J. MOULY, Dr. soc. 2019, p. 88, préc.

<sup>316</sup> Cass. soc. 17 oct. 2018, n° 17-14.392.

d'irrégularité de la procédure de licenciement pour motif économique dans une entreprise où le CSE n'a pas été mis en place, « *le salarié a droit à une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure à un mois de salaire brut* ». De sorte qu'il revient aux juges d'appliquer la théorie du préjudice nécessaire, telle que l'a prévu le législateur, puisque la sanction indemnitaire est encourue de plein droit par l'employeur qui a commis le manquement<sup>317</sup>. Dans ce genre d'hypothèses, le pouvoir d'appréciation souveraine des juges du fond n'a plus sa place.

**162.-** Ajoutons que l'existence d'un ancrage textuel fait gagner de la légitimité à la présomption de préjudice. D'abord, au regard du principe de légalité des peines, qui impose qu'un texte définisse la peine applicable, fût-ce-t-elle pécuniaire, préalablement à la commission d'une infraction<sup>318</sup>. La légitimité attachée à la responsabilité civile de plein droit dans sa fonction de peine privée n'en est ainsi que renforcée. Ensuite, parce que la présomption est d'origine légale, et non jurisprudentielle, ce qui est préférable au regard des enjeux liés à l'engagement de la responsabilité civile de l'employeur.

**163.-** L'existence d'une assise textuelle ne conjure cependant pas tous les maux. Des incertitudes persistent et alimentent le débat doctrinal, notamment s'agissant du dommage résultant du licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>319</sup>. Postérieurement au revirement de 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation déduisait en effet de l'ancien article L. 1235-5 du Code du travail, tel qu'il était rédigé avant 2017, l'existence d'un préjudice nécessaire implicite, puisqu'il était mentionné que le salarié ayant moins de 2 ans d'ancienneté et/ou qui n'appartenait pas à une entreprise d'au moins 11 salariés « *peut prétendre en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi* »<sup>320</sup>. L'interprétation de la formulation « *peut prétendre* » semblait indubitable pour les Hauts Magistrats, tandis qu'elle semait le trouble pour une partie de la doctrine. En effet, était-il juste de déduire de la forme indicative « *peut prétendre* », l'obligation d'appliquer la théorie du préjudice nécessaire ?<sup>321</sup> Y avait-il derrière cette disposition une présomption irréfragable de préjudice ?

**164.-** A l'appui de ces interrogations, certains auteurs faisaient valoir qu'à titre de comparaison, l'ancien article L. 1235-2 du Code du travail, à l'époque relatif aux irrégularités

---

<sup>317</sup> J. MOULY, Dr. soc. 2019, p. 88, préc.

<sup>318</sup> J. ICARD, RDC déc. 2019, n° 1162, p. 98.

<sup>319</sup> P. BAILLY, SSL 2022, n° 1991, p. 5. J. ICARD, RDC déc. 2019, n° 1162, p. 98. J. MOULY, « *L'abandon de la théorie du dommage nécessaire : l'exception du licenciement sans cause réelle et sérieuse* », Dr. soc. 2017, p. 1074.

<sup>320</sup> Cass. soc. 13 sept. 2017, n° 16-13.578.

<sup>321</sup> V. les réflexions de J. ICARD, RDC déc. 2019, n° 1162, p. 98. J. MOULY, Dr. soc. 2017, p. 1074.

dans la procédure de licenciement pour cause réelle et sérieuse, était davantage explicite en affirmant que le juge « *accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire* »<sup>322</sup>. Or, la formulation de l'ancien article L. 1235-5 du Code du travail, « *peut prétendre* » était beaucoup moins radicale, ce qui laissait supposer que l'idée d'obligation d'appliquer la théorie n'était pas franchement acquise.

**165.-** La réécriture des articles suite aux ordonnances Macron n'a pas entériné le débat. Le dernier alinéa de l'actuel article L. 1235-2 du Code du travail mentionne, dans les mêmes termes qu'auparavant, l'existence d'une présomption de préjudice en cas d'irrégularité de la procédure de licenciement pour cause. Et s'agissant du nouvel article L. 1235-3, al. 5 du Code du travail, la question de l'existence du préjudice découlant d'un licenciement abusif se pose désormais pour la tranche des salariés non inclus dans le barème, à savoir les travailleurs de moins d'un an d'ancienneté dans les entreprises de moins de onze salariés<sup>323</sup>. Soit il faut considérer que les salariés susvisés ne subissent pas nécessairement un préjudice, soit il faut en conclure qu'ils bénéficient d'une indemnité dérisoire<sup>324</sup>. Aucune réponse arrêtée n'a été donnée à ce jour.

**166.-** Enfin, un flou subsiste autour de l'article L. 1235-13 du Code du travail, c'est-à-dire en cas de violation de la priorité de réembauchage<sup>325</sup>. L'article dispose bien qu'en cas de non-respect, le juge accorde au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire. Toutefois, l'article L. 1235-14 al. 3 semble exclure le bénéfice de cette disposition pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et/ou travaillant dans une entreprise employant moins de 11 salariés. De ce fait, ils ne semblent pas jouir d'une assise textuelle leur reconnaissant un droit à indemnisation automatique<sup>326</sup>. Se pourrait-il que le juge puisse étendre l'obligation d'indemnisation prévue à l'article L. 1235-13 à cette catégorie de salariés ? Cela ne semble pas impossible. Il reviendra à la chambre sociale de se prononcer.

En tout état de cause, et c'était l'objet de ces développements, le champ d'application de la présomption de préjudice n'est pas arrêté fixement, quand bien même existe-t-il un texte prévoyant l'indemnité automatique du salarié en cas de manquement de l'employeur à telles ou

---

<sup>322</sup> J. ICARD, RDC déc. 2019, n° 1162, p. 98. J. MOULY, Dr. soc. 2017, p. 1074.

<sup>323</sup> *Ibid.*

<sup>324</sup> *Ibid.*

<sup>325</sup> P. BAILLY, préc.

<sup>326</sup> *Ibid.*

telles dispositions. La théorie du préjudice nécessaire n'est pas morte, cela semble indéniable. Moins aisée est l'identification des situations où elle perdure.

**167.-** Ces imprécisions sont aussi regrettables que les enjeux présidant à l'engagement de la responsabilité civile de l'employeur. Dans un tel contexte d'incertitudes, est-il réellement opportun d'édicter une sanction aussi radicale à son encontre ? A cela, s'ajoute le caractère irréfragable de la présomption qui empêche l'employeur d'apporter la preuve que le salarié n'a pas subi de préjudice. Est-il juste de faire reposer la responsabilité civile de l'employeur sur une présomption irréfragable, dans un contexte où son champ d'application est l'objet de controverse ? L'unique justification de la résurgence de la théorie du préjudice nécessaire est, on l'a déjà dit, l'impératif de protection des droits substantiels du salarié, en dépit des tâtonnements qui subsistent au détriment de la sécurité juridique de l'employeur.

**168.-** Nous gageons que la théorie du préjudice nécessaire fera encore couler beaucoup d'encre à l'avenir. Et pour cause, il est aujourd'hui question de reconnaître le préjudice nécessaire d'anxiété pour les salariés exposés à des substances nocives et toxiques durant leur vie professionnelle et ne bénéficiant pas du régime ACAATA, question qui a récemment été actée par le Conseil d'Etat dans une décision du 28 mars 2022, mais non par la chambre sociale de la Cour de cassation. Or, la logique en cause est justement celle inhérente à la théorie du préjudice nécessaire. La théorie n'en a pas terminé de faire parler d'elle.

### **Section 3 : La question de la reconnaissance du préjudice d'anxiété**

*« Je me demande comment peuvent encore me passionner ou sinon me préoccuper les problèmes économiques, sociaux, politiques, puisque je sais que nous allons mourir (...) ».*

Ionesco, Journal en miettes, p. 35.

*« J'ai peur de la mort. J'ai peur de mourir, sans doute, parce que, sans le savoir, je désire mourir. J'ai peur donc du désir que j'ai de mourir. »*

Ionesco, Notes et Contre-Notes, p. 315.<sup>327</sup>

---

<sup>327</sup> V. doc. en ligne sur : <https://www.theatre-contemporain.net/spectacles/Notre-Ionesco/ensavoirplus/idcontent/32890>.

**169.-** Les résurgences de la théorie du préjudice nécessaire réaniment également le débat concernant la création d'une présomption de préjudice d'anxiété pour tous les salariés ayant été exposés à une substance toxique ou nocive durant leur vie professionnelle<sup>328</sup>. Reprenant le même mécanisme issu de la théorie du préjudice nécessaire, la présomption serait d'une grande aide aux salariés, confronté aux difficultés d'apporter la preuve d'un tourment subjectif<sup>329</sup>. La chambre sociale de la Cour de cassation a, pour l'instant, toujours refusé de créer cette présomption, mais la donne pourrait changer.

**170.-** La question du préjudice d'anxiété est née au lendemain du scandale de l'amiante, au milieu des années 1990<sup>330</sup>. L'inertie des pouvoirs publics quant à l'interdiction de cette substance et l'ampleur des conséquences humaines ont conduit le législateur à créer des mécanismes *ad hoc* de prise en charge des victimes<sup>331</sup>. Ont ainsi été créés le Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (FCAATA) en 1999 et le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) en 2002.

