



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MÉMOIRES

Master de Droit Social Général

Dirigé par le Professeur Patrick MORVAN

2023-2024

***Le Préjudice nécessaire en droit du
travail***

Eva PENCOLÉ

Sous la direction du Professeur Julien ICARD



Master 2 Droit Social général

Dirigé par le Professeur Patrick MORVAN

Promotion *Air France*

2023-2024

LE PRÉJUDICE NÉCESSAIRE EN DROIT DU TRAVAIL

Par Eva PENCOLÉ

Sous la direction du Professeur Julien ICARD

L'Université Paris-Panthéon Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propre à son auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier le Professeur Julien Icard, pour sa disponibilité ainsi que sa bienveillance dans le cadre de l'élaboration de ce mémoire.

Je remercie ma famille qui m'a encouragée à rejoindre les bancs de la faculté et qui depuis n'a cessé de me soutenir. Je remercie Julien, pour ses précieux conseils.

Je remercie mes camarades de promotion ; Carine, Lucile, Chloé, Yann, Anna, Aline ; aux côtés de qui le savoir diffusé et les rires partagés laissent un agréable souvenir.

Enfin, j'ai une pensée toute particulière pour les absents qui m'ont quittée pendant ces années de Master. Mais qui sont, je n'en doute pas, très fiers du chemin accompli.

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

AJDA : Actualité juridique du droit administratif (Dalloz)

Art. : article

Bull. ass. plén. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, assemblée plénière

Bull. civ. : Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation

BJT : Bulletin Joly Travail (Lextenso)

C. civ. : Code civil

CA : cour d'appel

Cass. ass. plén. : Cour de cassation, assemblée plénière

Cass. civ. : Cour de cassation, chambre civile

Cass. com. : Cour de cassation, chambre commerciale

Cass. crim. : Cour de cassation, chambre criminelle

Cass. req. : Cour de cassation, chambre des requêtes

Cass. soc. : Cour de cassation, chambre sociale

Cass. 2^e civ. : Cour de cassation, première chambre civile

Cass. 2^e civ. : Cour de cassation, deuxième chambre civile

Cass. 3^e civ. : Cour de cassation, troisième chambre civile

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

COJ : Code d'organisation judiciaire

Cons. const. : Conseil constitutionnel

Concl. : conclusions

C. proc. civ. : Code de procédure civile

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

C. trav. : Code du travail

D. : Recueil Dalloz

Déc. : Décret

DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

Dr. soc. : Droit social (Dalloz)

DUERP : Document unique d'évaluation des risques professionnels

Et s. : Et suivants

JCP E : Semaine juridique, édition entreprise et affaires (Lexis Nexis)

JCP G : Semaine juridique, édition générale (Lexis Nexis)

JCP S : Semaine juridique, édition sociale (Lexis Nexis)

PUF : Presses universitaires de France

préc. : précité

Rép. Contentieux administratif : Répertoire de contentieux administratif

(Dalloz)

RDT : Revue de droit du travail (Dalloz)

RJS : Revue de jurisprudence sociale (Francis Lefebvre)

RJDA : Revue jurisprudence de droit des affaires (Francis Lefebvre)

SSL : Semaine sociale Lamy (Lamyline)

v. égal. : voir

Sommaire

INTRODUCTION.....	2
<u>PREMIERE PARTIE : LA NATURE DU PREJUDICE NECESSAIRE.....</u>	6
Titre I : Le mécanisme du préjudice nécessaire.....	7
Chapitre 1 : Les fondements du mécanisme.....	8
Chapitre 2 : L'application du mécanisme.....	16
Titre 2 : Les finalités du préjudice nécessaire.....	26
Chapitre 1 : La finalité classique.....	27
Chapitre 2 : La finalité atypique.....	41
<u>SECONDE PARTIE : LE DOMAINE DU PREJUDICE NECESSAIRE.....</u>	53
Titre I : La délimitation du préjudice nécessaire.....	54
Chapitre 1 : Un reflux annoncé.....	55
Chapitre 2 : un reflux justifié.....	61
Titre II : Le redéploiement du préjudice nécessaire.....	70
Chapitre 1 : Le champ du redéploiement.....	71
Chapitre 2 : La logique du redéploiement.....	78

« La justice, en équilibrant les passions, les intérêts, les pouvoirs, en réparant les torts, les dommages, les préjudices, en sanctionnant les manquements, les fautes, les infractions, contribue à apporter la tranquillité et la confiance sans quoi rien n'est possible. »

Vincent Lamanda, Audience solennelle de début d'année de la Cour de cassation, discours de rentrée de la Cour de cassation, 7 janvier 2009

INTRODUCTION

1 – Origine de la responsabilité civile. « *Il faut réparer le mal, faire ce qu'il semble n'avoir été qu'un rêve* »¹ Les propos de Carbonnier ne sont pas restés gravés dans les annales sans aucune raison. Cette expression aussi simple que réaliste représente sans aucun doute l'idée même de toute la notion de responsabilité civile. Conformément à cet idéal de réparation du mal commis, le juriste Domat formula dès le XVII^e siècle les grands principes d'une responsabilité civile. Ces grands principes énoncés inspireront les codificateurs qui en 1804 rédigeront les anciens articles 1382 et 1383 du Code civil devenus désormais les articles 1240 et 1241 du Code civil.² Conformément au droit canon, la faute est érigée comme une condition indispensable. De cette idée, naît le principe « *il n'y a pas de responsabilités sans faute* ». Ce fondement privilégié de la responsabilité civile se retrouve dans notre Code civil qui dispose « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui duquel il est arrivé à le réparer* »³. Le rôle prééminent de la faute conduisait à limiter l'engagement de la responsabilité dans les seuls cas où un acte fautif était commis⁴.

2 – Eléments caractéristiques de la responsabilité civile. Conformément au droit commun, l'engagement de la responsabilité civile nécessite la réunion de trois éléments. Premièrement, il est nécessaire d'établir une faute. La faute est définie⁵ comme un acte illicite qui suppose la réunion d'un élément matériel (le fait originaire qui caractérise soit un acte positif ou un acte négatif), d'un élément illicite (violation d'un devoir ou transgression d'une norme), puis d'un élément moral d'imputabilité caractérisé par le discernement de l'auteur du fait (sous réserve de la théorie de la faute objective).

Deuxièmement, la victime doit rapporter la preuve d'un préjudice. Couramment utilisé au titre de synonyme du dommage, le préjudice est définie⁶ comme le dommage subi par une personne dans son intégrité physique (préjudice corporel, esthétique), dans ses biens (préjudice patrimonial, pécuniaire, matériel), dans ses sentiments (préjudice moral).

¹ J. Carbonnier, Droit civil, les obligations, Paris : PUF, 2004, n° 1114, p. 2253.

² En application de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³ C. civ. art. 1240

⁴ P. Jourdain, les principes de la responsabilité civile, Dalloz, 10^e éd, 2021, p. 8

⁵ G. Cornu, « Faute », in Vocabulaire juridique, PUF, coll. « Quadriges », 2022, 14^e éd., p. 451

⁶ G. Cornu, « Préjudice », in Vocabulaire juridique, préc., p. 793

Enfin, il est également nécessaire d'établir un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

3 – Intérêt de la responsabilité civile. L'étymologie latine du terme réparation signifie « *action de remettre (un bien matériel) en bon état* »⁷. Il s'agit donc de remettre une situation ou un bien dans l'état antérieur au dommage. Cette remise en l'état est conforme à l'idée d'une justice restaurative. Pour autant, d'autant plus en matière de préjudice moral, il est communément admis que cette réparation peut revêtir les contours d'une fiction juridique. À ce titre, l'anthropologue David Graeber défend la thèse selon laquelle les premières « *monnaies sociales* »⁸ étaient destinées à compenser des situations pourtant devenues définitives. Il en allait ainsi pour la mort d'un proche ou pour la formation d'une blessure. Néanmoins, de tout temps, la somme attribuée ne saurait atteindre la valeur du bien (ou de la personne) perdu. D'où l'idée qu'une indemnisation ne peut à elle seule recouvrir toute l'idée de réparation. La victime a besoin de plus : la reconnaissance publique de la responsabilité de l'auteur du dommage ou encore le prononcé de sanction à l'encontre du responsable.⁹

4 – Objectif de la responsabilité civile. Il y a une vingtaine d'années on pouvait lire « la peine privée peut paraître, aujourd'hui, comme un anachronisme » en ce qu'elle semble « condamnée à s'étioler, puis à disparaître »¹⁰. L'objet du présent mémoire semble démentir cette affirmation. Si le droit pénal revêt de plus en plus d'une dimension réparatrice¹¹, c'est surtout le droit civil qui poursuit aussi une finalité de peine privée. La peine privée est définie comme la sanction civile qui atteint personnellement l'auteur d'un fait illicite et qui est établie au profit des particuliers victimes de l'illicéité¹².

Au-delà de cette fonction de peine privée, il est également constaté une tendance à la « *désintégration du préjudice* »¹³ qui se traduit par l'admission d'un grand nombre de préjudices dans une logique quasiment assurantielle « *c'est à peine forcer le trait d'affirmer que l'évolution du droit français en la matière a consisté, en définitive, à admettre que n'importe quoi puisse être réparé, de plus en plus facilement, n'importe comment* »¹⁴.

⁷ Centre national de ressources textuelles et lexicales, « réparation » - <https://www.cnrtl.fr/etymologie/réparation>

⁸ D. Graeber, *Dette : 5000 ans d'histoire*, Les liens qui libèrent, 2013.

⁹ P. Ricoeur, *Le juste, I, L'acte de juger*, éd, Esprit, 1995, 190 s. ; L. M. MacCammon, *Justice and Fundamental Anthropology : Uncovering Essential Connections with Paul Ricoeur*, Journal For Cultural and Religious Theory, 1er mars 2001 ([jert.org / archives / 03.1maccammon.shtml](http://jert.org/archives/03.1maccammon.shtml))

¹⁰ M. Crémieux, *Réflexions sur la peine privée moderne*, Etudes offertes à P. Kayser, PUAM, 1979, T. I, p. 261

¹¹ G. del Vecchio, *Essai sur la justice pénale et la réparation du préjudice*, Rev. sc. crim. 1951, p. 183

¹² M. Crémieux, *Réflexions sur la peine privée moderne*, préc., n° 27 et s.

¹³ J. Julien, C. Bloch, M. Poumadère, A. Giudicelli, C. Guettier, D. Krajeski, Philippe le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2020, p. 584

¹⁴ *Ibid*

5 - Réparation en droit du travail. C'est dans ce contexte que la branche travailliste s'est distinguée par la mise en place de régimes de réparations « systémiques mais non intégrals. »¹⁵

Face aux défis de l'industrialisation des règles dérogatoires au droit commun ont émergé. Le but poursuivi vise la couverture des dommages subis par les ouvriers. Il repose sur deux idées : la première consiste à faciliter la réparation, l'autre consiste à ne pas faire peser une charge financière trop importante sur l'employeur. C'est la logique qui berce le régime des accidents du travail. La victime voit la prise en charge de l'accident facilitée mais en échange elle n'aura le droit qu'à une réparation forfaitaire et l'employeur se voit accorder une immunité civile¹⁶.

Ainsi, une réparation incomplète est une idée admise, une vieille idée de droit du travail. Ce principe civiliste ne résiste pas aux relations de travail qui sont l'objet de nombreuses exceptions. Comme dans tous les pans du droit du travail le législateur, et bien souvent le juge, sont donc confrontés à un choix cornélien. C'est un choix qui s'illustre parfaitement au regard de l'évolution du régime du préjudice nécessaire.

6 – Préjudice automatique. Dans la même idée, la branche travailliste s'est également illustrée en permettant au salarié d'obtenir une réparation pour un préjudice déduit de la faute de l'employeur. Le préjudice nécessaire est le terme communément admis pour décrire ce mécanisme. Cette notion implique que « *certain managements fautifs, sont, en eux-mêmes, la source d'un préjudice ouvrant droit à réparation, peu importe que l'existence d'un tel préjudice ne soit pas démontrée* »¹⁷

De prime abord, le terme pourrait sembler mal choisi, étant donné que le propre de ce mécanisme c'est qu'il permet la réparation d'un préjudice qui par définition peut ne pas exister. Toutefois, le préjudice nécessaire n'est que le diminutif de préjudice nécessaire déduit de la faute ou du manquement de l'employeur, expression bien plus parlante.

La difficile recherche d'équilibre qui gouverne tout le droit du travail, conduit à des compromis qui ont façonné la responsabilité civile afin qu'elle s'adapte à chaque question du droit du travail. Paradoxalement, c'est dans la concrétisation du mécanisme de préjudice nécessaire que le droit du travail renoue avec les finalités originelles du droit de la

¹⁵ F. Guiomard, Le droit social et les désordres de la réparation, Droit social 2023, p.284

¹⁶ J. J Dupeyroux, un deal en béton ? : Dr. soc. 1998 p. 631

¹⁷ Ranc. S, en faveur d'une approche pragmatique du préjudice nécessaire, Dr. soc. 2023, p. 309

responsabilité civile. Par sa mise en œuvre le salarié peut espérer obtenir : la cessation des manquements, la compensation des atteintes portées (aspect réparation), la sanction des comportements des employeurs (aspect punition), la prévention contre des dommages futurs (la prévention par le caractère automatique de la sanction).

7 - Critiques. « *Il semblerait choquant, qu'on puisse sans encourir aucune responsabilité civile léser les sentiments les plus élevés et les plus nobles de ses semblables, alors que la moindre atteinte à leur patrimoine donne lieu à réparation.* »¹⁸ Le mécanisme de préjudice nécessaire se distingue donc par la finalité répressive qui lui est associée. Sous réserve des exceptions présentées, le préjudice nécessaire fait le plus souvent l'objet d'une indemnisation très modeste.

L'expansion dont a bénéficié la notion de préjudice nécessaire en droit du travail est révélatrice du choix initial de se fonder sur un régime aménagé plutôt que de se conformer à l'idée d'une responsabilité civile de droit commun. Dans le cas contraire, l'usage du principe de responsabilité civile de droit commun risque de confronter le salarié à des difficultés probatoires et au risque qu'un préjudice ne soit pas réparé. A l'inverse un régime aménagé permettrait au salarié de voir la preuve du préjudice facilitée mais contrairement au régime des accidents de travail, ici l'employeur n'obtient rien en échange. L'originalité du préjudice nécessaire n'est d'autre que celle-ci. C'est un mécanisme fondé sur des relations de travail inégalitaires poursuivant ainsi une finalité plurielle fortement empreinte d'une vocation punitive.

Pourtant, cette jurisprudence a fait l'objet de nombreuses reproches fondées sur l'instrumentalisation de la responsabilité civile ainsi qu'un alourdissement de la responsabilité civile de l'employeur en dépit des principes civilistes traditionnels. Finalement, par un retentissant arrêt rendu le 13 avril 2016¹⁹, la chambre sociale de la Cour de cassation marque le début du reflux du préjudice nécessaire.

8 - Cheminement. Il est donc opportun de s'intéresser au traitement actuel du préjudice nécessaire par la chambre sociale de la Cour de cassation afin d'établir dans quelle mesure le préjudice nécessaire est mobilisé et mobilisable. Pour ce faire, il sera judicieux

¹⁸ H. et L. Mazeaud, A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 6^{ème} éd. refondue, Montchrestien, Paris, 1970, p. 408.

¹⁹ Cass. soc., 13 avr. 2016, n° 14-28.293, Bull. civ. V, n° 72 : SSL 2016, n° 1721, p. 12, interview Ph. FLORES ; Gaz. Pal., 14 juin 2016, n° 22, note P. BAILLY

d'analyser la nature du préjudice nécessaire (partie I) Une fois cette première étape achevée il sera important d'explorer le domaine dans lequel il se déploie (partie II).

PREMIERE PARTIE : LA NATURE DE PREJUDICE NECESSAIRE

9. – Mécanisme. Le préjudice nécessaire repose sur l'idée d'un mécanisme. Son fonctionnement est très simple. Une fois le fait générateur constaté, le préjudice est déduit de ce dernier. Ainsi, les principales interrogations se cristallisent moins sur les effets que sur les fondements du mécanisme qui détermineront l'intensité des répercussions provoquées par la mise en œuvre du préjudice nécessaire. D'autant que la notion de préjudice nécessaire est mobilisée tant par l'ensemble des chambres civiles de la Cour de cassation que le législateur lui-même. Il s'agit d'une véritable application généralisée du mécanisme. Le sujet est tel que le dernier projet de réforme en date prévoyait des dispositions qui intéressent directement le préjudice nécessaire. (Titre I)

10. – Finalité. Les finalités de la responsabilité civile sont plurielles, souvent recentrées sur la réparation, parfois s'extirpant vers une dimension plus punitive. Ces deux fonctions cohabitent, l'une tentant de prévaloir sur l'autre au gré des époques et des disciplines. Ces mouvements de flux et reflux sont particulièrement notables en droit du travail. Ils sont le fruit du rapport de subordination juridique inhérent à la relation de travail. Classiquement, l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur du dommage poursuit un objectif de réparation du fait fautif. Toutefois, bien souvent, le préjudice déduit de la faute laisse distinctement entrevoir une fonction de peine privée (Titre II)

11. – Intérêt. En dépit du revirement de 2016²⁰ qui mit un coup d'arrêt à l'expansion des préjudices nécessaires. L'étude de ce mécanisme particulier est désormais d'autant plus importante pour comprendre l'origine du besoin de créer un concept aussi dérogoire du triptyque bien connu de la responsabilité civile : un fait générateur, un lien de causalité, un préjudice.²¹ C'est finalement par l'étude du mécanisme ainsi que de ses finalités que l'on pourra comprendre les mouvements contraires qui rythment l'évolution du préjudice nécessaire.

²⁰ Cass. soc., 13 avr. 2016, préc.

²¹ C. civ., art. 1240

Titre 1 : Le mécanisme du préjudice nécessaire

12. – Fondements. Le principe du préjudice nécessaire conduit à escamoter un pilier du droit de la responsabilité civile. Une telle atteinte ne pouvait prospérer sans que des explications soient apportées afin de doter ce mécanisme d'une assise juridique. De ce besoin d'identifier les fondements, une première interrogation va naître donnant naissance à deux courants doctrinaux opposés.

13. – Thèses. Deux principales thèses s'attachent à expliquer le phénomène. Tandis que la première suppose l'application d'une règle probatoire classique. La seconde lui oppose la mise en œuvre d'une véritable règle de fond qui touche à la substance du droit lui-même. Selon cette dernière thèse, la responsabilité qui pèse sur l'employeur serait donc plus grave que dans la première hypothèse. (Chapitre I)

14. – Application. La chambre sociale de la Cour de cassation n'est pas l'unique chambre à recourir au mécanisme de préjudice nécessaire. Contrairement aux apparences, ce n'est d'ailleurs pas la chambre sociale qui a recouru, en premier lieu, à l'idée d'un préjudice déduit de l'existence même d'une faute. Il est néanmoins véridique que cette chambre a significativement multiplié les cas d'application du préjudice nécessaire. À tel point qu'il aurait presque été permis de se demander si le principe n'était pas l'application du préjudice nécessaire et l'exception le droit commun de la responsabilité civile. Par ailleurs, la proposition sénatoriale de 2020²² était également prometteuse en la matière, prévoyant une distinction très pertinente entre le dommage et le préjudice (Chapitre II).

²² Proposition sénatoriale de loi portant réforme de la responsabilité civile, 29 juill. 2020 - <https://www.senat.fr/leg/pp19-678.html>

Chapitre I : Les fondements du mécanisme

15. – Utilité. La détermination du fondement du préjudice nécessaire passionne. Du fondement de ce mécanisme, le juriste espère comprendre l'utilité de l'objet juridique en cause. Le préjudice nécessairement causé pourrait répondre à deux logiques similaires pourtant bien distinctes. L'une prend en compte l'environnement dans lequel s'est développé le préjudice nécessaire. L'autre se focalise sur les contours des préjudices déduits de la faute.

16. – La règle à l'œuvre. La problématique du préjudice nécessaire n'est pas propre à la chambre sociale. Indépendamment de la matière civile, sociale, ou commerciale, certains préjudices, pourtant bien réels, peuvent être difficiles à prouver. Ainsi, la moindre exigence probatoire, d'un préjudice le plus souvent moral constitue le véritable point de convergence d'application des préjudices nécessaires. Partant, le préjudice nécessaire serait, pour les partisans minoritaires de cette théorie, une simple règle probatoire (section 1). À l'inverse, après un regard plus attentif, plusieurs incohérences ont conduit une majorité de la doctrine à lui substituer la mise en œuvre d'une règle de fond (section 2).

Section 1 : L'incomplétude d'une règle probatoire

17. – La règle probatoire. *A priori*, rien ne s'oppose à l'idée selon laquelle le préjudice nécessaire ne résulterait que de l'application d'une règle probatoire. Finalement, il est assez habituel que le législateur et la Cour de cassation agissent sur le levier probatoire pour faciliter une action en justice (paragraphe 1). Néanmoins, le préjudice nécessaire semble aller au-delà de la logique qui guide la simple règle probatoire. D'autant plus lorsque l'on compare les notions qui font l'objet d'un aménagement probatoire de celles qui sont véritablement dispensées de preuves. C'est l'objet de l'étude de la reconnaissance du préjudice spécifique d'anxiété (paragraphe 2)

Paragraphe 1 : L'hypothèse d'une présomption

18. - Une présomption empirique. La chambre sociale de la Cour de cassation, tant antérieurement que postérieurement au revirement de jurisprudence de 2016²³, a toujours utilisé peu ou prou les mêmes expressions pour évoquer le préjudice nécessaire. Toutefois, elle ne s'est jamais explicitement prononcée sur les raisons qui l'ont poussé, à l'origine, à mobiliser et étendre ce mécanisme. En revanche, de façon inédite, les juges de la chambre commerciale de la Cour de cassation ont rendu un arrêt récent qui précise la raison pour

²³ Cass. soc., 13 avr. 2016, préc.

laquelle le préjudice nécessaire est mobilisé au regard des faits présentés. Le litige porte sur des faits de concurrence déloyale. En l'espèce, la chambre commerciale de la Cour de cassation indique que l'usage du préjudice nécessaire, en la matière, satisfait un objectif de « *moindre exigence probatoire lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer.* »²⁴ Loin de la théorie, c'est un raisonnement fondé sur une réalité probatoire qui conduit la Cour de cassation à caractériser, dans certaines hypothèses, un préjudice nécessaire. Assurément transposable à la chambre sociale de la Cour de cassation, l'essence de ce raisonnement empirique se concrétise dans l'idée selon laquelle le préjudice nécessaire est destiné à faciliter la preuve d'un préjudice. Ainsi, le préjudice nécessaire ne serait que le résultat d'une règle probatoire.

19. - Une présomption irréfragable. Le postulat selon lequel le préjudice nécessaire ne constitue qu'une règle probatoire aurait tout de même pu conduire le juge à admettre que la preuve inverse puisse être rapportée. Précisément, les aménagements probatoires sont des mécanismes connus en droit du travail. À titre d'illustration, une logique d'allègement probatoire est à l'œuvre en matière de discrimination²⁵, de harcèlement moral²⁶ ou encore d'heures supplémentaires²⁷. Néanmoins dans toutes ces hypothèses l'employeur est en mesure d'apporter la preuve contraire pour justifier ses agissements.

Or, ce n'est pas ce que juge la Cour de cassation en matière de préjudice nécessaire. Dans une affaire jugée en 2017²⁸, l'employeur n'a pas été en mesure de délivrer au salarié le formulaire d'un contrat de sécurisation professionnelle. Pour expliquer ce manquement, l'employeur indique que ce sont en premier lieu les agences de Pôle emploi qui n'ont pas été en mesure de transmettre le formulaire à l'employeur. En dépit de ces circonstances, la Cour de cassation caractérise un préjudice déduit du manquement fautif. De ce point de vue, le préjudice nécessaire emprunte quasiment les caractéristiques d'une forme de présomption irréfragable.

Paragraphe 2 : Distinguer la présomption de la règle de fond

20.- Double régime. Etablir une distinction entre la présomption et la règle de fond n'est pas une tâche aisée. Pourtant, à l'aide d'un exemple concret, la besogne peut se révéler plus facile qu'espérée. L'étude du préjudice d'anxiété est une illustration parfaite. Il se situe à

²⁴ Cass. com., 12 févr.2020, n°17-31.614 : D. 2020.1086, note J.-S. Borghetti

²⁵ C. trav. L. 1134-1

²⁶ C. trav. L. 1154-1

²⁷ C. trav. L. 3171-4

²⁸ Cass. soc., 7 mars 2017, n°15-23.038 : JCP S 2017. 1118, note E. Jeansen

la croisée de la présomption et de la règle de fond ; ce qui permet d'en apercevoir les frontières.

En premier lieu, le préjudice d'anxiété a tout d'abord été mobilisé par la première chambre civile de la Cour de cassation dans le cadre de ce que l'on nomme communément le scandale du sang contaminé.²⁹ Cette notion est ensuite reprise par la chambre sociale dans un arrêt retentissant³⁰. La chambre sociale consacre l'indemnisation d'un préjudice spécifique d'anxiété pour les « *salariés, qui avaient travaillé dans un des établissements mentionnés à l'article 41 de la Loi de 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où était fabriqué ou traité l'amianté ou des matériaux contenant de l'amianté.* »³¹ Il ressort de cet arrêt, une triple présomption : présomption exposition au risque, présomption de faute de l'employeur, et présomption de préjudice d'anxiété.³² Le préjudice est défini par ce même arrêt comme « *l'inquiétude permanente de développer une pathologie grave liée à l'exposition à l'amianté.* »

Par suite, pour des raisons pratiquement sociologiques³³, l'assemblée plénière constate que : « *de nombreux salariés, qui ne remplissent pas les conditions prévues par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 modifiée ou dont l'employeur n'est pas inscrit sur la liste fixée par arrêté ministériel, ont pu être exposés à l'inhalation de poussières d'amianté dans des conditions de nature à compromettre gravement leur santé.* »³⁴ Le salarié pourra en vertu du droit commun démontrer qu'il subit un préjudice d'anxiété. Il convient donc de séparer ces deux régimes d'indemnisation. Cela permettra d'illustrer la différence entre d'une part le fonctionnement d'un régime probatoire et d'autre part la mise en œuvre d'une règle de fond. Pour qu'un préjudice d'anxiété fondé sur le droit commun soit caractérisé, le salarié doit faire la preuve de son anxiété. Il est indispensable qu'il rapporte la preuve « *d'un préjudice d'anxiété personnellement subi.* »³⁵ Dans ce cas, les questions de préjudice nécessaire ou de présomption irréfutable ne se posent pas, le salarié devant faire la preuve de son préjudice.