**171.-** Le premier de ces dispositifs, créé par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, a mis en place un dispositif de préretraite pour les salariés d'au moins 50 ans ayant travaillé dans des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante, ou de construction de réparations navales<sup>332</sup>. La liste des entreprises concernées a été dressée par arrêté ministériel<sup>333</sup>. Toutefois, l'ACATTA, calculé sur la base de 65% des derniers salaires, provoquait inmanquablement une perte de revenu pour les anciens salariés. De sorte que les bénéficiaires de ce fonds ont, du même coup, demandé d'une part la réparation du préjudice économique qu'il subissait, du fait de la diminution de leurs revenus, et d'autre part, la réparation de leur préjudice d'anxiété, né de l'inquiétude permanente qui les hantait en raison de la forte probabilité de développer une maladie mortelle liée à l'amiante<sup>334</sup>.

---

<sup>328</sup> L. DE MONTVALON, « *Prouver l'anxiété* », SSL, n° 1990, 2022 : « L'abandon par la Cour de cassation de la théorie du préjudice nécessaire aurait pu faire obstacle à l'instauration de la présomption de préjudice, si des exceptions n'avaient pas été maintenues ».

<sup>329</sup> Q. CHATELIER, « *Preuve de l'anxiété : l'exigence au risque de la rupture d'égalité ?* », SSL n° 522, 2021 : si la présomption de préjudice devait être créée, elle serait irréfragable.

<sup>330</sup> Pour un récapitulatif complet de l'évolution de la reconnaissance du préjudice d'anxiété, voir : C. COURCOL-BOUCHARD, Premier avocat général, Avis de Cass. ass. plé., 5 avril 2019, n° 18-17.442, p. 8 et s. V. aussi de manière résumée : L. BLOCH, « *Le désamiantage du préjudice d'anxiété par la chambre sociale* », Resp. civ. et assur. N° 2019/12, ét. 11. M. KEIM-BAGOT, « *La cohérence retrouvée du préjudice d'anxiété* », SSL, n° 1877, 2019.

<sup>331</sup> L. BLOCH, préc. M. KEIM-BAGOT, préc.

<sup>332</sup> L. BLOCH, préc.

<sup>333</sup> D. n° 99-247, 29 mars 1999 : JO 31 mars 1999, p. 4771.

<sup>334</sup> L. BLOCH, préc. M. KEIM-BAGOT, préc.

**172.-** En réponse à ces demandes, la chambre sociale de la Cour de cassation décide de refuser l'indemnisation du préjudice économique des bénéficiaires du dispositif ACAATA mais de leur octroyer l'indemnisation du préjudice d'anxiété<sup>335</sup>.

Après avoir cantonné l'indemnisation du préjudice d'anxiété « à l'ensemble des troubles psychologiques » résultant de la peur d'être malade<sup>336</sup>, la chambre sociale de la Cour de cassation refuse la réparation aux salariés exposés à l'amiante non-bénéficiaires du dispositif ACAATA<sup>337</sup>. Ce qui était très critiquable dans la mesure où leur potentiel préjudice d'anxiété est tout aussi réel que les bénéficiaires du régime de préretraite<sup>338</sup>. A ces derniers, elle leur fait bénéficier d'un triple régime de présomption : une présomption d'exposition significative aux poussières d'amiante, une présomption de manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat (du fait de l'inscription de l'établissement sur la liste ministérielle) et une présomption d'anxiété<sup>339</sup>.

Il n'en restait pas moins qu'il existait une discrimination entre les bénéficiaires et les non-bénéficiaires d'ACAATA, ces derniers se voyant refuser l'indemnisation de leur préjudice d'anxiété. Finalement, l'assemblée plénière de la Cour de cassation décide d'étendre la potentielle indemnisation du préjudice d'anxiété lié à l'amiante à tous les salariés, à charge pour eux d'en faire la preuve<sup>340</sup>. En outre, la même année, la Cour supprime l'exclusivité de la reconnaissance du préjudice d'anxiété à la seule exposition à l'amiante. Désormais, tous les salariés exposés à une autre substance nocive et toxique que l'amiante « *générant un risque élevé de développer une pathologie grave* » peuvent avoir droit à indemnisation de leur préjudice d'anxiété<sup>341</sup>.

Pour ceux-là, ainsi que pour les travailleurs ne bénéficiant pas du régime ACAATA la preuve de trois éléments cumulatifs leur incombe: l'exposition à l'amiante ou à une substance nocive et toxique, le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, et le préjudice

---

<sup>335</sup> Cass. soc., 11 mai 2010, n° 09-42.241 à 09-42.257.

<sup>336</sup> Cass. soc. 25 sept. 2013, n° 12-20.157 (bouleversement dans les conditions d'existence) ; Cass. soc. 3 mars 2015, n° 13-21.832 et s. (perte d'espérance de vie).

<sup>337</sup> Cass. soc., 5 avr. 2018, n° 16-19.002 : l'indemnisation du préjudice d'anxiété n'est ouverte « qu'au salarié qui a travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 ».

<sup>338</sup> L. BLOCH, préc.

<sup>339</sup> Cass. soc. 3 mars 2015, n° 13-26.175.

<sup>340</sup> Cass. ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442. Voir ensuite : Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-18.311 à 17-18.349.

<sup>341</sup> Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-24.879 à 17-25.623

d'anxiété<sup>342</sup>. C'est de ce dernier dont il sera question ici, et de sa difficulté à en apporter la preuve.

**173.-** En effet, comment prouver le préjudice d'anxiété, à savoir le tourment subjectif qu'est l'inquiétude permanente de se voir découvrir une maladie mortelle ?<sup>343</sup> L'anxiété étant un état de trouble psychique « *plus ou moins intense et morbide s'accompagnant de phénomènes physiques et causé par l'appréhension de faits de différents ordres* »<sup>344</sup>, il s'agit d'abord et avant tout d'un mécanisme profondément intérieur pouvant se manifester de différentes façons<sup>345</sup>. De ce fait, il paraît difficile d'apporter sa preuve avec certitude<sup>346</sup>.

**174.-** Les Hauts Magistrats ont pu donner quelques éléments parcellaires de fait pouvant alléguer son existence. Tout d'abord, le préjudice d'anxiété doit avoir été « *personnellement subi* »<sup>347</sup>, ce qui écarte la voie de l'indemnisation forfaitaire d'une collectivité de salarié<sup>348</sup>. Ensuite, la chambre sociale écarte toute espèce de présomption de préjudice résultant « *de la seule exposition au risque créé par une substance nocive ou toxique* »<sup>349</sup>. Dans un récent arrêt en date du 15 décembre 2021, elle admettait en revanche que la preuve du préjudice d'anxiété puisse trouver appui sur « *des attestations de proches faisant état de crises d'angoisses régulières, de peur de se soumettre aux examens médicaux, d'insomnies et d'un état anxio-dépressif* »<sup>350</sup>. Cette solution fait écho à une précédente, dans laquelle a été exclue la seule preuve du préjudice, par la consultation régulière d'un médecin, affirmation qui nous semble adéquate<sup>351</sup>. En effet, l'absence de consultation de professionnels de santé chez un ancien salarié travaillant au contact de substances toxiques, ne permet pas de déduire l'absence d'anxiété chez un individu<sup>352</sup>. Au contraire, c'est même plutôt la peur tiraillante d'un diagnostic

---

<sup>342</sup> D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « *Préjudice d'anxiété des travailleurs d'établissements non classés : l'avancée jurisprudentielle* », Dr. soc. 2019, p. 456.

<sup>343</sup> M. KEIM-BAGOT, « *Une nouvelle phase du contentieux sur le préjudice d'anxiété* », SSL n° 1941, 2021 : « *c'est en somme la réparation de l'angoisse résultant du fait de vivre avec une épée de Damoclès, en ayant conscience en permanence de sa présence* ».

<sup>344</sup> Définition donnée par le CNRTL : <https://www.cnrtl.fr/definition/anxiété>.

<sup>345</sup> X. AUMERAN, « *AT-MP, Préjudice d'anxiété des travailleurs : un nouveau départ* », JCP S n° 16, 1126, 2019, l'auteur regrette que l'anxiété ne soit pas reconnu comme étant une pathologie psychique par la cour de cassation pouvant être inscrite dans le tableau des MP.

<sup>346</sup> M. BACACHE, « *Le préjudice d'anxiété lié à l'amiante : une victoire en demi-teinte* », JCP n° 19, 508, 2019, évoque « *le caractère insaisissable de l'anxiété* ».

<sup>347</sup> Cass. ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442.

<sup>348</sup> L. DE MONTVALON, préc.

<sup>349</sup> Cass. soc., 13 oct. 2021, n° 20-16.584.

<sup>350</sup> Cass. soc., 15 déc. 2021, n° 20-11.046.

<sup>351</sup> Cass. soc., 4 déc. 2012, n° 11-26.294.

<sup>352</sup> De façon gén., « *le recours à des preuves de nature médicale afin d'éclairer le juge dans son analyse difficile de l'anxiété ressentie par une personne, est donc malaisé bien qu'il s'agisse de la solution la plus adaptée* », X. AUMERAN, op. cit.

positif qui amènerait très probablement un ancien travailleur à refuser de voir des spécialistes de la santé. En outre, les cours d'appel admettent très largement la preuve du préjudice par témoignages des proches, ainsi que les certificats médicaux attestant l'angoisse des anciens salariés<sup>353</sup>.

**175.-** L'utilisation de ces modes de preuve, et notamment des témoignages fournis par les proches de la victime est largement critiquable<sup>354</sup>. Dans quelle mesure ne violent-ils pas la règle selon laquelle nul ne peut se procurer une preuve à soi-même, qui interdit en principe au juge de reconnaître une valeur probante aux preuves émanant des plaideurs même ?

Par exemple, le témoignage du conjoint de la victime est à la limite de violer ce principe, et l'on devine aisément pourquoi : il pourrait procéder d'un arrangement entre les deux protagonistes. Par ailleurs, un auteur ajoute qu'une personne pourrait ne pas extérioriser son anxiété à même de faire témoigner ses proches, sans pour autant ne pas la ressentir<sup>355</sup>. Des « piétinements » probatoires, symptomatiques d'un fait trop difficile à apporter parce qu'éminemment subjectif, engendrent donc l'admissibilité de modes de preuve hautement contestables.

**176.-** La doctrine s'est emparée de cette difficulté et milite en faveur de la création d'une présomption de préjudice d'anxiété, qui découlerait de la preuve d'une exposition importante à une substance nocive et toxique<sup>356</sup>. Le postulat serait le suivant : toute personne exposée à l'amiante, ou à une substance toxique et nocive, ressentirait nécessairement de l'anxiété avec la prise de conscience de la dangerosité du matériau<sup>357</sup>. Les individus réagissant de manière différente à cette réalité, dès lors qu'ils apportent la preuve de leur exposition ainsi que du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, l'indemnisation de leur préjudice serait de droit, tandis que les juges du fond évalueront l'étendue de celui-ci<sup>358</sup>.

Plusieurs éléments seraient à même d'augmenter le montant de l'indemnisation, à savoir : l'existence d'attestations de proches, de certificats médicaux, d'un suivi médical<sup>359</sup>, la

---

<sup>353</sup> L. DE MONTVALON, préc.

<sup>354</sup> *Ibid.*

<sup>355</sup> *Ibid.*

<sup>356</sup> M. BACACHE, op. cit. Q. CHATELIER, op. cit. Avocate générale C. COURCOL-BOUCHARD, op. cit., p. 16. L. DE MONTVALON, préc.

<sup>357</sup> L. DE MONTVALON, préc.

<sup>358</sup> M. BACACHE, op. cit. Q. CHATELIER, op. cit. L. DE MONTVALON, préc.

<sup>359</sup> Un auteur relève cependant que plusieurs cours d'appel déclarent que les certificats et suivis médicaux sont indifférents, v. Q. CHATELIER, « *La réparation du préjudice d'anxiété en dehors du dispositif ACAATA : bilan jurisprudentiel* », SSL n° 1988, 2022.

survenance de maladies chez des collègues affectés au même poste de travail<sup>360</sup>, la durée de l'exposition<sup>361</sup>, la nature de la substance en cause, la qualité des équipements de protection fournis par l'employeur, les antécédents familiaux ou personnels, l'âge, l'environnement familial<sup>362</sup>.

**177.-** Par ailleurs, une décision récente du Conseil d'Etat est susceptible de remettre en question la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation<sup>363</sup>. Il a en effet décidé le 28 mars 2022 qu'en présence d'un risque élevé dû à l'inhalation de poussières d'amiante, le préjudice d'anxiété est caractérisé sans que l'intéressé doive apporter la preuve de manifestations de troubles psychologiques. Il y a donc là une présomption de préjudice d'anxiété nécessaire, dès lors que le travailleur a été soumis à un risque élevé de développer une pathologie grave<sup>364</sup>. Les différences de jurisprudence entre les deux institutions pourraient donc conduire la chambre sociale de la Cour de cassation à changer son exigence de preuve du préjudice d'anxiété personnellement subi. Cela permettrait d'assurer le principe d'égalité de traitement des victimes en évitant les divergences de solution en fonction de la juridiction qui a été saisie par le justiciable<sup>365</sup>. Affaire à suivre donc.

**178.-** En tout état de cause, le débat sur le préjudice d'anxiété alimente l'idée selon laquelle la technique présomptive est essentielle pour contourner les difficultés relatives à la preuve d'une situation subjective. En l'absence de présomption assiste-t-on à une tolérance de modes de preuve fort discutables et contestables. Comme toujours s'agissant de présomptions, elle repose sur un modèle abstrait, avec une forte probabilité qu'il puisse se concrétiser: à savoir l'angoisse d'un individu à l'annonce de son exposition à une substance toxique tout au long de sa vie professionnelle.

La présomption de préjudice d'anxiété ajoute une nouvelle dimension à la théorie du préjudice nécessaire : elle permettrait de sortir de l'impasse d'une preuve difficile à apporter.

**179.-** Son avantage est purement probatoire pour le salarié, et ne consiste plus à moduler les actions de l'employeur en le dissuadant de commettre des manquements graves. Enfin, il faut ajouter que le préjudice d'anxiété est l'occasion de mesurer les dimensions autres que

---

<sup>360</sup> M. KEIM-BAGOT, op. cit., SSL n° 1941, 2021.

<sup>361</sup> M. BACACHE, op. cit.

<sup>362</sup> L. DE MONTVALON, préc.

<sup>363</sup> CE, 28 mars 2022, n° 453378.

<sup>364</sup> F. CHAMPEAUX, « *Le Conseil d'Etat facilite la preuve de l'anxiété en présence d'un risque particulièrement important* », SSL n° 1996, 2022.

<sup>365</sup> M. BACACHE, op. cit.

juridiques, qui sous-tendent les solutions jurisprudentielles. Il est loin d'être fantaisiste de penser que les dernières réticences de la chambre sociale de la Cour de cassation dans la création d'une présomption de préjudice d'anxiété pour tous les salariés, s'expliquent pour des raisons économiques. Généraliser la présomption de préjudice d'anxiété conduirait les employeurs à indemniser automatiquement les anciens salariés qui en feraient la demande. Par conséquent, le coût financier d'un tel revirement serait significatif pour les anciens employeurs. D'où les dernières réticences de la chambre sociale.

Le rétablissement de la responsabilité civile de l'employeur au moyen d'une présomption irréfragable n'est pas l'apanage de la théorie du préjudice nécessaire. Il a aussi été rendu possible en matière de faute inexcusable de l'employeur, quoi que l'utilisation de la présomption irréfragable soit, dans ces cas de figure, moins opportune que symbolique.

## **Chapitre 2 : Rétablir symboliquement la responsabilité civile de l'employeur en reconnaissant sa faute inexcusable**

**180.-** En matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, la preuve de la faute inexcusable de l'employeur n'est pas aisée à apporter. Afin d'en faciliter la preuve pour les victimes, deux présomptions irréfragables de faute inexcusable ont été créées, dans des contextes spécifiques. D'abord, celle présidant à la situation d'un salarié subissant un accident du travail ou une maladie professionnelle alors qu'il avait alerté l'employeur du risque qui s'est finalement matérialisé (**Section 1<sup>ère</sup>**). Puis, celle déduite de la faute pénale de l'employeur (**Section 2<sup>ème</sup>**). On peut toutefois s'interroger sur leur réelle effectivité en droit positif, en l'occurrence, au regard de l'évolution de la définition de la faute inexcusable<sup>366</sup>.

### **Section 1<sup>ère</sup> : La présomption de faute inexcusable de l'employeur alerté d'un danger**

**181.-** En matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, il est acquis depuis 1898 que la responsabilité civile de l'employeur ne peut être engagée par le salarié, en échange de quoi existe une présomption simple du caractère professionnel de la maladie et de l'accident survenu au temps et au lieu de travail<sup>367</sup>. De ce « deal en béton », en découle

---

<sup>366</sup> V. §181-182.

<sup>367</sup> CSS, art. L. 451-1.

cependant une absence de réparation de l'intégralité du préjudice subi par le salarié<sup>368</sup>. Toutefois, l'immunité civile de l'employeur tombe lorsqu'il commet une faute inexcusable, permettant ainsi à la victime ou à ses ayants droit de bénéficier d'une indemnisation complémentaire dans les conditions prévues aux articles L. 452-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

Définie par la jurisprudence, la faute inexcusable était auparavant celle d'une « *exceptionnelle gravité, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant par le défaut d'un élément intentionnel* »<sup>369</sup>.

**182.-** Sur le terrain de la preuve, la faute inexcusable était difficile à apporter, dans la mesure où elle impliquait de rapporter deux éléments objectifs (la gravité exceptionnelle de la faute et l'absence de justification) et trois éléments subjectifs (acte ou omission volontaire, conscience du danger, absence d'intention)<sup>370</sup>. Depuis les très célèbres arrêts « Amiante », la faute inexcusable suppose la démonstration que « *l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* »<sup>371</sup>. Cette définition qui était retenue en matière de maladies professionnelles, fut étendue aux accidents de travail<sup>372</sup>. Désormais, tout manquement à « *l'obligation légale de sécurité et de protection de la santé* » à laquelle l'employeur est tenu envers le salarié a le caractère de faute inexcusable lorsque l'employeur « *avait ou aurait dû avoir conscience du danger et n'a pas pris les mesures nécessaires pour en préserver son personnel* »<sup>373</sup>.