²⁹ Cass. 1^e civ., 9 juill. 1996, n° 94-12.868. La Cour a jugé que : « *que l'anxiété résultant de la nécessité d'une surveillance médicale stricte et régulière devait être indemnisée* »

³⁰ Cass. soc., 11 mai 2010, n° 09-42.241 : D. 2010.2048, note C. Bernard

³¹ Cass. soc., 11 mai 2010, préc.

³² C. de Romanet, [Le point sur...] Préjudice d'anxiété : régime dérogatoire maintenu et retour au droit commun : Lexbase Social, mai 2021, n° 864

³³ Cass. ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17442 : La Cour prend en compte l'important développement du contentieux « *Qu'il apparaît toutefois, à travers le développement de ce contentieux* »

³⁴ Cass. ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442 : JCP S 2019, 1126, note X. Aumeran

³⁵ Cass. ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442 : Dr. soc. 2019. 456, note D. Asquinazi-Bailleur

21. – Similitudes. En revanche, il résulte de la jurisprudence³⁶ de la Cour de cassation que les salariés bénéficiant de l'allocation de cassation anticipée d'activité (ACAATA) bénéficient d'une réparation automatique. Elle est automatique en ce que le salarié n'a pas à rapporter la preuve de son exposition à l'amiante. Donc, indépendamment du fait qu'un salarié ait été exposé à l'amiante, il pourra bénéficier d'une indemnisation au titre du préjudice d'anxiété. De même, le défaut de preuve médicale caractérisant l'inquiétude n'est pas de nature à faire échec à l'indemnisation³⁷.

Ainsi, il présente une sérieuse ressemblance avec le préjudice nécessaire. Le fait générateur n'est d'autre que la mention de l'établissement à l'article 41 de la loi de 1998³⁸ ainsi que sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où était fabriqué ou traité l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante. Ce simple constat permet de déduire le préjudice d'anxiété du salarié, indépendamment de sa véracité, « *autrement dit, les dommages et intérêts étaient alloués sans vérification de la réalité de l'anxiété et de son retentissement sur la vie des intéressés.* »³⁹ Bien que les prétoires n'aient jamais mentionné l'existence d'un préjudice nécessairement causé par le fait fautif de l'employeur, cette décision en dessine tous les contours en raison d'une réparation quasiment automatique.

22 – Différences. – Les courants doctrinaux ne sont pas unanimes sur le sujet. À titre d'illustration, le professeur G. Duchange⁴⁰ considère que la réparation du préjudice d'anxiété répond à un mécanisme similaire à celui du préjudice nécessaire. Toutefois, similarité ne signifie pas identité, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement en matière de préjudice d'anxiété, plus qu'une dispense probatoire la jurisprudence actuelle serait fondée sur un aménagement probatoire. Il ne s'agit pas ici d'un *préjudice « inventé artificiellement dans le seul dessein de le sanctionner »*. Toutefois, à mon sens, ce postulat semble évincer ceux qui bénéficiaient indûment de la triple présomption sans avoir à démontrer le moindre préjudice alors même qu'ils n'ont peut-être jamais été au contact de l'amiante. Certes, ils sont proportionnellement minoritaires mais ces situations étaient tout à fait envisageables. Néanmoins, il est vraisemblable que cet automatisme résulte davantage d'une simplicité judiciaire. Ainsi, en l'absence d'une manifestation de peine privée, le préjudice s'éloignerait de l'essence même du préjudice nécessaire.

³⁶ Cass. soc., 11 mai 2010, préc

³⁷ Cass. soc., 4 déc. 2012, n° 11-26.294 : D. 2012. 2973, et 2013. 2658, note S. Porchy-Simon

³⁸ Loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999

³⁹ D. Asquinazi-Bailleuc, Le préjudice moral en droit social, un préjudice à multiples facettes : Bulletin Joly Travail, février 2021

⁴⁰ G. Duchange, Le préjudice (social), nécessaire : Bulletin Joly travail, Février 2021

Deuxièmement, le préjudice d'anxiété se distinguerait du préjudice nécessaire eu égard à la notion de « *risque avéré*. »⁴¹ Dans son important arrêt d'extension du préjudice d'anxiété, l'assemblée plénière de la Cour de cassation considère que ce préjudice peut être caractérisé, et par suite indemnisé, dès lors que le salarié fait état d'« *une exposition à l'amiante générant un risque élevé de développer une pathologie grave*. »⁴² La survenance ou la non-survenance de la maladie est indifférente, c'est la seule exposition au risque avéré qui cause le préjudice d'anxiété. À la confrontation de ces deux éléments, la distinction entre le préjudice spécifique d'anxiété et le préjudice nécessaire se dessine nettement. L'indemnisation du préjudice d'anxiété suppose un risque élevé de développer une maladie grave. Il ne fait aucun doute que le salarié placé dans cette situation sera nécessairement anxieux dès lors que le risque de développer la maladie est élevé. Le préjudice est bien réel, mais sa preuve est ardue. À l'inverse, la notion de préjudice nécessaire ne nécessite pas que le préjudice existe réellement, ni même *a fortiori* qu'il soit probable. À ce titre, en matière de préjudice spécifique d'anxiété, c'est davantage un élargissement de la notion de préjudice que l'émergence d'un réel préjudice nécessaire qui serait à l'œuvre.⁴³

Section 2 : La mise en œuvre d'une règle de fond

23. – Mise en œuvre. Les fervents défenseurs de la mise en œuvre d'une règle de fond appuient leur raisonnement sur la définition même de la présomption. L'essence même de la présomption étant fondée sur le déplacement de l'objet de la preuve (paragraphe 1). Alors même que le préjudice nécessaire est fondé sur une dispense de la preuve du préjudice (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La probabilité du fait inconnu

24. –Préjudice vraisemblable en droit civil. La notion de *présomption* fait l'objet d'une définition ambiguë qui diffère en fonction du contexte de l'utilisation. À l'origine, le Code civil⁴⁴ définissait les présomptions comme « *les conséquences que la loi ou le juge tire d'un fait inconnu* ». C'est donc un mécanisme qui présume la véracité d'un fait probable⁴⁵. En ce sens des auteurs⁴⁶ n'ont pas manqué de citer Pothier⁴⁷ qui définit la présomption comme : «

⁴¹ G. Duchange, Le préjudice (social), nécessaire, préc.

⁴² Cass. ass. plén., 5 avril 2019, N°18-17.442 : préc.

⁴³ G. Duchange, Le préjudice (social), nécessaire, préc.

⁴⁴ C. civ., 1349 anc.

⁴⁵ P. Malaurie et L.Aynès, Introduction au droit, LGDJ, 4^e éd., 2012, Defrénois, n° 176

⁴⁶ L. Gratton, Le dommage déduit de la faute : RTD 2013, p. 275

⁴⁷ R.-J. Pothier, Traité des obligations, 4^e partie, chap. 3, sect. 2, n°840, Dalloz, 2011, réédition préfacée par J-L Halpérin, p.408

un jugement que la loi ou l'homme porte sur une chose, par une conséquence tirée d'une chose. Ces conséquences sont fondées sur ce qui arrive communément et ordinairement ».

Il convient à présent de se référer à l'article 1354 du Code civil⁴⁸ qui dispose que la présomption « *dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve* ». Le principe reste inchangé, moins qu'une dispense probatoire, la présomption conduit à déplacer l'objet de la preuve dans le but de faciliter la preuve. En effet, même dans le cas d'une dispense à toute exigence probatoire, le demandeur est toujours tenu d'établir les faits sur lesquels se fonde la présomption. D'aucuns présupposent que cette présomption de l'actuel Code civil tire aussi sa source d'une « *probabilité raisonnable*⁴⁹ » de l'existence du fait présumé.

25. – Préjudice invraisemblable en droit du travail. Toutefois, la chambre sociale s'émancipe du principe de présomption à deux titres. D'une part, le caractère vraisemblable de l'existence du préjudice n'est jamais utilisé comme un argument au soutien de la reconnaissance du préjudice nécessaire. Bien au contraire la seule existence de la faute suffit à en déduire l'existence du préjudice. D'autre part, en droit du travail, parmi les préjudices nécessaires qui étaient indemnisables, il était parfois permis de douter de l'existence même d'un quelconque préjudice. Ainsi, avant le revirement de 2016⁵⁰ le manquement au délai de deux jours ouvrables prévus pour notifier la rupture du contrat⁵¹ engendrait un préjudice nécessaire que le juge devait réparer. En fait, l'existence d'un préjudice est fortement contestable. On voit difficilement le type de préjudice que peut engendrer l'envoi anticipé d'un courrier notifiant la rupture du contrat de travail. On peut toutefois noter que le caractère parfois illusoire du préjudice tend à sérieusement s'atténuer dès lors que les manquements procéduraux n'engendrent plus des préjudices nécessaires.

Paragraphe 2 : La dispense probatoire

26. - La mise en œuvre d'une règle de fond. Bien que le droit de la responsabilité civile soit le témoin de nombreux mécanismes similaires au préjudice nécessaire tel que la présomption de responsabilité des père et mère⁵² devenue une responsabilité de plein droit⁵³. L'hypothèse d'une présomption qui déplacerait l'objet de la preuve ne convainc pas. Il

⁴⁸ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 9

⁴⁹ J. Dupichot et D. Guével, Contrat et obligations-Présomptions-Notion générales, J-CI. Civ., art. 1349-1353, fasc.10, n°10

⁵⁰ Cass. 13 avr. 2016, préc.

⁵¹ Cass. soc., 5 mars 2002, n°00-41.453, Bull. civ. V, n° 84

⁵² Cass. ass. plén., 9 mai 1984 : D. 1984.525, concl. Cabannes, note F. Chabas

⁵³ Cass. 2^e civ., 19 févr. 1997, n° 94-21.111 : D. 1997. 265, note P. Jourdain

apparaît distinctement que c'est l'idée d'un mécanisme qui dispense de rechercher la preuve qui s'impose. En ce sens, le professeur F. Terré déplorait l'utilisation du terme de présomption pour décrire cette absence d'exigence probatoire. Selon ses dires, « *pour que la présomption vaille dispense de preuve [...], il faut que la preuve contraire soit exclue.* »⁵⁴ Dès lors, un aménagement probatoire qui n'est pas susceptible de preuves contraires s'apparente davantage à une règle de fond.

C'est la raison pour laquelle, selon la doctrine majoritaire⁵⁵, la notion de préjudice nécessaire est plus destinée à aggraver la responsabilité de l'employeur qu'à aménager le régime probatoire de la preuve. C'est une véritable « *règle du fond touchant au droit* »⁵⁶ pour laquelle en l'absence de toute finalité probatoire, il est inutile de tenter de rapporter une preuve qui contredirait la présomption.

27. - L'unique marche de manœuvre de l'employeur. La seule possibilité pour le défendeur d'échapper à l'engagement de sa responsabilité est alors de contester le manquement que le salarié lui impute. C'est la raison pour laquelle la chambre sociale de la Cour de cassation adoptait jusqu'en 2016 la formule caractéristique : « *cause nécessairement un préjudice.* »⁵⁷

Depuis 2016, la sémantique utilisée par la Cour de cassation a évolué. Elle a délaissé l'expression « *cause nécessairement un préjudice* » pour lui substituer des formules telles qu'eu égard à son manquement « *l'employeur commet une faute qui cause un préjudice au salarié* »⁵⁸ ou encore que le manquement « *cause un préjudice dont il appartient au juge de réparer l'étendue* ». Une autre formule plus succincte énonce simplement que le manquement « *ouvre droit à réparation* »⁵⁹. Ainsi quand bien même la formule utilisée par la Cour de cassation a évolué, s'est diversifiée, la règle de fond mobilisée n'a pas changée. Comme le souligne Monsieur H. Gali⁶⁰, d'une circonstance de fait, la Cour en déduit une conséquence juridique.

⁵⁴ F. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz 8^e éd., 2009, n° 583, p. 496

⁵⁵ J. Icard, Le reflux désordonné du préjudice nécessaire. Brefs propos sur la sanctuarisation circonscrite d'une présomption de préjudice : RDC 2019, p. 98 ; H. Gali, La nécessité du préjudice en droit du travail : D. 2022, p. 908 ; L. Gratton, Le dommage déduit de la faute, préc.

⁵⁶ L. Gratton, Le dommage déduit de la faute, préc.

⁵⁷ Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-42.216, Bull. civ. V n° 446 : RJS 10/01, p. 1140 : Dr. social. 2001, p. 855 note C. Roy- Loustaunau ; Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-43.374, inédit : RJS 12/11 n° 957

⁵⁸ Cass. soc., 15 mai 2019, n° 17-22.224 : RJS 7/19, p. 445 ; Cass. soc., 8 janv. 2020, n° 18-20.591

⁵⁹ Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 17-16.799 ; Cass. soc., 12 nov. 2020, n° 19-20.583 : Dr. soc. 2020. 1044, note C. Radé

⁶⁰ H. Gali, La nécessité du préjudice en droit du travail, préc.

28. – Synthèse. En théorie, l'immense majorité de la doctrine s'accorde à parler de règle de fond⁶¹, pour expliquer le fonctionnement du préjudice nécessaire, reléguant la règle probatoire au rang de théorie imparfaite. En pratique, il convient toutefois de noter qu'aucun courant doctrinal n'a jamais été validé par la chambre sociale de la Cour de cassation. Encore récemment, en matière de dépassement de la durée maximale de travail, l'avocate générale écrivait dans ses conclusions : « *La notion de préjudice nécessaire consiste à présumer un dommage né de la faute reprochée sans que la preuve contraire puisse être rapportée. Cette théorie est proche du mécanisme de la présomption irréfragable, voire d'une règle de fond.* »⁶² L'avocate générale évoque une proximité. Serait-ce alors une notion qui obéirait à autre chose qu'une présomption irréfragable ou qu'une règle de fond ? La théorie la plus probable, n'est-elle pas finalement celle selon laquelle le fonctionnement de ce préjudice nécessaire ne semble pas être déterminant dans le raisonnement des juges.

⁶¹ L. Gratton, Le dommage déduit de la faute, préc. ; J. Mouly, Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux : RJS 07/16, p. 491

⁶² Cass. soc., 26 janv. 2022, n° 20-21.636, concl. Av. gén. E. Wurtz

Chapitre 2 : L'application du mécanisme

29. – Diffusions. L'idée qu'un dommage déduit de la faute engendre nécessairement un préjudice est présent dans bien d'autres matières. Une certaine homogénéité se dégage de cet ensemble jurisprudentiel dès lors que toutes les chambres de la Cour de cassation recourent à cette présomption de préjudice. Ainsi, c'est un courant qui paraît désormais profondément ancré dans le droit jurisprudentiel de la responsabilité civile. Toutefois, la chambre sociale se démarque par ses nombreuses décisions d'expansion du préjudice nécessaire (section 1).

30. – Propositions. Au-delà du droit positif, une autre grille de lecture a été proposée pour analyser de manière plus pertinente l'abstraction juridique que représente le préjudice nécessaire. Sa mise en œuvre suppose de fractionner le préjudice pour en distinguer d'une part le dommage et d'autre part le préjudice. En fonction du cas d'espèce, cela permettrait de mettre en œuvre non plus uniquement un préjudice nécessaire, mais aussi ce que l'on pourrait nommer un dommage nécessaire. Au-delà de cette *summa divisio* théorique, des innovations concrètes du législateur étaient aussi très attendues notamment au regard des projets de réforme de la responsabilité civile (section 2).

Section 1 : L'application actuelle

31. – Une anomalie ? À l'image d'un droit spécial, le droit du travail semble dépendre du droit commun, mais se caractérise aussi par des manifestations d'indépendance vis-à-vis de ce dernier. Y'aurait-il là un aveu de l'insuffisance du droit civil pour répondre aux spécificités travaillistes⁶³ ? C'est pourquoi comparer à des distorsions aussi importantes que celles de la modification du contrat de travail. Le préjudice nécessaire n'apparaît pas nettement comme une anomalie. Bien au contraire, cette notion est mobilisée par toutes les chambres de la Cour de cassation (paragraphe 1) ce qui a grandement influencé l'usage du préjudice nécessaire par la chambre sociale de la Cour de cassation (paragraphe 2)

Paragraphe 1 : Une application généralisée par toutes les chambres

32. - Généralisation. Bien que la chambre sociale participe activement au développement du mécanisme de préjudice nécessaire, ce n'est pas la seule chambre à mobiliser cette notion. Bien au contraire toutes les chambres de la Cour de cassation ont déjà

⁶³ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, Droit du travail, 33^e éd., Précis Dalloz, n°28, p. 31 et s

mobilisé la notion de préjudice nécessaire. La chambre commerciale a initié le mouvement qui a ensuite été poursuivi par les autres chambres. Naturellement, la chambre criminelle substitue l'engagement de la responsabilité pénale à celle de la responsabilité civile. Ainsi elle n'est pas *a priori*⁶⁴ concernée par l'usage du préjudice nécessaire.

33. – Concurrence déloyale. Dans un arrêt vieux de trente ans, la chambre commerciale pose le principe selon lequel : *« il s'inférait nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice pour la société MBP, fût-il seulement moral »*⁶⁵. De nombreux arrêts ont ensuite été rendus sur le sujet, la terminologie de la Cour de cassation varie évoquant parfois l'existence d'un trouble commercial *« alors qu'il s'inférait nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice résultant des procédés fautifs utilisés contre la société GM et que celle-ci avait un intérêt né et actuel à ce que soient sanctionnés des faits générateurs d'un trouble commercial. »*⁶⁶ Néanmoins, de manière constante, la chambre sociale maintient l'idée d'un préjudice découlant « nécessairement » d'actes déloyaux⁶⁷. Il en résulte une jurisprudence riche en la matière mais circonscrite à cette simple hypothèse.

34. - Au-delà du trouble commercial. La première chambre civile s'est inspirée de la chambre commerciale pour sanctionner les actes de concurrence déloyale. Elle déduit systématiquement de ces actes fautifs un préjudice, un trouble commercial, ou un mélange de ces deux notions.⁶⁸

S'émancipant de la chambre commerciale, la première chambre civile exporte la théorie du préjudice nécessaire au-delà des actes de concurrence déloyale. Ainsi, cette règle a également été mobilisée dans le but d'indemniser l'atteinte au droit de la propriété littéraire et artistique⁶⁹, ou encore en matière de manquement à l'obligation d'information en matière médicale⁷⁰

⁶⁴ Sur un rare usage du préjudice nécessaire, v. Cass. crim., 20 oct. 2009, n° 09-82.611: RDT 2010, p. 328, note P. Jourdain : *« la constatation que la partie civile avait subi des violences impliquait nécessairement l'existence d'un préjudice et qu'il appartenait aux juges d'en rechercher l'étendue pour le réparer sans son intégralité. »*

⁶⁵ Cass. com., 9 févr. 1993, n° 91-12.258, Bull. civ. IV, n° 53

⁶⁶ Cass. com., 22 oct. 1985, n° 83-15.096, Bull. civ. IV, n° 245

⁶⁷ Cass. com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 07-19.861, inédit ; Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-69.272 ; Cass. com., 11 janv. 2017, n° 15-18.669, inédit ; Cass. com., 18 septembre 2019, n° 18-11.678, inédit

⁶⁸ Cass. 1^{er} civ., 22 oct. 2009, n°08-19.499, Bull. civ. I, n° 209 ; Cass. civ. 1, 6 juill. 2011, n° 10-20.588 : RJDA 01/12, p. 98 ; Cass. 1^{er} civ., 10 avr. 2019, n° 18-13.612, inédit

⁶⁹ Cass. 1^{er} civ., 11 oct. 1983, n° 82-11.458, Bull. civ. I, n° 225

⁷⁰ Cass. 1^{er} civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591 : D. 2010.1522, note P. Sargos

35.- Droits extrapatrimoniaux. Tout comme la première chambre civile, la deuxième chambre civile s'intéresse particulièrement à la sanction effective des atteintes aux droits extrapatrimoniaux qui sont des droits directement attachés à la personne.

Ainsi, la deuxième chambre civile s'est servie de cette notion pour engager automatiquement la responsabilité de l'auteur d'une atteinte aux droits de la personnalité tels que le droit au respect de la vie privée ou le droit à l'image⁷¹.

De manière plus résiduelle, la deuxième chambre civile recourt également à cette notion en cas de manquement à l'obligation d'information en matière bancaire⁷².

Tout comme les deux autres chambres civiles de la Cour de cassation, la troisième chambre civile opère un rapprochement entre la mise en œuvre du préjudice nécessaire et la constatation d'une atteinte à un droit subjectif.

Par un arrêt en son temps très remarqué, la troisième chambre civile, en matière d'atteinte au droit de la propriété⁷³, a jugé qu'« *indépendamment de préjudices particuliers dont il appartient aux demandeurs de justifier, la seule constatation d'une voie de fait ouvre droit à réparation.* » L'attendu de principe subordonne l'ouverture du droit à réparation à la constatation d'une voie de fait. Néanmoins, le visa se réfère à l'article 545 du Code civil relatif à l'atteinte au droit de propriété. C'est donc bien l'atteinte au droit de propriété qui permet la mise en œuvre du préjudice nécessaire.

Ainsi, la notion de préjudice nécessaire est sollicitée par toutes les chambres de la Cour de cassation. Il convient de noter qu'il n'existe pas d'opposition entre les chambres qui partagent des solutions identiques sur des sujets similaires. Toutefois, comme dans d'autres pans du droit, il a pu être reproché à la chambre sociale de la Cour de cassation un usage intensif et désordonné de cette notion.

Paragraphe 2 : Une application favorisée par la chambre sociale

36. – Les réelles raisons de l'indignations. Plus que le préjudice déduit de la faute, plus que la déformation d'une disposition aussi ancienne que le Code civil⁷⁴ lui-même. C'est

⁷¹ Cass. 2^e civ., 18 mars 2004, n° 02-12.743, Bull. civ. II, n°135

⁷² Cass. 2^e civ., 15 sept. 2022, n° 21-13.670 : D. 2022.1955, note C. Bouland

⁷³ Cass. 3^e civ., 9 sept. 2009, n° 08-11.154, Bull. civ., III, n° 185

⁷⁴ C. civ., art. 1382 anc.

davantage l'usage de ce préjudice par la Chambre sociale qui a provoqué de vives critiques saluant⁷⁵ ou bien au contraire décriant⁷⁶ ce choix.

37. – Similitudes. Dans la lignée des autres chambres civiles, la chambre sociale de la Cour de cassation permet également aux victimes d'une atteinte à un droit subjectif de bénéficier du préjudice nécessaire. A titre d'illustration, les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation⁷⁷ ont décidé qu'un employeur qui produit un message adressé à un salarié, à un autre salarié, sur le réseau social Facebook constituait une atteinte à la vie privée qui ouvre droit à réparation. En tout état de cause, l'atteinte à la vie privée ainsi qu'au droit à l'image constitue désormais un domaine important de la mise en œuvre du préjudice nécessaire en droit du travail.

Sa mise en œuvre est néanmoins limitée lorsqu'est invoqué le respect du droit à la preuve fondé sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CESDH). Cet article garantit le droit à procès équitable. Cela implique que les preuves obtenues de manière illicite ou déloyale ne sont plus écartées systématiquement des débats. Pour rappel, la preuve déloyale est une preuve « *recueillie à l'insu de la personne, autrement dit de manière clandestine ou collectée à l'aide de manœuvres ou d'un stratagème.* »⁷⁸ En revanche, la preuve illicite est beaucoup plus appropriée à notre propos en ce qu'elle porte « *atteinte à un droit subjectif de l'adversaire ou à un intérêt juridiquement protégé* »⁷⁹. L'admission de ses preuves est conditionnée à la satisfaction d'un double contrôle de nécessité et de proportionnalité⁸⁰. Ainsi, le droit à la preuve sera mis en perspective avec les droits contradictoires en présence. En conséquence, si la preuve illicite permet l'exercice effectif du droit à la preuve alors il ne semble pas que la victime puisse obtenir réparation, indépendamment d'une atteinte à son droit à l'image ou de son droit à la vie privée.

38. - Disparités. Le champ d'application du préjudice nécessaire est donc strictement circonscrit par les chambres de la Cour de cassation qui mobilisent prudemment cette notion. À l'inverse, la chambre sociale de la Cour de cassation a été particulièrement critiquée pour avoir multiplié les cas d'application en la matière. Partant, le préjudice nécessaire a été étendu

⁷⁵ A. Dejean de la Bâtie, Coup d'arrêt en matière de préjudice automatique des salariés : JS Lamy 2016, n° 411-2

⁷⁶ P. Bailly, La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ? : RDT 2017, p. 374

⁷⁷ Cass. soc., 12 nov. 2020, n°19-20.583, préc.

⁷⁸ G. Vial, « Droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée dans le contentieux du travail : des articulations confuses » : RDT 2023, p. 157

⁷⁹ P. Adam, « Le droit à la preuve : au tour (autour) de la preuve déloyale » : SSL janv. 2024, n° 2075

⁸⁰ Cass. ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648, RJS 2/24 n° 72 ; Cass. ass. plén., 22 déc. 2023, n° 21-11.330 : RJS 2/24 n° 72 ; Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802 : RJS 5/23 n° 235 ; Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798

des irrégularités de forme de la procédure disciplinaire à la violation de la procédure de l'entretien préalable au licenciement. La « banalisation »⁸¹ était telle que plus d'une vingtaine de préjudices nécessaires ont été révélés par la jurisprudence sociale.

Section 2 : L'application potentielle

39. – Redéfinition. Pour éclairer la notion de préjudice nécessaire nombreux sont les partisans d'une distinction entre le dommage et le préjudice (paragraphe 1). De manière tout aussi pertinente la reconnaissance en droit positif des dommages et intérêts punitifs permettrait également de légitimer l'usage du préjudice nécessaire (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Distinguer le dommage du préjudice

40. – Propositions. La proposition doctrinale visant à distinguer le préjudice du dommage, bien qu'éclairante, n'est pas consacrée par le droit positif. Tant le juge du travail, que celui des autres disciplines, ne consacrent pas cette distinction (A). Les espoirs se déportent alors vers les potentielles réformes législatives (B).

A. La distinction vue par la doctrine

41. – Intérêt. Fondé sur le célèbre article 1240 du Code civil⁸², le préjudice constitue aux côtés du lien de causalité, et de la faute une des conditions d'engagement de la responsabilité civile. Pourtant, il existe un important courant doctrinal qui milite pour une distinction entre le préjudice et le dommage (1). Par ailleurs, le préjudice nécessaire qui est essentiellement un préjudice moral pourrait gagner en limpidité si la distinction entre dommage et préjudice était consacrée (2).