**183.-** Il revient au salarié d'établir la preuve de la faute inexcusable de l'employeur, en apportant la preuve de trois éléments : la conscience du danger, l'absence de mesure protectrice, et le lien de causalité entre les deux<sup>374</sup>. Toutefois, le législateur, soucieux de protéger les salariés les plus exposés, a créé deux présomptions de faute inexcusable afin de faciliter la preuve de la démonstration de la faute inexcusable. Ainsi, à côté de l'article L. 4154-3 du Code du travail créant une présomption de faute inexcusable au profit des salariés précaires lorsqu'ils sont

---

<sup>368</sup> M. KEIM-BAGOT, « *Agression physique et faute inexcusable : redéfinition de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le droit de la sécurité sociale* », JCP S, n° 45, 2020.

<sup>369</sup> Cass. ch. réunies, 15 juill. 1941 : Bull. civ. 1941, ch. réunies, n° 183.

<sup>370</sup> E. JEANSEN, Droit de la protection sociale, LexisNexis 4<sup>ème</sup> éd., 2021, p. 353 et s.

<sup>371</sup> Cass. soc., 28 février 2002, n° 99-17.201

<sup>372</sup> D. ASQUINAZI-BAILLEUX, Synthèse Régime général : ATMP. Réparation et recours, JCI Protection sociale, 2022.

<sup>373</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 oct. 2020, n° 18-25.021.

<sup>374</sup> E. JEANSEN, Droit de la protection sociale, LexisNexis 4<sup>ème</sup> éd., 2021, p. 353 et s.

affectés à un poste à risque, trouve-t-on, à l'article L. 4131-4 du Code du travail, la présomption irréfragable de faute inexcusable si le risque réalisé avait été au préalable signalé<sup>375</sup>. Plus précisément, le texte fait bénéficier au salarié victime d'un AT-MP d'une présomption de faute inexcusable alors que lui « *ou un représentant au personnel au CSE avaient signalé à l'employeur le risque qui s'est matérialisé* ».

**184.-** Cette présomption a une particularité notable : elle est enserrée entre l'alerte donnée par le salarié, ou une personne tierce, et la réaction de l'employeur. De sorte que, si l'employeur finit par agir, le salarié perd le bénéfice de la présomption<sup>376</sup>. Cette dernière constitue classiquement un déplacement de l'objet de la preuve. Ainsi, le salarié n'a plus à faire la preuve de la faute inexcusable de l'employeur, et notamment rapporter la preuve difficile de sa conscience du danger, mais celle de son « signalement »<sup>377</sup>.

**185.-** Là-dessus, cette notion a pu faire naître quelques interrogations, particulièrement en raison de son imprécision<sup>378</sup>. En effet, que recoupe le terme de signalement ? La question s'est notamment posée dans un arrêt où un salarié avait été victime d'une violente agression après avoir reçu une lettre de menaces laconique et anonyme<sup>379</sup>. La cour d'appel avait écarté la qualification de signalement, s'appuyant sur l'article L. 4131-1 du Code du travail, selon lequel l'exercice d'un droit de retrait est subordonné à l'alerte donnée par le salarié à son employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie et sa santé.

A l'appui de cet argument, pouvait-on soutenir que les articles L. 4131-1 et L. 4131-4 apparaissent dans le Code du travail sous le même intitulé<sup>380</sup>. Ce n'est toutefois pas ce que retient la Cour de cassation qui a une lecture autonome de l'article L. 4131-4 du Code du travail, et qui affirme que la notion de signalement est indépendante d'une situation de danger grave et imminent<sup>381</sup>. Affirmation que regrette un auteur, pour qui il est dangereux d'instaurer une présomption de faute inexcusable, et donc d'engager la responsabilité de l'employeur, sur une

---

<sup>375</sup> Ici, les propos ne porteront pas sur la présomption des salariés précaires car elle est mixte. Il est en effet possible pour l'employeur de s'exonérer de sa responsabilité uniquement s'il démontre qu'il a dispensé au salarié la formation renforcée à la sécurité prévue par l'art. L. 4154-2 du Code du travail. V. R. BOUVET, C. CIUBA, « *AT-MP- Postes à risques et présomption de faute inexcusable de l'employeur* », JCP S n° 47, 2018, 1383.

<sup>376</sup> L. DE MONTVALON, « *Sur la présomption de faute inexcusable de l'employeur alerté d'un danger* », SSL, n° 1967, 2021.

<sup>377</sup> M. KEIM-BAGOT, préc.

<sup>378</sup> V. les remarques de L. DE MONTVALON, SSL, n° 1967, 2021, préc. B. FIESCHI, « *Agression et présomption irréfragable de faute inexcusable* », JCP S n° 38, 2021, 1232.

<sup>379</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 juill. 2021, n° 19-25.550.

<sup>380</sup> L. DE MONTVALON, SSL n° 1967, 2021, préc. B. FIESCHI, préc.

<sup>381</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 juill. 2021, n° 19-25.550.

notion aussi générale que celle du signalement<sup>382</sup>. Surtout, il faut un lien de causalité entre le signalement et la matérialisation de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle<sup>383</sup>. Si bien que, tolérer un signalement qui pourrait potentiellement recouper plusieurs réalités, facilite l'existence du lien entre ce dernier et la matérialisation du risque. En somme, les Hauts Magistrats ont une lecture de la présomption de faute inexcusable très défavorable à l'employeur, puisqu'elle peut être appliquée très facilement. De ce fait, la présomption aura tendance à renforcer l'effectivité des mesures de prévention prises par l'employeur afin d'endiguer le risque, surtout au regard de la sévérité de la sanction automatique qui attend l'employeur s'il reste inactif face au signalement<sup>384</sup>.

**186.-** On peut toutefois s'interroger sur la pertinence de la présomption de faute inexcusable à l'heure où la définition de la faute inexcusable a évolué. Est-elle encore aujourd'hui indispensable pour contraindre l'employeur à prendre les mesures nécessaires pour protéger ses salariés ? Rappelons-le, la démonstration de la faute inexcusable commande notamment la preuve de la conscience du danger qu'aurait eu l'employeur. Or, si le salarié rapporte la preuve qu'il a signalé un risque, en découle subséquemment la preuve de la conscience du danger de l'employeur, ainsi que de son inaction<sup>385</sup>. En d'autres termes, signaler un risque à l'employeur, c'est prouver qu'il en a eu conscience, tandis que la matérialité de l'accident ou de la maladie professionnelle finit de démontrer l'absence de mesures de prévention.

A noter que cette dernière affirmation n'est pas du tout cautionnée par un auteur, pour qui dire que la preuve d'un signalement d'un risque équivaut à établir l'absence de mesure de prévention reviendrait à astreindre l'employeur à une obligation de sécurité de résultat<sup>386</sup>. Potentiellement, l'employeur pourrait avoir pris des mesures de prévention qui n'auraient toutefois pas abouties<sup>387</sup>. Une critique que l'on pourrait adresser à cette opinion est qu'elle ait mis de côté qu'il s'agit d'une présomption irréfragable. L'employeur n'est pas autorisé à

---

<sup>382</sup> B. FIESCHI, préc.

<sup>383</sup> B. FIESCHI, préc.

<sup>384</sup> L. DE MONTVALON, préc.

<sup>385</sup> P-Y. VERKINDT, « Une illustration du lien entre droit de la sécurité sociale et droit du travail : les présomptions de faute inexcusable et l'impératif de prévention », RDSS 2008, p. 1140 : « le fait pour l'employeur d'avoir été averti et de n'avoir rien fait, nous ramène aux deux critères cumulatifs actuels de la faute inexcusable : la conscience du danger et l'absence de mesures nécessaires pour prévenir l'accident ou la maladie ».

<sup>386</sup> A. TARDIF, « La présomption irréfragable de faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail survenu à la suite d'un signalement du salarié victime », JCP E, n° 50, 2021.

<sup>387</sup> A. TARDIF, préc. Voir aussi M. KEIM-BAGOT sur les évolutions de l'obligation de sécurité de l'employeur, préc.

prouver qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour endiguer le risque qui s'est finalement matérialisé. Dès lors, il apparaît que cette obligation de sécurité de résultat est consubstantielle au caractère irréfragable de la présomption de faute inexcusable. La preuve du signalement d'un risque et sa réalisation fait automatiquement présumer la faute inexcusable de l'employeur, sans qu'il ait la possibilité de s'affranchir de l'engagement de sa responsabilité. Somme toute, il semble que le législateur ait souhaité alourdir l'obligation de sécurité de moyens renforcés qui pèse sur l'employeur, afin de le faire agir dès le signalement du risque par le salarié (ou une tierce personne).

**187.-** Si la présomption irréfragable de faute inexcusable renforce l'effectivité de l'obligation de sécurité de l'employeur, on peut toutefois aujourd'hui s'interroger sur son utilité. Comme évoqué précédemment, la présomption n'empêche pas le salarié de passer par le droit de la sécurité sociale, et de démontrer classiquement la preuve de la conscience du danger de l'employeur, ainsi que l'absence de mesures nécessaires prises par lui<sup>388</sup>. Un auteur souligne à juste titre que rares sont les contentieux qui s'appuient sur l'article L. 4131-4 du Code du travail, les salariés se tournant davantage vers le droit commun par l'intermédiaire de l'article L. 451-1 du Code de sécurité sociale<sup>389</sup>.

Finalement, les évolutions jurisprudentielles de la définition de la faute inexcusable rendent l'existence de la présomption irréfragable moins vitale qu'elle n'a pu l'être à une époque, en termes de renforcement de l'effectivité du droit. Tout au plus conserve-t-elle aujourd'hui une portée plus symbolique qu'utilitaire. Supprimer la présomption des textes n'aurait, au total, que peu de conséquences sur le droit positif. Ce constat vaut également pour la présomption de faute inexcusable déduite de la faute pénale.

---

<sup>388</sup> M. KEIM-BAGOT, préc.

<sup>389</sup> L. DE MONTVALON, préc.

## Section 2<sup>ème</sup> : La présomption de faute inexcusable déduite de la faute pénale

**188.-** En matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles existe une seconde présomption irréfragable de faute inexcusable, celle déduite de la faute pénale. Son existence même a été discutée en doctrine, jusqu'à un arrêt de confirmation du 11 octobre 2018.

Avant d'introduire les caractéristiques de cette présomption, il faut revenir sur le principe jurisprudentiel selon lequel existe une identité de la faute pénale et de la faute civile, qui est le corollaire du principe de primauté du criminel sur le civil<sup>390</sup>. Ce principe permettait la reconnaissance automatique de la faute inexcusable de l'employeur au civil, lorsqu'il avait commis une faute pénale, et *a contrario*, interdisait la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur en l'absence de faute pénale. Ce dernier élément étant plus problématique.

La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 a donc tenté d'y mettre un terme en consacrant la dualité de la faute pénale et de la faute civile<sup>391</sup>. Depuis, il est acquis qu'en matière d'AT-MP, la relaxe du chef d'entreprise n'est plus un obstacle à la recherche de sa faute inexcusable au civil<sup>392</sup>.

**189.-** Toutefois, l'article 4-1 du code de procédure pénale laissait subsister un doute sur son interprétation. Soit l'on considérait que seules les décisions de relaxe de l'employeur permettaient au juge civil de s'affranchir de la chose jugée au pénal, mais qu'en cas de faute pénale caractérisée, le juge civil devait en déduire l'existence d'une faute civile<sup>393</sup>. Soit, on tenait le principe de l'autonomie de la faute pénale par rapport à la faute civile pour absolu, si bien que le juge civil ne serait pas lié par les constatations du juge pénal<sup>394</sup>. C'est finalement la première approche qui a été retenue par la Cour de cassation en 2018, qui retient que la chose jugée au pénal s'impose au juge civil et que « *l'employeur définitivement condamné pour un homicide involontaire commis, dans le cadre du travail, sur la personne de son salarié et dont la faute*

---

<sup>390</sup> Arrêt *Brochet et Deschamps*, Cass. civ., 18 déc. 1912, D. 1915, 1, p. 17.

<sup>391</sup> D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « *Accidents du travail et maladies professionnelles, l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil emporte présomption de faute inexcusable* », JCP S n° 46, 2018. Désormais existe l'article 4-1 dans le Code de procédure pénale selon lequel « l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du Code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1241 du Code civil, si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie ».

<sup>392</sup> Cass. soc., 12 juill. 2001, n° 99-18.375.

<sup>393</sup> D. ASQUINAZI-BAILLEUX, JCP S n° 46, 2018.

<sup>394</sup> C'est cette approche qui a été choisie dans l'arrêt Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 mars 2012, n° 10-15.503.

*inexcusable est recherchée, doit être considéré comme ayant eu conscience du danger auquel celui-ci était exposé et n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* »<sup>395</sup>.

**190.-** En découle donc une présomption irréfragable de faute inexcusable de l'employeur<sup>396</sup>. Il est intéressant de constater que cette présomption est une interprétation *contra legem* de l'objet de la loi du 10 juillet 2000, puisque l'unicité entre la faute pénale et civile est finalement retenue<sup>397</sup>. De ce fait, on ne peut que s'interroger sur sa légalité. Dans quelle mesure une présomption d'origine jurisprudentielle peut-elle adopter une lecture *a contrario* des textes législatifs ? Il y a là une anomalie juridique. D'autant qu'elle ne semble pas être justifiable par un impératif d'effectivité du droit positif.

A l'époque de l'ancienne définition de la faute inexcusable<sup>398</sup>, un employeur pouvait échapper à l'engagement de sa responsabilité civile en sa qualité d'auteur indirect de l'infraction<sup>399</sup>. En effet, la faute inexcusable impliquait que l'employeur ait eu un rôle direct dans la réalisation de l'accident<sup>400</sup>. Avant la loi de 2000, la faute pénale était un moyen utile pour échapper aux conditions de la démonstration de la faute inexcusable, et faire reconnaître automatiquement la faute civile de l'employeur. Or, après l'affirmation de l'autonomie de ces deux notions, existait un risque de ne pas pouvoir engager la responsabilité civile d'un employeur impliqué indirectement dans un AT-MP. Dans un tel contexte, l'édiction de la présomption de faute inexcusable déduite de la faute pénale aurait pris tout son sens et aurait contribué à rétablir la responsabilité civile de l'employeur. Cependant, le changement de définition de la faute inexcusable a évacué ce problème. Un employeur, même impliqué indirectement dans une infraction, peut voir reconnaître sa faute inexcusable, indépendamment de sa faute pénale.

**191.-** Aujourd'hui, la présomption de faute inexcusable déduite de la faute pénale n'est donc plus indispensable au salarié pour lui assurer d'engager la responsabilité civile de l'employeur. Si bien qu'à l'heure actuelle, rien ne semble justifier l'édiction d'une présomption jurisprudentielle *contra legem*. Sur un plan juridique, elle n'est pas acceptable.

---

<sup>395</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 oct. 2018, n° 17-18.712.

<sup>396</sup> D. ASQUINAZI-BAILLEUX, JCP S n° 46, 2018.

<sup>397</sup> *Ibid.*

<sup>398</sup> V. § 182.

<sup>399</sup> D. ASQUINAZI-BAILLEUX, préc. cit. G. VACHET, « *L'incidence de la loi du 10 juill. 2000 relative aux délits non intentionnels sur la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur* »: Dr. soc. 2001, P. 47.

<sup>400</sup> D. ASQUINAZI-BAILLEUX, JCP S n° 46, 2018.

**192.-** Les présomptions irréfragables sont ainsi un outil implacable pour rétablir la responsabilité civile de l'employeur. Tantôt sont-elles indispensables pour l'engager en l'absence d'éléments constitutifs traditionnels à même de la déclencher, tantôt ont elles une valeur moins nécessaire que symbolique. En tout état de cause, elles font barrage aux comportements malveillants de l'employeur et sanctuarisent un pan des droits substantiels du salarié, décrétés comme « intouchables » par les autorités normatives. La sanctuarisation d'un pan du droit est une fonction inhérente aux présomptions irréfragables et ne concerne pas seulement la mise en mouvement de la responsabilité civile de l'employeur. Elle permet aussi d'empêcher la contestation de certains faits juridiques, or cette fonction est essentielle en droit social, et ce, à bien des égards.

## **Titre 2 : Empêcher la contestation d'un fait juridique**

**193.-** L'intérêt d'édicter des présomptions irréfragables, pour les autorités normatives, ne résident pas exclusivement dans le rétablissement de la responsabilité civile de l'employeur. Moins spécifique au droit social, l'usage de telles présomptions permet surtout d'empêcher les justiciables de contester un fait juridique, en les interdisant d'apporter un moyen de preuve susceptible de démontrer la preuve contraire. Par conséquent, la présomption irréfragable fixe définitivement une situation de fait. La seule façon de réussir à l'annihiler, est de combattre la présomption dans ses soubassements, c'est-à-dire de démontrer en quoi les éléments constitutifs de la présomption ne sont pas réunis, en somme, que le fait initial n'a pas été démontré par le demandeur<sup>401</sup>. Autrement, la présomption subsiste, quitte à instaurer une fiction juridique<sup>402</sup>.

**194.-** En droit du travail, la présomption irréfragable la plus célèbre, autre que celles rétablissant la responsabilité civile de l'employeur, est sans aucun doute l'ancienne présomption de représentativité. La représentativité peut être définie comme étant l'aptitude reconnue à un syndicat professionnel d'être le porte-parole des salariés dont il prétend défendre et promouvoir les intérêts<sup>403</sup>. Jusqu'à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, la représentativité était une condition unique pour permettre aux syndicats de jouir de leurs principales prérogatives<sup>404</sup>. Parmi ces derniers, cinq

---

<sup>401</sup> A. AYNES, X. VUITTON, op.cit., p. 53 et s.

<sup>402</sup> *Ibid.*

<sup>403</sup> G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, op. cit., pt. 1092.