1. Le principe de la distinction

42. – Origine de la distinction. De manière surprenante, d'aucuns remarquent qu'en droit du travail, le préjudice est souvent délaissé au profit des notions de faute et de lien de causalité. Pour preuve, au sein de l'index du Code de travail, la notion de préjudice est limitée au seul préjudice d'anxiété.

⁸¹ J. Mouly, Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux ?, préc.

⁸² C. civ., art 1382 anc.

Pour expliquer cette hiérarchie des conditions, le Professeur J-F. Cesaro⁸³ releva très justement la réflexion de J. Carbonnier : « *lors de la renaissance du droit de la responsabilité, à la fin du XIXe siècle, le concept de faute avait retenu le meilleur de l'attention et refoulé la notion de dommage, sans doute parce qu'il se prêtait mieux aux développements psychologiques et philosophiques.* »⁸⁴ L'usage du terme *dommage* dans cet extrait rappelle que les juristes d'antan préféraient à la notion de « préjudice » celle de « dommage ». De ces termes, encore aujourd'hui synonymes, interchangeables, un mouvement doctrinal défend pourtant l'idée d'une distinction. Ce mouvement prône un retour aux origines sémantiques de ces deux notions qui initialement étaient distinguées⁸⁵. D'un côté, le « *damnum* » issu de la loi d'*Aquillia* représentait l'atteinte à l'intégrité d'une chose indifféremment de la recherche d'un préjudice, de toute conséquence juridique. De l'autre côté, le « *praejudicium* » apparaissait comme la conséquence juridique du *damnum*, d'où l'utilisation l'usage du terme *jus* au sein du terme de *praejudicium*.

43. - Du fait au droit. La volonté de réhabiliter cette conception romaine transcende le droit du travail pour irriguer toutes les branches du droit. Le dommage constituerait un élément de fait dont la matérialisation serait objectivement constable. Il s'agirait donc du « siège de l'atteinte »⁸⁶. Ce siège déterminerait le caractère corporel (en cas d'atteinte à l'intégrité psychique ou physique), moral (atteinte à un droit extra-patrimonial relatif aux matières autres que celles qui se rapportent au patrimoine⁸⁷) ou matériel du dommage (en cas d'atteinte aux biens)⁸⁸. Ce n'est que par suite apparaîtrait le préjudice qui constituerait la manière dont le droit appréhendait le dommage. Il s'agirait ici des conséquences subjectives de l'atteinte du point de vue de la victime. À titre d'illustration, pour un même dommage, un musicien ou un artisan ayant eu un doigt sectionné subirait un préjudice beaucoup plus important qu'une autre personne n'exerçant pas ces professions. À ce titre, le rapport Lambert-Faivre soutenait que « *le préjudice relève du droit : il exprime l'atteinte aux droits subjectifs patrimoniaux ou extrapatrimoniaux qui appellent une réparation dès lors qu'un tiers en est responsable. Le préjudice marque le passage du fait (le dommage) au droit (le préjudice)* ».⁸⁹

⁸³ J.-F. Césaro, Le préjudice en droit du travail : RJS 12/19, p. 827

⁸⁴ J. Carbonnier, Droit civil, Les biens, les obligations : PUF 2004 n° 1126.

⁸⁵ H. Mazeaud, Traité théorique et pratique de la resp. civ., t. 1, 4^e éd., 1947, p. 229, n°208, note 1.

⁸⁶ H. Gali, La nécessité du préjudice en droit du travail, préc.

⁸⁷ G. Cornu, « Extrapatrimonial », in Vocabulaire juridique, préc., p. 443.

⁸⁸ G. Ripert et J. Boulanger, Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol. t. 2, LGDJ, 1957, p. 373

⁸⁹ Y. Lambert-Faivre (prés.), Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel, 2003

2. L'application en droit du travail

44. - Donner du sens au préjudice. La distinction classique, entre existence et étendue du préjudice, ne convainc pas totalement pour plusieurs raisons. Son caractère paradoxal est notamment mis en avant par Madame L. Gratton⁹⁰. Elle s'étonne que l'existence du préjudice soit affirmée alors même que son étendue puisse être vidée de sa consistance, indemnisée d'un euro symbolique qui ne dit pas son nom ou encore déclaré nulle. C'est typique des hypothèses susceptibles de se poser en matière de préjudice nécessaire. C'est la raison pour laquelle, la distinction entre dommage et préjudice devrait lui être substituée. La reconnaissance du dommage permettrait une réparation en nature (la fin de l'illicite). Tandis que la réparation du préjudice permettrait une réparation par équivalent (l'indemnisation des conséquences du dommage).

45 .-Variation de sémantique. Il n'aura pas échappé que contrairement à la notion de préjudice, le droit du travail est peu familier de la notion de dommage. À ce titre, le Professeur M. Keim-Bagot⁹¹ souligne le caractère inusuel de notions telles que le « *dommage moral* » ou « *dommage matériel* ».

Pourtant, la consécration de cette théorie trouverait tout son sens en droit du travail. D'autant plus que depuis le revirement de 2016⁹², qui restreint le champ d'application du préjudice nécessaire, les arrêts postérieurs pourraient désormais être rangés en deux catégories. D'un côté, ceux qui déduisent un préjudice de la constatation d'une faute. Le juge devant apprécier l'étendue du préjudice. C'est notamment ce qui est jugé en matière d'absence de mise en place des institutions représentatives du personnel⁹³ ou de perte injustifiée d'emploi⁹⁴. De l'autre côté, ceux qui de la constatation d'une atteinte ou d'un manquement en déduisent, non pas l'existence d'un préjudice, mais l'ouverture d'un droit à réparation. C'est notamment ce qui est jugé en matière d'atteinte au droit à la vie privée⁹⁵, atteinte au droit à l'image⁹⁶ ou encore en cas de dépassement à la durée maximale de travail.⁹⁷ Cette variation de sémantique

⁹⁰ L. Gratton, Le dommage déduit de la faute, préc.

⁹¹ M. Keim-Bagot, Atteinte à la dignité du salarié et réparation du préjudice distinct : une consécration de la distinction entre dommage et préjudice moral en droit social ? : La semaine juridique social n°12, 28 mars 2023, n°1085

⁹² Cass. soc., 13 avr. 2016, préc

⁹³ Cass. soc., 15 mai 2019, n°17-22.224, préc.

⁹⁴ Cass. soc., 13. sept. 2017, n°16-13.578 : Dr. soc. 2017, p. 1074, note J. Mouly

⁹⁵ Cass. soc., 7 nov. 2018, n°17-16.799 : RJS 1/19, n°5

⁹⁶ Cass. soc., 19 janv. 2022, n°20-12.420 : RJS 4/22, n° 175

⁹⁷ Cass. soc., 26 janv. 2022, n°20-21.636 : Dr. soc 2022, p. 369, note J. Mouly

signifierait que l'ouverture du droit à réparation ne présumerait que du dommage. Alors que la déduction d'une faute du manquement présumerait de l'existence même du préjudice. Pour les partisans de cette thèse, il s'agirait d'une différence au sein même de la règle de fond.⁹⁸

46. – Office du juge. En pratique, lorsqu'il résulte de la constatation d'un manquement l'existence d'un préjudice alors le dommage serait automatiquement et nécessairement caractérisé. Dans cette hypothèse, tant les conditions d'engagement de la responsabilité (par la constatation du dommage) que les conditions d'indemnisation seraient réunies (par l'évaluation du préjudice). Ainsi, l'office du juge s'en trouverait circonscrite en ce qu'il ne pourrait refuser d'indemniser la victime.

En revanche, si la constatation de l'atteinte ouvre le droit à réparation sans pour autant en déduire l'existence d'un préjudice. Alors, seul serait présumé le dommage. La victime devant encore démontrer l'existence du préjudice ainsi que son étendue. En d'autres termes, les conditions d'engagements de la responsabilité seraient satisfaites sans que ne soit réunies celles relatives aux conditions d'indemnisation.

Cette distinction était prometteuse eu égard aux décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation en matière d'atteinte aux droits extra-patrimoniaux. La solution avait le mérite d'être logique et cohérente. Ainsi l'expression formelle « *ouvrant droit à la réparation* » est utilisée pour tous les contentieux se rapportant à la démonstration d'un préjudice en cas de manquement à la durée maximale : quotidienne légale⁹⁹ ou conventionnelle¹⁰⁰ ainsi qu'hebdomadaire¹⁰¹. On aurait donc pu penser que la Cour aurait pu implicitement consacrer cette distinction.

Néanmoins, dans d'autres matières relevant d'actuels préjudices nécessaires, tels que le non-respect des diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives et sans que ne soit établi un procès-verbal de carence, la Cour de cassation n'a pas recours à la formule « *ouverture d'un droit à réparation* ». Alors même qu'il n'est porté à aucun droit patrimonial. Elle lui substitue l'expression « *faute qui cause un préjudice aux salariés.* »¹⁰² Ainsi, cette

⁹⁸ L. Gratton, Le dommage déduit de la faute : préc ; H. Gali, La nécessité du préjudice en droit du travail, préc. ; M. Keim-Bagot, Atteinte à la dignité du salarié et réparation du préjudice distinct : une consécration de la distinction entre dommage et préjudice moral en droit social ?, La semaine juridique social n°12, 28 mars 2023, n°1085

⁹⁹ Cass. soc., 11 mai 2023, n°21-22.281 : RTD Civ. 2023. p. 702

¹⁰⁰ Cass. soc., 7 févr. 2024, n°21-22.809 : JCP S 2024, 1108, note M. d'Allende, A. Froz

¹⁰¹ Cass. soc., 26 janv. 2022, n°20-21.636 : JCP S 2023, 1255, note J.-P. Lhernould

¹⁰² Cass. soc., 17 octobre 2018, 17-14.392 : RJS 12/18, n° 730

summa divisio entre préjudice et dommage reste encore cantonnée au rang de propositions doctrinales.

B. La distinction vue par la réforme

47. – Espoir. Cette proposition doctrinale visant à distinguer le préjudice du dommage n'est pas consacrée par le droit positif. Sans développer outre mesure sur les projets n'ayant pas abouti¹⁰³, la dernière initiative en la matière a été menée par des sénateurs. Ainsi, le 29 juillet 2020, plusieurs sénateurs déposèrent sur le bureau du Sénat une proposition de réforme de la responsabilité civile. Cette proposition sénatoriale de loi portant réforme de la responsabilité civile comprend un article intéressant. L'article 1235 de ce projet prévoit qu'« *est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial* »¹⁰⁴. Partant, il pourrait exister des dommages sans préjudice mais il ne saurait y avoir de préjudice sans dommage. L'article aurait été inséré dans une section se rapportant « *aux dispositions communes aux responsabilités extracontractuelle et contractuelle* ». La consécration de la distinction à travers le prisme du préjudice nécessaire aurait permis au juge de ne présumer que le dommage. Ce mécanisme aurait évité l'indemnisation d'un « *préjudice virtuel* »¹⁰⁵, l'employeur ne serait plus systématiquement condamné à verser des dommages-intérêts.

48. – Echec. Néanmoins, la proposition de loi prévoyait une entrée en vigueur de ses dispositions au 1^{er} janvier 2022. Or, force est de constater que cette proposition n'a pas été adoptée. Il semblerait qu'en l'état actuel des choses, cette proposition est renvoyée à la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale.

Paragraphe 2 : Admettre les dommages et intérêts punitifs

49. – Ni perte ni profit. En droit positif, le juge ne peut condamner l'auteur d'un manquement à des dommages et intérêts punitifs. Lorsque la victime bénéficie d'une

¹⁰³ Le projet de réforme de la responsabilité civile de la Chancellerie présenté le 13 mars 2017, F.Terré (dir.), Avant-Projet de 2012, P. Catala (dir.), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription de 2005, avant-projet de loi relatif à la réforme du droit de la responsabilité civile du 29 avril 2016

¹⁰⁴ Proposition sénatoriale de loi portant réforme de la responsabilité civile, 29 juill.2020, spéc. art. 1235

¹⁰⁵ P. Bailly, La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ?, préc.

indemnisation, il ne doit en résulter « ni perte ni profit. »¹⁰⁶. Donc, l'engagement de la responsabilité civile doit compenser l'entier dommage¹⁰⁷, ni plus, ni moins, conformément au principe de réparation intégrale.

Pour définir la logique qui irrigue le droit de la responsabilité civile, le Professeur P. Brun évoquait une « *équivalence quantitative entre le préjudice subi et la réparation octroyée.* »¹⁰⁸

50. – Une occasion manquée. Il aurait tout à fait pu en être autrement, car le droit de l'Union européenne laisse une importante marge de manœuvre aux juges nationaux. Selon la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰⁹, la directive n° 2006/54/CE « *permet mais ne s'oppose pas aux Etats membres de prendre des mesures prévoyant le versement de dommages et intérêts punitifs* ». Sa reconnaissance aurait permis de mettre fin à l'utilité du préjudice nécessaire qui parfois prend les allures de dommages et intérêts punitifs qui ne disent pas leur nom.

Toutefois, en son état actuel le dernier projet de réforme en date¹¹⁰, ne comprend pas de dispositions relatives à la mise en place de dommage et intérêts punitifs.

¹⁰⁶ Cass. civ. 2, 23 janv. 2003, n° 01-00.200, Bull. civ., II, n° 20

¹⁰⁷ Cass. civ. 2, 6 juill. 1983, n° 82-10.581, Bull. civ., II, n° 143

¹⁰⁸ P. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, 5^e ed., LexisNexis, 2018, n°598

¹⁰⁹ CJUE, 17 dec. 2015, aff. C-407/14, Maria Auxiliadora Arjona Camacho c/ Securitas Seguridad Espana SA, n°40

¹¹⁰ Proposition sénatoriale de loi portant réforme de la responsabilité civile, 29 juill. 2020, préc.

Titre II : Les finalités du préjudice nécessaire

51 – Ambivalence. D’aucuns s’accordent à considérer que la réparation en droit du travail « *souffre d’une ambivalence notable* »¹¹¹. Pour preuve, l’organisation en 2022 de la rencontre d’automne de l’AFDT sur le thème « *Les désordres de la réparation et le droit social* ». Les participants ont mis en avant des difficultés notables liées à : l’identification des dommages, l’évaluation des préjudices, ainsi que l’introduction d’une action en réparation. Les développements sur les spécificités travaillistes se sont cristallisés sur la notion de préjudice nécessaire¹¹².

52 – Réparation. Lorsque le juge met en œuvre le préjudice nécessaire, le droit de la responsabilité civile de droit commun est écarté. Toutefois cette mise à l’écart n’existe que pour la première partie du raisonnement. Une fois le préjudice caractérisé, le droit de la responsabilité civile retrouve sa pleine efficacité pour encadrer la fixation de l’indemnisation. (Chapitre I)

53- Puniton. Il est bon de rappeler que la responsabilité civile est née de la responsabilité pénale. Ce n’est que tardivement que ces deux responsabilités se sont peu à peu détachées l’une de l’autre¹¹³. Pourtant, le préjudice nécessaire semble à nouveau unir ces deux éléments pour conférer à la responsabilité une véritable fonction de peine privée. Après analyse, cette aberration n’en est pas tellement une. A ce titre, le Professeur B. Starck écrivait qu’« *il est facile de voir que le droit pénal ne peut, à lui seul, assumer toute la tâche de la répression et de la prévention des activités coupables et dommageables.* »¹¹⁴ De manière unanime, personne ne conteste le caractère dissuasif et répressif de la responsabilité civile¹¹⁵. Cette fonction moderne de la responsabilité civile s’illustre notamment en matière de préjudice nécessaire. C’est sans doute l’illustration parfaite de la finalité punitive de la responsabilité civile¹¹⁶. (Chapitre II)

¹¹¹ H. Péliissier, E. Housser, Le préjudice nécessaire à géométrie (très) variable en droit du travail : JS Lamy, n°5750576, 1^{er} déc. 2023

¹¹² F. Guiomard, J.-G. Huglo, I. Desbarats, L. Bento de Carvalho, S. Ranc, E. Coulombel, Dossier : Le droit social et les désordres de la réparation : Droit social 2023, p. 284

¹¹³ P. Jourdain, les principes de la responsabilité civile, préc., p. 8

¹¹⁴ B. Starck, Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, L. Rodstein, Paris, 1947, p. 358

¹¹⁵ F. Terré, « Propos sur la responsabilité civile », Archives de philosophie du droit, 1977, p. 40

¹¹⁶ A. Jault, La notion de peine privée en droit français, LGDJ, Paris, 2005.

Chapitre 1 : La finalité classique

54 – Sanctions civiles. Il a pu être avancé que le Code du travail ne prévoit pas de disposition générale qui soumettrait l'employeur à un régime de responsabilité civile. Par voie de conséquence, il est alors indispensable de se référer aux textes applicables au sein du Code civil. De cette constatation, il a pu en être déduit que l'engagement de la responsabilité de l'employeur n'est pas « *naturel* »¹¹⁷ en droit du travail. L'expansion d'un préjudice nécessaire en la matière est donc doublement à contre-courant en ce qu'il érige la responsabilité de l'employeur pratiquement au même rang qu'une responsabilité de plein droit (section 1). Une fois la responsabilité engagée, il convient de se demander comment sera réparé le préjudice. En droit du travail on retrouve deux grandes catégories de sanctions civiles¹¹⁸. D'une part, les mesures de rétablissement de la légalité par la suppression de l'acte juridique ou de la situation illicite. Cela va se traduire en droit du travail par la demande de nullité du licenciement ainsi que la réintégration dans l'emploi. D'autre part, la réparation en tant que telle, par l'indemnisation. Classiquement, l'indemnisation est alors évaluée souverainement par les juges du fond¹¹⁹ (section 2).

55 – Préjudice réparable. Longtemps ignoré en droit du travail au profit du préjudice matériel, le préjudice est désormais « *incontestablement réparable devant le conseil de prud'hommes* »¹²⁰. Loin d'être une position isolée, les juridictions judiciaires¹²¹, administratives¹²² et répressives¹²³ reconnaissent également ce préjudice. Concernant la jurisprudence de la chambre sociale, il apparaît que le préjudice nécessaire emprunte toutes les caractéristiques d'un préjudice moral. À juste titre, il comporte « *les qualités d'abstraction et de plasticité nécessaires, la catégorie de préjudice moral est, au fond, la seule susceptible d'embrasser toutes les hypothèses dans lesquelles l'existence du préjudice est déduite de la faute* »¹²⁴

¹¹⁷ D. Asquinazi-Bailleux, Le préjudice moral devant le conseil de prud'hommes : Droit social 2017 p.910

¹¹⁸ E. Peskine, Exécution forcée, réparation, pénalités – Quelques réflexions sur l'évolution des sanctions en cas de manquements de l'employeur à ses obligations : RJS 7/19, p. 507

¹¹⁹ Cass., ass. plén., 26 mars 1999, n°95-20.640, P n°3 : JCP 2000. I. 199, n° 12, note . G.Viney

¹²⁰ D. Asquinazi-bailleux, Le préjudice moral devant le conseil de prud'hommes : Dr. social 2017, p. 910

¹²¹ Civ., 13 févr. 1923, D. 1923. 1. 52, note H. Lalou

¹²² CE, 24 nov. 1961 : D. 1962, p. 35, concl. Heumann

¹²³ C. Bloch et P. Le Tourneau, Droit de la responsabilité civile et des contrats. Régimes d'indemnisation 2021-2022, 2020, Dalloz, Dalloz Action, n° 2125-11

¹²⁴ L. Gratton, Le dommage déduit de la faute, préc.

Section 1 : La responsabilité engagée

56 – Responsabilité juridique. La responsabilité peut être définie comme : « *L'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires* »¹²⁵ Par cette définition, la responsabilité juridique, s'oppose ainsi à la responsabilité morale (relevant de la conscience), la responsabilité sociale (le jugement de ses pairs) ou encore à la responsabilité politique (des élus devant les électeurs). Au sein de cet ensemble, le rôle de la responsabilité juridique est singulier, il consiste « *à réparer le dommage causé à autrui dont l'intérêt légitime a été injustement lésé par un acte contraire à l'ordre juridique* »¹²⁶ Ainsi, l'engagement de la responsabilité civile satisferait la recherche d'un équilibre pour que la victime d'un fait dommageable obtienne une indemnisation. Dès lors que l'indemnisation résulte d'un préjudice que le juge n'est pas autorisé à laisser sans réparation alors l'auteur de la faute, ici l'employeur, se retrouve dans une situation comparable à celle résultant d'un régime de responsabilité de plein droit (paragraphe 1).

57 – L'hypothèse de la contractuelle. Classiquement, conformément à la théorie moderne, le droit de la responsabilité civile est partagé entre d'une part la responsabilité extracontractuelle et d'autre part la responsabilité contractuelle. La responsabilité contractuelle se démarque en ce qu'elle est « *consécutive à une inexécution contractuelle qui acquiert une certaine autonomie et apparaît en tout cas distincte de l'obligation primitive.* »¹²⁷ Jusqu'à présent l'étude du préjudice nécessaire s'est déroulée sous le prisme du droit de la responsabilité extracontractuelle. Néanmoins, l'analyse contraire ne devrait pas être exclue aussi facilement. Il convient de s'intéresser à l'étude du préjudice nécessaire au regard de l'engagement d'une potentielle responsabilité contractuelle (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La responsabilité de plein droit

58 – En droit civil. Le droit de la responsabilité civile « de droit commun » n'est pas étranger de ces régimes de responsabilité de plein droit. C'est notamment le principe applicable au régime de responsabilité du fait d'autrui : « *les personnes tenues de répondre du fait d'autrui au sens de l'article 1384, alinéa 1, ne peuvent s'exonérer de la responsabilité de*

¹²⁵ G. Cornu et alii, Vocabulaire juridique, 14^e éd., Puf, « quadrige », 2022, v° *Responsabilité*, I.

¹²⁶ J. Julien, C. Bloch, M. Poumadère, A. Giudicelli, C. Guettier, D. Krajewski, Philippe le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, préc. p. 28

¹²⁷ P. Jourdin, les principes de la responsabilité civile, préc., p. 32

*plein droit résultant de ce texte en démontrant qu'elles n'ont commis aucune faute.»*¹²⁸ . La responsabilité est engagée sans que l'exigence d'une faute ne soit requise.

59 – En droit du travail. Le propre du préjudice nécessaire c'est qu'il permet d'engager la responsabilité de son auteur quand bien même le salarié ne subit, en fait, aucun préjudice. Partant, d'aucuns¹²⁹ considèrent que conformément à ce mécanisme, la faute induisant nécessairement un préjudice présenterait des similitudes avec une responsabilité de plein droit pour laquelle l'auteur, même en l'absence de préjudice, ne pourrait s'exonérer. À la seule différence près, que c'est non pas l'absence de faute mais bien l'absence de préjudice qui est indifférent. Partant, de façon analogue à la responsabilité des pères et mères, la démonstration d'un fait irrésistible, imprévisible et extérieur permettrait-il d'échapper à cette responsabilité ? Si en effet, le préjudice nécessaire met en œuvre un régime de responsabilité de plein droit conditionné à l'existence d'un préjudice déduit de la faute, alors cette cause d'exonération devrait pouvoir s'appliquer.

Paragraphe 2 : La responsabilité contractuelle

60 – La force obligatoire des contrats. Pour expliquer les effets du préjudice nécessaire de nombreuses théories ont émergé. Elles sont atypiques en ce qu'elles diffèrent de la dynamique opposant règle de fond et présomption irréfragable. Au contraire, ces théories bien en amont vont questionner le fondement même du préjudice nécessaire en prenant pour appui pour la force obligatoire des contrats.¹³⁰ Avant d'évoquer ce principe cardinal, encore faut-il qu'une responsabilité contractuelle soit engagée. Pour ce faire, il est nécessaire de réunir trois éléments : un contrat valable, un dommage qui résulte d'une inexécution née du contrat, enfin, un contrat qui relie le responsable à la victime¹³¹ . Ce sont *a priori* des éléments qui sont réunis en droit du travail. Premièrement, le salarié signe un contrat de travail. Deuxièmement, il existe un lien de droit entre le salarié et l'employeur cocontractant. Troisièmement, et il s'agit là du critère le plus crucial, il convient de bien séparer les manquements légaux (*par exemple ceux fondés sur un manquement procédural ou une atteinte à un droit fondamental*) de ceux nés du contrat qui, après analyse, sont loin d'être légion. Pour la suite des développements, il sera donc nécessaire de supposer que le manquement est bien né du contrat.

¹²⁸ Cass. crim., 26 mars 1997, n°95-83.957, D. 1997 496, note P. Jourdain

¹²⁹ L. Gratton, Le dommage déduit de la faute, préc.

¹³⁰ C. civ. 1103 qui dispose : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.* »

¹³¹ P. Jourdain, les principes de la responsabilité civile, préc., p. 32

61- Contrat de travail. Il existe un mouvement doctrinal qui s'oppose à la notion classique de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle. Pour ses partisans, en matière contractuelle, il s'agit moins de réparer un préjudice que de traduire la force obligatoire des contrats. Il s'agirait de permettre au créancier de donner droit à l'exécution du « *plus contractuel* »¹³² indépendamment de l'existence d'un préjudice. C'est un point de vue que présente le Professeur G. Duchange ¹³³ caractérisant un lien entre l'existence du préjudice nécessaire et le défaut d'exécution du contrat de travail. C'est pourquoi, d'aucuns pourraient penser que le préjudice nécessaire pourrait s'inscrire dans le champ du contractuel plutôt que délictuel.

62. - Contrat de société. Au-delà du contrat de travail, il existe aussi de nombreuses similitudes entre la relation de travail et le contrat de société. Le premier point commun se cristallise autour de la participation du salarié (pour le contrat de travail) ou de l'associé (pour le contrat de société) à l'organisation d'un groupement. Tandis que d'un côté, l'associé dispose « *de droits propres* » dont le triptyque se décompose en : « *participation au pouvoir* », « *recevoir une part des bénéfices* », « *ne pas être exclu du groupement* ». Un triptyque similaire est décelable dans le cadre de la relation de travail.

Tout d'abord, le salarié a également vocation à participer au pouvoir par le prisme du dialogue social. Tant par le biais des délégués syndicaux qu'en application de la négociation atypique dans un processus de négociation collective. Cette hypothèse peut aussi, de manière plus directe, faire référence aux salariés actionnaires. De manière plus indirecte, la consultation du comité sociale et économique pourrait également s'apparenter à une certaine participation au pouvoir. Plus rarement, c'est une situation qui se rencontre également lorsqu'un salarié est élu administrateur¹³⁴ lui permettant ainsi d'être présent au sein des instances de gouvernance de son entreprise.