<sup>404</sup> *Ibid.*

syndicats bénéficiaient d'une présomption irréfragable de représentativité depuis 1948 (1966 pour la CFDT): la CGT, la CGT-FO, la CFTC, la CGC et enfin la CFDT<sup>405</sup>. Leur représentativité était assurée, tant au niveau national qu'à tous les niveaux inférieurs, et était permise par une décision du ministre chargé du travail, tandis que les autres organisations syndicales devaient prouver leur représentativité sur la base de cinq critères (effectifs, indépendance, cotisations, expérience, ancienneté, audience)<sup>406</sup>. Cependant, postérieurement à 1966, de nouveaux acteurs ont pris de l'importance dans certaines branches professionnelles (notamment SUD ou l'UNSA), tant et si bien que rien ne justifiait plus la continuité d'une telle discrimination entre les différentes organisations syndicales<sup>407</sup>. Afin de gagner en légitimité démocratique, les différentes organisations syndicales - même celles bénéficiant de la présomption irréfragable de représentativité- ont fait mention dans une position commune en date du 9 avril 2008 de leur souhait de voir la présomption supprimée, ce que la loi du 20 août 2008 a finalement instauré<sup>408</sup>. La disparition de la présomption irréfragable de représentativité impliquait de procéder à une appréciation périodique de la représentativité de toutes les organisations syndicales, sur la base de l'ensemble des critères de représentativité<sup>409</sup>, afin d'asseoir leur légitimité démocratique, désormais tirée des urnes des élections professionnelles.

De cet exemple, il est loisible d'affirmer que le caractère irréfragable d'une présomption permet de fixer définitivement un pouvoir, ou une autorité, sans possibilité d'une remise en cause. Dans certains cas, à l'instar de celui relatif à la représentativité, où la légitimité est moins démocratique qu'automatique, la présomption irréfragable a fini par desservir ceux à qui elle bénéficiait.

**195.-** Dans d'autres cas, en revanche, la présomption irréfragable sert de rempart sécuritaire contre les remises en cause illégitimes d'une autorité. En témoigne l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 3326-1 du Code du travail qui interdit les remises en cause du montant du bénéfice et des capitaux propres de l'entreprise établis par une attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes. Sur ce fondement, la chambre sociale de la Cour de cassation a, à plusieurs reprises<sup>410</sup>, posé une présomption irréfragable de validité de ces montants qui ne

---

<sup>405</sup> Avis Ass. nat. n° 999, J-P. ANCIAUX, 25 juin 2008.

<sup>406</sup> Rapport Ass. nat., n° 992, J-F. POISSON, 25 juin 2008.

<sup>407</sup> Rapport Ass. nat., n° 992, J-F. POISSON, 25 juin 2008.

<sup>408</sup> G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, op. cit., pt. 1092.

<sup>409</sup> *Ibid.*

<sup>410</sup> Cass. soc., 24 nov. 1982, n° 81- 13195 ; Cass. soc., 8 déc. 2010, n° 09-65810 ; Cass. soc., 28 févr. 2018, n° 16-50.015.

peuvent être remis en cause à l'occasion des litiges relatifs au calcul de la participation<sup>411</sup>. La finalité d'une telle présomption réside dans la volonté de mettre fin aux perpétuelles remises en cause des normes comptables, émanant soit des salariés, soit des actionnaires<sup>412</sup>. L'objectif sous-jacent est de maintenir des normes comptables objectives, élaborées par un tiers à l'entreprise, certifiées comme étant « régulières, sincères et donnant une image fidèle du patrimoine », de la situation financière et du résultat de l'entreprise<sup>413</sup>. Par conséquent, l'instauration d'une présomption irréfragable de validité des montants fixés par le commissaire aux comptes ou l'inspecteur des impôts, interdit les remises en cause d'un document produit par de telles autorités légitimes. Elle constitue un rempart dont il faut se réjouir, quand bien même subsisteraient les hypothèses de tentatives de fraude, ou d'erreurs de calcul, ces potentialités restent exceptionnelles. Bien plus problématique aurait été de laisser une fenêtre de tir aux intéressés pour contester le montant des chiffres, ce qui aurait alimenté un contentieux sempiternel. C'est donc la fonctionnalité de tout un système qui commande l'instauration d'une présomption irréfragable, afin de laisser des îlots de faits incontestables nécessaires pour qu'il ait cours.

**196.-** De façon analogue, un ordre juridique peut réclamer le recours à une présomption irréfragable pour définir des notions qui ne peuvent être contestées, dans la mesure où elles constituent ce que l'on pourrait appeler des axiomes. L'article L. 2331-1 du Code du travail<sup>414</sup> illustre cette hypothèse en présumant irréfragablement établie l'influence dominante d'une entreprise sur d'autres, en présence d'une réunion de certaines circonstances<sup>415</sup>. Ainsi, la notion d'influence dominante ne souffre d'aucune possibilité de contestation, et peut servir pour délimiter le périmètre d'un groupe de sociétés<sup>416</sup>. Ces axiomes ne peuvent être remis en cause,

---

<sup>411</sup> S. JUBE, « Réserve spéciale de participation : un problème de calcul », D. 2018, 1953. G. KESZTENBAUM, « Litiges sur la réserve spéciale de participation », La chronique juridique d'Avosial n° 1137, 2013, p. 33. J. SIRO, « Réserve spéciale de participation : contenu de l'attestation du commissaire aux comptes », AJD, 21 févr. 2013.

<sup>412</sup> S. JUBE, préc.

<sup>413</sup> *Ibid.*

<sup>414</sup> « L'existence d'une influence dominante est présumée établie, sans préjudice de la preuve contraire, lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement : peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction, ou de surveillance d'une autre entreprise, ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise ; ou détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise ».

<sup>415</sup> D. GUEVEL, op. cit., pt. 100.

<sup>416</sup> H. TISSANDIER, « Licenciement pour motif économique : notion de groupe de sociétés et cause économique du licenciement : un début de clarification », JSL n° 423, 2017.

car d'autres droits s'y fondent, à l'instar du droit du licenciement pour motif économique<sup>417</sup>. Le recours à une présomption irréfragable s'avère en définitive nécessaire dans ces hypothèses. Notons tout de même qu'à la différence des présomptions-postulat simples, dont il a été question précédemment dans ce mémoire, les axiomes sanctuarisés par les présomptions irréfragables n'ont pas vocation à être judiciairisés. Ils ne peuvent être remis en cause devant le juge, car l'équilibre du système de droit social en dépend, tandis que les présomptions-postulat sont propres à une procédure spécifique et particulière, et n'affectent pas l'équilibre du droit social si, d'aventure, elles venaient à être renversées.

**197.-** Enfin, une dernière dimension à coloration plus punitive de l'utilisation des présomptions irréfragables en droit social doit être mentionnée : il s'agit des irrégularités commises par l'employeur, sanctionnées par la requalification automatique en contrat à durée indéterminée prévu par l'article L. 1245-1 du Code du travail<sup>418</sup>. Toutes les irrégularités ne sont pas sanctionnées automatiquement par une présomption irréfragable. Certaines subissent même des revirements jurisprudentiels, à l'instar de la présomption d'application de la convention collective mentionnée sur le bulletin de paie, qui n'est plus irréfragable mais simple<sup>419</sup>. En l'occurrence, la chambre sociale de la Cour de cassation a voulu moduler sa sanction eu égard à la forte possibilité d'une simple erreur commise par l'employeur<sup>420</sup>.

Toutefois, d'autres irrégularités sont considérées comme inacceptables, si bien que l'autorité normative estime que l'employeur ne peut apporter un moyen de preuve à même de démontrer que le contrat est à durée déterminée. C'est par exemple le cas du contrat à durée déterminée conclu sans écrit<sup>421</sup>, de l'absence de terme précis lorsqu'il est obligatoire<sup>422</sup>, ou du recours illicite au CDD pour remplacer des grévistes<sup>423</sup>. La menace de la requalification d'un contrat en CDI dissuade l'employeur de commettre certaines irrégularités, tandis que la requalification effective du contrat en est la sanction. La fixation définitive d'une situation

---

<sup>417</sup> H. TISSANDIER, « *Licenciement pour motif économique : notion de groupe de sociétés et cause économique du licenciement : un début de clarification* », JSL n° 423, 2017.

<sup>418</sup> Pour une liste exhaustive des cas d'irrégularités sanctionnées automatiquement par la requalification : v. *Présomptions irréfragables, Liaisons sociales, Les Thématiques*, n° 62, 2018, pt. 119.

<sup>419</sup> P. POCHET, « *La présomption d'application de la convention collective mentionnée sur le bulletin de paie n'est pas irréfragable* », JCP n° 2, 2008, 10010. G. VACHET, « *La présomption d'application de la convention collective mentionnée sur le bulletin de paie n'est pas irréfragable* », JCP S n° 7, 2008, 1102.

<sup>420</sup> *Ibid.*

<sup>421</sup> C. ROY-LOUSTAUNAU, « *La sanction du contrat à durée déterminée conclu sans écrit : une présomption irréfragable de contrat à durée indéterminée* », JCP E n° 42, 1996, 866.

<sup>422</sup> Art. L. 1242-7 C. trav.

<sup>423</sup> Art. L. 1242-6 C. trav.

permise par la présomption irréfragable peut donc adopter les allures d'une punition, ici à l'encontre d'un employeur inattentif ou malintentionné.