Ensuite, le salarié a vocation à recevoir une part des bénéfices. Deux mécanismes correspondent parfaitement à cette idée. D'une part, l'intéressement qui a pour objet « *d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise.* ¹³⁵ » lorsque l'entreprise décide de le mettre en place. D'autre part, la participation

¹³² G. Duchange, le préjudice (social) nécessaire, Bulletin Joly travail, Février 2021

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ C. com. L. 225-28

¹³⁵ C. trav. L. 3312-1

qui a pour objet : « *de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise.* »¹³⁶

Enfin, la dernière branche du triptyque suppose que le salarié ne soit pas exclu du groupement. Cette prohibition n'est pas sans rappeler l'interdiction de licencier un salarié en l'absence de cause réelle et sérieuse qui est un principe cardinal du droit du travail.¹³⁷

63 – Synthèse. Cette théorie assez unique aurait pu trouver application dès lors que l'on constate que pour deux des trois branches du triptyque : un préjudice est automatiquement déduit. En matière de droit à l'emploi (se référant à l'exclusion du groupement) ainsi que pour l'absence de mise en place des institutions représentatives du personnel (se référant à la participation au pouvoir). Néanmoins, la dernière branche du triptyque n'a pas depuis 2016 fait l'objet d'un préjudice nécessaire. Ainsi, cette théorie qui se base sur la force exécutoire des contrats en cas d'inexécution de l'employeur comprend des parallèles intéressants sans pour autant emporter totalement la conviction.

Section 2 : Évaluation souveraine des juges du fond

64.- Indemnisation Une fois la responsabilité engagée l'office du juge consiste à fixer l'étendue du préjudice indemnisable qui peut parfois être circonscrite par l'intervention du législateur (paragraphe 1). Pour ce faire l'indemnisation suit les règles imposées par les principes directeurs habituels en droit de la responsabilité civile (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une responsabilité encadrée

65 – Indemnisation souveraine. La mise en œuvre de la règle de fond propre au préjudice nécessaire matérialise une distorsion des conditions traditionnelles d'engagement de la responsabilité civile. Néanmoins, cette spécificité est uniquement circonscrite au champ de la caractérisation du préjudice. Les principes directeurs du droit de la responsabilité civile retrouvent leurs pleines efficacités pour la suite du processus. L'appréciation souveraine des juges du fond en matière d'évaluation de l'indemnisation est l'un d'entre eux. Pour preuve, le dispositif de l'arrêt ayant marqué le net reflux du préjudice nécessaire qui se résume sommairement à la formule : « *l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond* ». ¹³⁸

¹³⁶ C. trav. L. 2233-1

¹³⁷ C. trav. L. 1232-1 et C. trav. L. 1233-2

¹³⁸ Cass. soc., 13 avr. 2016, préc.

Cette formule est une reprise d'un arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation¹³⁹ qui affirmait déjà l'appréciation souveraine des juges du fond pour évaluer le montant de l'indemnité attribuée à la victime.

66 –Souveraineté encadrée. Il est toutefois des hypothèses où l'office du juge est moins important que ce qu'il aurait dû être en raison de l'intervention du législateur. En dépit de l'exigence constitutionnelle de réparation du dommage¹⁴⁰ il a été jugé que cette exigence : « *Ne fait pas obstacle à ce que législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée* »¹⁴¹. C'est tout à fait une situation qui se retrouve avec l'encadrement des indemnités pour licenciement sans cause réelle dont l'idée s'est propagée lors de la préparation de la loi *El Khomri*¹⁴². Finalement, cet encadrement fut concrétisé à l'occasion de la réforme du Code du travail organisée par ordonnances. Ainsi, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, introduisit l'article L.1235-3 du Code du travail. Médiatiquement plus connu sous le nom de *Barème Macron*.

Avant cette réforme, dans les entreprises de plus de onze salariés et lorsque le salarié avait au moins deux ans d'ancienneté, le juge accordait une indemnité au salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, indépendamment de la réunion des conditions de la responsabilité civile¹⁴³. L'aspect de peine privée envers l'employeur était d'ailleurs très palpable car l'indemnisation ne pouvait être inférieure à six mois de salaire peu important l'étendue réelle du préjudice.¹⁴⁴

À l'inverse dans les entreprises de moins de onze salariés, lorsque le salarié avait au moins deux ans d'ancienneté, il était légalement prévu qu'il « *pouvait prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi* »¹⁴⁵ largement interprété comme la possibilité de demander la réparation du préjudice subi. Néanmoins, par

¹³⁹ Cass., ass. plén., 26 mars 1999, préc.

¹⁴⁰ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC), art. 4 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* »

¹⁴¹ Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, AJDA 2010. 1232

¹⁴² Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

¹⁴³ C. trav. L. 1235-3 anc.

¹⁴⁴ Cass. soc. 17 janv. 1979, n° 77-41.445

¹⁴⁵ C. trav. L. 1235-5 anc.

une décision très critiquée¹⁴⁶, il a été jugé que : « *la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue* »¹⁴⁷.

Paragraphe 2 : Une réparation de droit commun

67 - Modification de l'appréciation. Le revirement de 2016¹⁴⁸ laissait interrogateur quant à l'indemnisation des préjudices. Le retour à l'orthodoxie s'accompagnerait-il d'une plus stricte appréciation de l'étendue du préjudice ? Cela ne semble pas être le cas, le revirement se cantonnant à la preuve de la démonstration du dommage. D'autant plus qu'après analyse le préjudice nécessaire reste globalement un préjudice dont l'indemnisation est relativement faible.

68 – Principe fondamental. « *Parmi les mythes fondateurs du droit de la responsabilité civile, le principe de réparation intégrale du dommage figure assurément en bonne place* »¹⁴⁹. Elle implique une indemnisation individualisée qui correspond strictement à l'évaluation de chaque préjudice. Néanmoins lorsque le juge est confronté à l'indemnisation du préjudice nécessaire, la nature de ce préjudice déduit de la faute, suppose une évaluation dont l'indemnisation est difficilement estimable. Pour autant, le juge doit s'efforcer de respecter ce dogme juridique (A) qui, en pratique, aboutit nécessairement à des difficultés d'évaluation du préjudice (B).

A. Une réparation intégrale

69 - Réparation intégrale : Pas de forfait. Conformément au principe de réparation intégrale le droit commun prohibe les réparations forfaitaires. Cette interdiction a par exemple été rappelée par la chambre commerciale : « *Méconnaît son office le juge qui refuse d'évaluer un dommage dont il a constaté son existence en son principe et qu'il ne peut allouer une réparation forfaitaire, c'est-à-dire sans rapport avec l'étendue du préjudice subi.* »¹⁵⁰ C'est également un principe qui irrigue le droit du travail, la chambre sociale¹⁵¹ a ainsi sanctionné la Cour d'appel de Lyon qui n'a pas tenu compte de la situation personnelle et professionnelle de chaque salarié en indemnisant forfaitairement les préjudices.

¹⁴⁶ J. Icard, Le reflux désordonné du préjudice nécessaire. Brefs propos sur la sanctuarisation circonscrite d'une présomption de préjudice, préc.

¹⁴⁷ Cass. soc 13 sept. 2017, préc.

¹⁴⁸ Cass. soc., 13 avr. 2016, préc.

¹⁴⁹ P. Pierre et F. Leduc, « Introduction », in La réparation intégrale en Europe, Études comparatives des droits nationaux, Larcier, Bruxelles, 2012, spéc. p. 19.

¹⁵⁰ Cass. com. 12 févr. 2020, n° 17-31.614 : RJDA 4/20 n° 249

¹⁵¹ Cass. soc., 28 sept. 2022, n° 21-10.839, inédit.

L'absence de forfait conduit à éviter un important écueil qui aurait conduit à faire du préjudice nécessaire une fiction d'autant plus éloignée de la réalité factuelle. Permettre au juge d'exercer l'entière de son pouvoir d'appréciation conduit à se détourner d'une peine privée, de ce que certains appellent une « *amende civile* »¹⁵² en référence au caractère en principe répressif d'une amende. Ainsi, même s'il est indéniable que le préjudice nécessaire poursuit une finalité punitive, l'absence de forfait conduit à fortement la limiter. Cela permet finalement d'éviter un trop fort décalage entre l'indemnisation octroyée et la réalité du préjudice.

70 - Réparation intégrale : Pas d'indemnisation symbolique. « *Un préjudice doit être réparé dans son intégralité et non pour le principe* »¹⁵³. Le préjudice nécessaire ne fait pas exception au principe selon lequel une réparation ne peut être symbolique. L'indemnisation symbolique ne constituant, en principe, pas une rémunération appropriée qui serait adéquate à l'étendue du préjudice. Le contraire suggérerait que l'indemnisation n'a pas intégralement mesuré et réparé le préjudice¹⁵⁴.

Le franc symbolique a donc été jugé inapproprié en matière de violation des règles fixant l'ordre des licenciements¹⁵⁵. Le même raisonnement a été adopté à l'occasion d'un préjudice collectif subi par un syndicat en raison d'un licenciement illicite pour inaptitude professionnelle¹⁵⁶

L'hypothèse de la réparation par un franc symbolique a néanmoins été jugé recevable dès lors que cette somme suffit à réparer l'entier préjudice¹⁵⁷. Dans l'espèce, l'employeur n'avait pas respecté la procédure de licenciement pour faute. La Cour de cassation a néanmoins considéré que l'attribution d'un franc (symbolique qui ne dit pas son nom) suffisait à réparer tout le préjudice. Les difficultés se révèlent d'autant plus lorsque le préjudice est essentiellement moral. Alors même, que la mise en œuvre du préjudice nécessaire force la reconnaissance d'un préjudice qui par définition peut ne pas exister.

En définitive, l'admission d'une somme médiocre, symbolique, permettrait de tempérer, à double titre, les effets pervers d'un préjudice déduit du fait fautif. D'une part, la maigre indemnisation ne permettra pas de canaliser une frénésie contentieuse qui serait, par essence,

¹⁵² S. Ranc, en faveur d'une approche pragmatique du préjudice nécessaire : Droit social 2023, p.309

¹⁵³ Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2018, n° 17-26.766

¹⁵⁴ L. Gratton, Le dommage déduit de la faute, préc.

¹⁵⁵ Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 08-43.523, Bull. Civ. V, n° 329 ; D. 1999. 212

¹⁵⁶ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-60.410, inédit.

¹⁵⁷ Cass. soc., 5 mars 2022, n° 00-41.453, préc.

perdue d'avance pour l'employeur, dès lors que la faute ou le manquement est avéré. D'autre part, quand bien même l'introduction d'un contentieux aurait été facilitée, l'indemnisation serait strictement proportionnelle au préjudice subi. Plus encore, sous réserve de ne pas explicitement motiver la décision par l'usage de l'expression, euro *ou franc symbolique*, une piètre indemnisation n'est en aucun cas exclu.

B. Une réparation dysharmonique

La réparation du préjudice nécessaire n'est pas une tâche aisée pour le juge qui doit le plus souvent réparer un préjudice moral (1). La difficulté est telle que le résultat de cette réparation remet en cause l'attrait d'une action judiciaire (2) qui une fois mise en œuvre risque de conduire à une indemnisation aléatoire (3).

1. Les spécificités du préjudice moral

a. La dominance du préjudice moral

71 – Peu de diversité. La notion de *préjudice*, principalement utilisée au singulier, recouvre en réalité une pluralité de sous-catégories. D'autant plus, lorsque le préjudice se substitue à la notion de dommage. Ainsi, au singulier, le préjudice ne représente que l'intérêt lésé. Tandis qu'au pluriel, le préjudice regroupe tous les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Historiquement, en droit du travail le préjudice matériel était le seul au centre des préoccupations. Progressivement, le préjudice moral a su trouver sa place en droit du travail en sanctionnant les atteintes à un droit extrapatrimonial, qui se traduisent par une atteinte à l'intégrité morale notamment à la dignité, l'honneur, la réputation ou la vie privée. Plus largement, le préjudice moral sanctionne la violation de droits fondamentaux (comme le droit à l'image¹⁵⁸ ou le droit à la vie privée¹⁵⁹)

72 – Prééminence du préjudice moral. Parmi les préjudices cités, la mise en œuvre du préjudice nécessaire part du postulat selon lequel la violation d'une règle entraîne, sans doute, un préjudice moral pour le salarié. Le préjudice moral est un préjudice subjectif. C'est un préjudice qui ne porte pas atteinte au patrimoine, donc il ne crée pas d'appauvrissement pour la victime¹⁶⁰. Ce qui rend donc le préjudice difficilement évaluable. C'est un préjudice qui est parfois présenté comme le prix des larmes, des souffrances, des douleurs.

¹⁵⁸ Cass. soc., 14 févr. 2024 n°22-18.014, inédit

¹⁵⁹ Cass. soc., 12 nov. 2020 n°19-20.583, préc.