**198.-** En somme, les présomptions irréfragables servent le droit social à bien des égards. Notamment, parce qu'elles sanctuarisent certains pans de la matière, à la manière d'axiomes qui ne peuvent être contestés et sur lesquels reposent l'équilibre systémique de la matière. Dans un registre analogue, elles peuvent empêcher les justiciables de contester une autorité, évitant ainsi les sempiternels contentieux. Enfin, faisant écho au titre premier de cette deuxième partie, les présomptions irréfragables peuvent endosser l'habit de la sanction en fixant définitivement une situation défavorable au justiciable fautif. Au total, le définitif, permis par le caractère irréfragable des présomptions, consacre, à sa manière, l'effectif du droit social.

## Conclusion générale

199.- Plus de vingt ans après la thèse de Valérie LE BALCH portant le même titre que ce mémoire, on se surprendra à tirer les mêmes conclusions en matière de présomptions appliquées au droit social<sup>424</sup>. Ce qui était prédit arriva, l'utilisation des présomptions connaît encore aujourd'hui un succès croissant auprès des autorités normatives, qui les édictent volontiers dans une multiplicité d'hypothèses.

Certes, la plurivocité attachée au terme « présomption » n'y est pas étrangère. Mais c'est surtout les multiples utilisations qu'offrent les présomptions qui les rendent si indispensables au droit social. Elles permettent notamment d'établir un pouvoir, d'identifier une situation, de fixer une qualification, ou encore, d'exclure un individu des dispositions travaillistes.

Leur consécration rend possible la constitution d'exceptions à un principe ou à une règle, sans que l'autorité normative ait besoin de créer de nouvelles distinctions substantielles, à l'instar des présomptions d'absence de contrat de travail, autorisant le législateur à ne pas créer de troisième voie, à mi-chemin entre le salariat et le non-salariat.

Surtout, c'est l'équilibre d'une situation, et plus largement, d'un système, que les présomptions permettent de parachever. En ce sens, l'autorité normative sonde les difficultés récurrentes propres à une situation donnée, avant d'y instaurer un « correctif » qu'est la présomption. Dans la plus grande majorité des cas, les présomptions viennent au soutien de normes substantielles de droit social déjà existantes, afin d'améliorer leurs portées. Ainsi, les présomptions ajustent, corrigent et adaptent l'existant à des situations bien particulières, dont le déséquilibre méritait, selon les autorités normatives, d'être combattu.

En outre, une forte dimension politique, voir politico-économique, innerve les présomptions. Toutes les situations de déséquilibre, où un protagoniste est en position de force par rapport à un autre, ne conduisent pas systématiquement à la consécration d'une présomption. D'autres facteurs, autres que juridiques, rentrent en ligne de compte, par exemple, s'agissant des dernières réticences de la chambre sociale de la Cour de cassation à consacrer une présomption de préjudice d'anxiété, celles-ci semblent s'expliquer par la volonté de ne pas infliger des coûts économiques trop importants aux anciens employeurs. *A contrario*, édicter une présomption peut aussi revêtir une forte connotation politique, par exemple, les présomptions de faute inexcusable assoient une politique éminemment sécuritaire.

---

<sup>424</sup> V. V. LE BALCH (1999), op. cit., conclusion générale.

Par ailleurs, les présomptions ne font pas qu'améliorer des normes, elles en créent aussi, à l'instar des présomptions de salariat. Elles sanctuarisent également certains pans du droit, devant nécessairement rester « intouchables » afin d'assurer la pérennité du droit social. Enfin, elles contribuent au bon-déroulé des procédures, en réputant acquis certains de ses jalons, afin de donner aux justiciables des points de repères.

La plasticité inhérente à la présomption l'adapte à tous les cas de figure, si bien qu'au fur et à mesure, le mécanisme juridique finit par recouper d'autres acceptations. En témoigne les présomptions de discrimination ou de harcèlement, consistant en un déplacement de l'objet de la preuve, non plus vers un fait circonscrit, mais vers un faisceau de faits. L'effectivité du droit de la non-discrimination et du non-harcèlement commandait, en quelque sorte, la création d'une présomption « sur-mesure », propre à ces matières.

Comme l'évoquait il y a quelques années Valérie LE BALCH, à mesure que la technique présomptive est adossée à de nouvelles réalités juridiques, sa signification évolue. A notre tour, nous gageons sans trop de difficultés que le terme « présomption » recouvrira, par la suite, de nouvelles réalités, pourquoi pas jusqu'à perdre ses derniers reliquats de connotation civiliste.

## Table des matières

<b>Introduction .....</b>	<b>1</b>
<b>Première partie : Rétablir l'égalité des armes par la présomption simple .....</b>	<b>10</b>
Titre 1 <sup>er</sup> : La présomption comme palliatif à l'inégalité d'accès à la preuve .....	10
Chapitre 1 <sup>er</sup> : La difficulté probatoire à établir la matérialité des faits .....	11
Chapitre 2 <sup>nd</sup> : La détention des preuves par la partie adverse .....	16
Titre 2 <sup>ème</sup> : La présomption comme technique d'allègement probatoire.....	20
Chapitre 1 <sup>er</sup> : Les présomptions comme dérogations aux règles de preuve .....	20
Section 1 <sup>ère</sup> : Le déplacement de l'objet de la preuve .....	20
Sous-section 1 <sup>ère</sup> : Vers des faits circonscrits.....	21
Sous-section 2 <sup>ème</sup> : Vers un faisceau d'indices .....	27
Section 2 <sup>ème</sup> : Le renversement de la charge de la preuve .....	32
Chapitre 2 <sup>ème</sup> : Les présomptions comme mode de preuve.....	34
Chapitre 3 <sup>ème</sup> : Les présomptions-postulat.....	36
<b>Seconde partie : Assurer l'efficacité de la règle de droit par la présomption irréfragable .....</b>	<b>44</b>
Titre 1 <sup>er</sup> : Assurer le respect de la règle de droit par l'employeur à l'égard du salarié.....	44
Chapitre 1 <sup>er</sup> : Rétablir effectivement la responsabilité civile de l'employeur en appliquant la théorie du préjudice nécessaire .....	45
Section 1 <sup>ère</sup> : La responsabilité automatique de l'employeur au moyen de la présomption de préjudice .....	46
Sous-section 1 <sup>ère</sup> : La multiplicité des hypothèses de présomption de préjudice en droit du travail.....	46
Sous-section 2 <sup>ème</sup> : La méconnaissance des règles de responsabilité civile .....	48
Section 2 <sup>ème</sup> : Un retour en demi-teinte des règles de responsabilité civile .....	54
Sous-section 1 <sup>ère</sup> : La présomption maintenue en cas de manquement grave à une obligation essentielle.....	55

Sous-section 2 <sup>ème</sup> : La présomption maintenue selon l'existence textuelle d'une indemnité .....	59
Section 3 <sup>ème</sup> : La question de la reconnaissance du préjudice d'anxiété.....	62
Chapitre 2 <sup>ème</sup> : Rétablir symboliquement la responsabilité civile de l'employeur en reconnaissant sa faute inexcusable.....	68
Section 1 <sup>ère</sup> : La présomption de faute inexcusable de l'employeur alerté d'un danger .....	68
Section 2 <sup>ème</sup> : La présomption de faute inexcusable déduite de la faute pénale.....	73
Titre 2 <sup>ème</sup> : Empêcher la contestation juridique d'un fait.....	75
<b>Conclusion générale : .....</b>	<b>80</b>

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **Ouvrages généraux**

- G. AUZERO,  
D. BAUGARD,  
E. DOCKES** Droit du travail, Précis Dalloz, 35<sup>ème</sup> édition, 2022.
- A. AYNES  
X. VUITTON** Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle, Droit et professionnels, LexisNexis 2013.
- E. JEANSEN** Droit de la protection sociale, LexisNexis 4<sup>ème</sup> éd., 2021.
- P. MALAURIE  
P. MORVAN** Introduction au droit, coll. Droit civil LGDJ, Lextenso, 8<sup>ème</sup> éd. 2020.

### **Ouvrages collectifs**

- J. ICARD** « Le préjudice nécessaire en droit du travail » in : A. MAZOUZ, E. GARDOUNIS, A. DUMERY, « Les évolutions contemporaines du préjudice », l'Harmattan, 2019.
- G. LARDEUX** « Les présomptions en droit privé, miroir du droit probatoire », in : A-B CAIRE, Les présomptions, Les artifices du droit (III), Centre Michel de l'Hospital, 2020.

### **Répertoires, encyclopédies, traités, dictionnaires**

- D. ASQUINAZI-  
BAILLEUX** Synthèse – Régime général : ATMP. Réparation et recours. JurisClasseur Protection sociale, Traité.
- G. CORNU** Vocabulaire juridique, 11<sup>ème</sup> édition, Puf, 2016.
- E. JEANSEN** Salariat, JurisClasseur Travail Traité, 2022.
- G. LARDEUX** Preuve : règles de preuve, Répertoire de droit civil, D. 2018.

**O. LECLERC** « Preuve dans les contentieux du travail », Rep. Trav., janvier 2022.

**H. ROLAND** Lexique juridique des expressions latines, 7<sup>ème</sup> éd., 2016.

Liaisons sociales, Les Thématiques, n° 62, 2018.

Le Lamy droit pénal des affaires 2021.

### **Ouvrage francophone**

**S. GOLTZBERG** Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique. Présomption et argument a fortiori, coll. Penser le droit, Bruylant, Bruxelles, 2012.

### **Thèse**

**V. LE BALCH** Les présomptions en droit social, Thèse publiée, dir. J-C. JAVILLIER, Université Paris II Panthéon Assas, 1999.

### **Notes de doctrine**

**D. ASQUINAZI-BAILLEUX** « Accidents du travail et maladies professionnelles : L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil emporte présomption de faute inexcusable », JCP S n° 46, 2018.

« Préjudice d'anxiété des travailleurs d'établissements non classés : l'avancée jurisprudentielle », Dr. soc. 2019, p. 456.

**X. AUMERAN** « AT-MP, Préjudice d'anxiété des travailleurs : un nouveau départ », JCP S n° 16, 1126, 2019.

**M. BACACHE** « Le préjudice d'anxiété lié à l'amiante : une victoire en demi-teinte », JCP n° 19, 508, 2019.

- P. BAILLY** « Un retour discret du préjudice nécessaire ? », SSL 2022, n° 1991, p. 4.
- P. BAILLY  
D. BOULMIER** « La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ? », RDT 2017, p. 374.
- B. BAUDUIN  
A. BROUSSE** « Controverse : Un préjudice nécessaire, pour quoi faire ? », RDT 2022, p. 209.
- F. BITAN** « Le courrier électronique, objet de contrôles et de protections », JurisClasseur Communication, LexisNexis, pt. 36.
- L. BLOCH** « Le désamiantage du préjudice d'anxiété par la chambre sociale », Resp. civ. et assur. N° 2019/12, ét. 11.
- V. BONNIN** « Le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail », RJS 8-9/17, p. 619.
- R. BOUVET  
C. CIUBA** « AT-MP- Postes à risques et présomption de faute inexcusable de l'employeur- JCP S n° 47, 2018, 1383.
- A-B. CAIRE** « Les présomptions par-delà l'article 1349 du Code civil », RTD Civ, 2015, p. 311.
- F. CHAMPEAUX** « Le Conseil d'Etat facilite la preuve de l'anxiété en présence d'un risque particulièrement important », SSL n° 1996, 2022.
- Q. CHATELIER** « Preuve de l'anxiété : l'exigence au risque de la rupture d'égalité ? », SSL n° 522, 2021.
- « La réparation du préjudice d'anxiété en dehors du dispositif ACAATA : bilan jurisprudentiel », SSL n° 1988, 2022.
- L. DAUXERRE** « Heures de délégation : employeurs, n'oubliez pas de payer avant de contester ! », JCP E n° 24, 1369, 2016.
- A. DEJEAN DE LA  
BATIE** « Coup d'arrêt en matière de préjudice automatique des salariés », JSM n° 411, 2016.

- L. DE MONTVALON** « Vers l'abandon de la présomption de préjudice en droit du travail », Les Cahiers Lamy du CE, n° 160, 2016.
- « Sur la présomption de faute inexcusable de l'employeur alerté d'un danger », SSL, n° 1988, 2022.
- « Prouver l'anxiété », SSL, n° 1990, 2022.
- S. DEPELLEY  
P-Y. VERKINDT** « Les dérogations au droit commun de la preuve dans le droit du contrat de travail », Rencontres de la chambre sociale 2017, Bull. 2017.
- L. DRIGUEZ** « Détachement de travailleurs : extensions et limites de la portée des certificats A1 », SSL n° 1933, 2020.
- F. FAVENNEC-  
HERY** « Les frontières de l'emploi : des évolutions ? », JCP S n° 14, 1105, 2022.
- B. FIESCHI** « Agression et présomption irréfragable de faute inexcusable », JCP S n° 38, 2021, 1232.
- L. GAMET** « Observations sur la preuve du harcèlement moral, SSL n° 1968, 2021.
- L. GRATTON** « Le dommage déduit de la faute », RTD civ. 2013, p. 275.
- F. GWENNHAEL** « Contentieux du travail, retour à la théorie du préjudice nécessaire ? », JCP S 2018, 1394.
- S. JUBE** « Réserve spéciale de participation : un problème de calcul », D. 2018, 1953.
- M. KEIM-BAGOT** « La cohérence retrouvée du préjudice d'anxiété », SSL, n° 1877, 2019.

« Agression physique et faute inexcusable : redéfinition de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le droit de la sécurité sociale », JCP S, n° 45, 2020.

« Une nouvelle phase du contentieux sur le préjudice d'anxiété », SSL, n° 1941, 2021.

**G. KESZTENBAUM** « Litiges sur la réserve spéciale de participation », La chronique juridique d'Avosial n° 1137, 2013, p. 33

**G. LOISEAU** « Le crépuscule du principe d'égalité de traitement », RJS 2018, p. 615.

« L'égalité de traitement à l'heure européenne », JCP S n° 17-18, 1134, 2019.

« Travailleurs des plateformes : un naufrage législatif, L. n° 2019-1428, 24 déc. 2019 », JPC S n° 1-2, 1000, 2020.

« La réglementation prévenante des plateformes de mobilité », JCP n° 18, 577, 2022.

**C. MATHIEU** « La place de la présomption d'innocence en droit disciplinaire », RDT 2018, p. 278.

**V. MAYER**  
**J. PEROTTO** « AT-MP- Réflexions sur l'appréciation de la nature professionnelle d'un accident ou d'une maladie en droit du travail et en droit de la sécurité sociale », JCP S n° 14, 1215, 2007.

**C. MICHAUD** « La preuve des discriminations en droit du travail », RJS n°46, 1481, 2012

**T. MONTPELLIER** « Travailleurs précaires : l'intérêt de la présomption de faute inexcusable en question », Cah. Soc. Juin 2015, n° 1161, p. 339.

**J. MOULY** « Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux ? », RJS 7/2016, p. 491.

« L'abandon de la théorie du dommage nécessaire : l'exception du licenciement sans cause réelle et sérieuse », Dr. soc. 2017, p. 1074.

« Licenciements économiques irréguliers : le retour discret de la théorie du préjudice nécessaire ? », Dr. soc. 2019, p. 88.

« Violation de la durée maximale hebdomadaire de travail : la théorie du préjudice nécessaire fait de la résistance », Dr. soc. 2022, p. 369.

**L. PAILLER**

« Les présomptions dans l'ordonnance du 10 février 2016 », JCP n° 40, 2016, 1030.

**P. POCHE**

« La présomption d'application de la convention collective mentionnée sur le bulletin de paie n'est pas irréfragable », JCP n° 2, 2008, 10010.

**C. RADE**

« Nouvelle décision en matière de justification des différences conventionnelles de traitement : un arrêt en trompe l'œil », Lexbase social, n° 780, 2019.

**M-N. ROUSPODE-KATCHADOURIAN**

« Réparation des préjudices, quelles spécificités en droit du travail ? », Dr. Soc. 2017, p. 892.

**F. ROUVIERE**

« La responsabilité peut-elle reposer sur des présomptions irréfragables ? », D. 2021, p. 508.

**C. ROY-LOUSTAUNAU**

« La sanction du contrat à durée déterminée conclu sans écrit : une présomption irréfragable de contrat à durée indéterminée », JCP E n° 42, 1996, 866.

**Y. SAINT-JOURS**

« Accidents du travail : l'enjeu de la présomption d'imputabilité », D. 1995, p. 13.

**F. SEBE**

« Le rôle de la responsabilité civile dans le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1<sup>ère</sup> partie) », JSL, n° 413, 2016.

- P. SEGUR** « Eléments pour la recherche », Revue Droit et Littérature n°1, Lextenso 2017, p. 110.
- S. SERENO** « La preuve de la discrimination sous le contrôle de la Cour de cassation », Gaz. Pal. 2019, n° 31.
- J. SIRO** « Réserve spéciale de participation : contenu de l'attestation du commissaire aux comptes », AJD, 21 févr. 2013.
- A. TARDIF** « La présomption irréfragable de faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail survenu à la suite d'un signalement du salarié victime », JCP E, n° 50, 2021.
- B. TEYSSIE** « Sur un fragment de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 : commentaire de l'article L. 120-3 du Code du travail », Dr. soc. 1994, p. 667.
- H. TISSANDIER** « Licenciement pour motif économique : notion de groupe de sociétés et cause économique du licenciement : un début de clarification », JSL n° 423, 2017.
- J. TRAULE** « Le renouveau des présomptions en droit de la responsabilité civile », D. 2021, p. 360.
- G. VACHET** « L'incidence de la loi du 10 juill. 2000 relative aux délits non intentionnels sur la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur », Dr. soc. 2001, p. 47.
- « La présomption d'application de la convention collective mentionnée sur le bulletin de paie n'est pas irréfragable », JCP S n° 7, 2008, 1102.
- P-Y. VERKINDT** « L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires », Dr. soc. 1995.
- « Une illustration du lien entre droit de la sécurité sociale et droit du travail : les présomptions de faute inexcusable et l'impératif de prévention », RDSS 2008, p. 1140

## Sites internet

<https://www.cairn.info/revue-droit-et-litterature-2017-1-page-107.htm>.

<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2010-2-page-85.htm>.

<https://www.cnrtl.fr/etymologie/présumer>.

<https://www.cnrtl.fr/definition/présumer>.