¹⁶⁰ P. Malinvaud et D. Fenouillet, Droit des obligations, LexisNexis, 2012, n° 567

Le plus souvent, le préjudice moral résulte d'une atteinte à un droit de la personnalité donc à un droit extrapatrimonial. Il peut également résulter d'une atteinte à l'intégrité physique mais c'est un schéma qui se retrouve beaucoup moins en matière de préjudice nécessaire. Toutefois, quand bien même le préjudice est présumé le salarié aura bien du mal à en démontrer toute l'étendue.

b. Une contrainte probatoire inhérente

73 - La difficulté probatoire. Le propre du préjudice moral, c'est justement la difficulté probatoire qui l'accompagne. À titre d'illustration, comment un salarié pourrait-il prouver son préjudice en cas de violation des règles relatives au repos quotidien ? Il est pourtant évident que cette violation entraîne un préjudice pour le salarié. *A fortiori* plus le manquement est répété, plus la santé du salarié est mise en danger. Pourtant, les conséquences sur la santé du salarié ne seront visibles que des mois ou des années après le manquement. La théorie du préjudice nécessaire apparaît alors comme un mécanisme salvateur pour le salarié qui fait face à un « *préjudice évident mais dont la preuve paraît difficile à apporter* »¹⁶¹

C'est une problématique qui se retrouve dans tout le contentieux du temps de travail. Il est donc bienvenu que la Cour de cassation s'empare de ce pan du droit pour en faire sa nouvelle « *terre d'élection* »¹⁶² du préjudice nécessaire. Bien que ce choix semble étranger à toute prise en compte des réelles difficultés probatoires.

74 - Des nécessaires préjudices moraux ? Indépendamment du préjudice invoqué, dès lors que l'employeur a commis un fait fautif, il a pu être souligné qu'il est étonnant que « *le seul fait d'être contraint à une action en justice ne justifiait pas, pour le moins, l'existence d'un préjudice au moins moral.* »¹⁶³ Plus encore, une utilisation abusive du pouvoir de l'employeur, qui profite de son rapport de force place nécessairement le salarié dans une situation où il n'aurait pas dû se trouver. Au minimum, le salarié est donc confronté à une situation incertaine et inquiétante¹⁶⁴ qui entraîne au minimum un préjudice moral que le juge doit réparer¹⁶⁵.

¹⁶¹ M.-N. Rouspide-Katchadourian, Réparation des préjudices : quelles spécificités en droit du travail ? : Droit social 2017, p. 892

¹⁶² J. Mouly, Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux ?, préc.

¹⁶³ D. Boulmier, Le tragique destin de Préjudice nécessaire...ou l'impunité en marche : RDT 2017, p. 374

¹⁶⁴ P. Bailly, Une disparition qu'on peut regretter, RDT 2017, p. 374

¹⁶⁵ L. Gratton, Le dommage déduit de la faute, préc.

2. L'absence d'attrait de l'action en justice

75. - Combat de seconde zone. En théorie, quand bien même le salarié est avantagé par la présomption de préjudice, il y a un aspect pratique qui vient tempérer l'automatisme de l'engagement de la responsabilité.

Pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, encore faut-il que le salarié intente une action en justice pour demander la réparation de son préjudice. Toutefois en pratique, sauf cas exceptionnel, aucun salarié ne trouverait d'intérêt à intenter une action uniquement sur le fondement d'un préjudice nécessaire. La faible indemnisation ne compensera point la longueur de la procédure et les honoraires de l'avocat. C'est pourquoi, certains comparent l'indemnisation du préjudice nécessaire à un « *combat de seconde zone* »¹⁶⁶. Le préjudice nécessaire serait un mécanisme permettant, dans le cas d'un éventuel contentieux de bénéficier d'une indemnisation supplémentaire.

76 - L'intérêt pratique de l'action en justice. Quel pourrait-être l'intérêt du salarié à intenter une action en justice qu'il disait misérablement indemnisée ne pouvant démontrer toute l'étendue de son préjudice moral ? Tout au plus, il obtiendra la cessation du fait fautif commis par l'employeur. Si tel est le cas, ne s'agirait-il pas finalement d'une simple réparation en nature.

Tout bien considéré, seule la réparation en nature correspond véritablement à la fonction de la responsabilité civile dont le propre, selon le doyen R. Savatier « *est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu.* »¹⁶⁷

Alors que la réparation par équivalent n'est pas une véritable réparation en ce qu'elle n'est qu'une solution de substitution, par défaut, dès lors que le mal commis ne peut être effacé. C'est typiquement à travers la réparation par équivalent que l'on peut percevoir « *la fonction normative, disciplinaire ou punitive* »¹⁶⁸ de la responsabilité civile.

¹⁶⁶ G. Duchange, Le préjudice (social) nécessaire, préc.

¹⁶⁷ R. Savatier, Traité de la responsabilité civile en droit français, t. II, 2^e ed., LGDJ, 1951, n°601

¹⁶⁸ J. Julien, C. Bloch, M. Poumadère, A. Giudicelli, C. Guettier, D. Krajewski, Philippe le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, préc. p.28

3. Une réparation disparate

77 - Divergence d'indemnisation. L'indemnisation du préjudice nécessaire pose également des difficultés en matière d'harmonisation de l'indemnisation. « *Comment, en effet, parler de réparation intégrale des souffrances physiques ou morales alors qu'il n'existe aucune commune mesure entre l'argent alloué à titre de réparation et le préjudice subi qui, parce qu'il consiste en une souffrance, est par nature inévaluable en argent ?* »¹⁶⁹ En l'absence de forfait pour évaluer des préjudices majoritairement moraux, les réparations sont très disparates. De manière générale, le montant qui est demandé par les salariés se situe entre 500 et 500 000 euros.¹⁷⁰

Ensuite en matière de préjudice nécessaire, à titre d'exemple, avant le revirement de 2016¹⁷¹, le défaut de visite médicale d'embauche causait nécessairement un préjudice au salarié que l'employeur devait réparer.¹⁷² Dans un article, Monsieur S. Ranc¹⁷³ relevait que pour ce même préjudice les indemnités allouées à la victime étaient particulièrement inégales. En 2010, d'un côté, la Cour d'appel de Paris¹⁷⁴ allouait une indemnité de 100 euros dont la Cour de cassation jugea que le montant était « souverainement apprécié »¹⁷⁵. De l'autre côté, pour un même dommage, le tribunal judiciaire de Bobigny allouait des dommages-intérêts à hauteur de 1 500 euros alors qu'à Paris¹⁷⁶ le montant se situait entre 100 et 1000 euros.

78 - Tentative d'individualisation. Afin de limiter les effets de l'absence d'unité dans la réparation du préjudice nécessaire, l'usage de critères est souhaitable. Ainsi, certains¹⁷⁷ se sont attelés à rechercher des critères objectifs qui pourraient s'appliquer indépendamment des juridictions saisies.

Afin d'évaluer le préjudice, les critères classiques supposent de prendre en compte : l'âge du salarié révélant sa capacité à retrouver du travail en cas de perte d'emploi, son ancienneté, ses

¹⁶⁹ F. Leduc, « La conception générale de la réparation intégrale », in *La réparation intégrale en Europe*, op. cit., spéc. p. 38.

¹⁷⁰ D. Asquinazi-Bailleux, *Le préjudice moral devant le conseil de prud'hommes* : Droit social 2017, p. 917

¹⁷¹ Cass. soc., 13 avril 2016, préc.

¹⁷² Cass. soc., 9 déc. 2015, 14-20.377

¹⁷³ S. Ranc, en faveur d'une approche pragmatique du préjudice nécessaire : Droit social 2023, p. 309

¹⁷⁴ CA Paris, 1^{er} mars 2016, n° 15/06438

¹⁷⁵ Cass. soc., 5 avr. 2018, n° 16-16.573

¹⁷⁶ D. Ravez et A. Zissman, *Echange sur le thème de la réparation intégrale du préjudice* : Dr. Ouvrier 2011. 247, spéc. p. 249

¹⁷⁷ S. Ranc, en faveur d'une approche pragmatique du préjudice nécessaire, préc.

capacités professionnelles. Pour autant, le préjudice nécessaire étant par définition un préjudice moral, ces critères semblent insuffisants pour saisir toute son étendue. Trois critères ont été proposés afin d'ajuster de manière uniforme l'indemnisation octroyée.

Premièrement, le juge peut se fonder sur la durée du manquement. En somme, plus un salarié est exposé à une faute, ou un manquement, qui le prive d'un droit, plus l'indemnisation augmente. C'est un critère qui serait particulièrement utile pour les actuels préjudices nécessaires en matière de temps de travail. À titre d'illustration, en principe, la durée maximale hebdomadaire de travail est de quarante-huit heures¹⁷⁸, le simple constat du dépassement de cette durée ouvre droit à réparation¹⁷⁹. Sur le strict terrain du préjudice moral, dans le cas où le salarié serait amené à effectuer cinquante heures, il devrait en être indemnisé de manière moins importante que celui qui aura réalisé soixante heures.

Deuxièmement, un critère permettant d'objectiver l'indemnisation du préjudice nécessaire pourrait être la prise en compte d'une potentielle répétition du manquement ou du fait fautif. Il s'agirait de différencier les cas où l'employeur commettrait un manquement isolé, de l'hypothèse où le manquement serait répété. À titre d'exemple, c'est en application de ce principe que la motivation d'un juge départiteur avait retenu l'attention « *Attendu que le non-respect des prescriptions minimales [...] cause nécessairement un préjudice aux salariés concernés ; que les répercussions immédiates ou à terme, de la fatigue et des contraintes occasionnées sont difficilement mesurables, mais peuvent être raisonnablement considérées comme d'autant plus fortes qu'il y a cumul de prescriptions non respectées ; que dès lors M. B. est bien fondé à former de ce chef une demande d'indemnisation globale ; que son préjudice peut être évalué à un montant de 5000 euros* »¹⁸⁰. Ce critère est donc particulièrement efficace en permettant une juste revalorisation d'évaluation du préjudice moral.

Troisièmement, un dernier critère a été proposé sur le fondement d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Dans un arrêt de 2020¹⁸¹, la chambre justifie le montant de l'indemnisation en considération de l'avantage indu résultant de l'acte de concurrence déloyale. On ne peut que voir les avantages d'une telle indemnisation. Ainsi, fonder l'indemnisation sur l'économie réalisée par l'employeur permettrait de neutraliser la raison

¹⁷⁸ C. trav. L. 3121-20

¹⁷⁹ Cass, soc., 26 juin 2022, n° 20-21-636 : RJS 3/22 n° 139

¹⁸⁰ D. Ravez et A. Zissman, Echange sur le thème de la réparation intégrale du préjudice : Dr. Ouvrier 2011. 247, spéc. p. 249

¹⁸¹ Cass. com., 12 févr. 2020, préc.

même de l'existence du manquement. Cela permettrait également de prendre en compte la totalité des salariés victimes dans leur ensemble. Toutefois, deux difficultés se présentent. Les défenseurs de ce critère souhaiteraient sanctionner la faute ou le manquement délibérément commis et profitable à l'employeur. Ce mécanisme rappelle très largement celui-ci de la faute lucrative. Elle peut être définie comme « *la faute qui, malgré les dommages-intérêts que le responsable est condamné à payer - et qui sont calqués sur le préjudice subi par la victime - laissent à leur auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'y ait aucune raison de ne pas les commettre* »¹⁸². Néanmoins la faute lucrative n'est pas reconnue en droit positif. Même si, dans le domaine de concurrence déloyale, la Cour de cassation a pu ponctuellement décider de sanctionner la faute lucrative.¹⁸³ Toutefois, cette conception, frôlant avec le *contra legem*, est en principe exclut par l'application du principe de réparation intégrale.

¹⁸² B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Droit civil, Les obligations, 1. Responsabilité délictuelle, Litec, 5e éd., 1996, spéc. n° 1335

¹⁸³ Pour aller plus loin, on retrouve aussi cette théorie en matière de droit maritime : Req. 5 juin 1920, Sirey 1921. 1. 293.

Chapitre 2 : La finalité atypique

79. – Infliger une peine privée. Les canonistes considéraient la responsabilité civile à la fois comme un instrument de moralisation des conduites humaines, que comme une institution destinée à indemniser les victimes¹⁸⁴. Désormais, la fonction de peine privée de la responsabilité est qualifiée d'une des « *fonctions devenues essentielles.* »¹⁸⁵ de ce droit. Ainsi, même si en pratique l'allocation de dommages et intérêts est assurément une sanction restitutive qui répare le préjudice. Il est des circonstances, notamment lorsqu'est à l'œuvre le préjudice nécessaire où elle emprunte toutes les caractéristiques d'une peine privée. La finalité poursuivie est alors celle de peine « satisfaisante »¹⁸⁶.

80. – Punir. Ainsi le préjudice nécessaire rend bien compte de cette approche moderne de la responsabilité civile. Le droit de la responsabilité civile est alors utilisé comme « *un instrument de mise en œuvre effective du droit par la stigmatisation de comportements fautifs, dans une logique de correction des conduites et de dissuasion* »¹⁸⁷. L'expression de cette finalité répressive trouve tout son sens en droit du travail. Le salarié subordonné à l'employeur est placé dans une situation défavorable. Déduire un préjudice du manquement de l'employeur permet de pallier ces rapports inégalitaires. De plus, conscient du déséquilibre de la relation de travail, un certain nombre de manquements de l'employeur sont sanctionnés par des contraventions. Pourtant c'est dans ce même champ que c'est développé et que se déploie encore actuellement le préjudice nécessaire (section 1).

81. - Guérir. « *La finalité du droit de la responsabilité civile n'est cependant pas d'apaiser toute souffrance ni de remédier à toute tragédie. Croire que le droit de la responsabilité ou que le droit tout court, peut résoudre tous les problèmes du monde, relève d'une conception presque magique* »¹⁸⁸. Conformément à cette idée, tant le législateur que le juge ont progressivement restreint les cas d'application du préjudice nécessaire. Les préjudices nécessaires légaux se sont vu substituer la sécurité juridique. Tandis que les préjudices nécessaires jurisprudentiels se sont vu substituer l'orthodoxie juridique. Ces

¹⁸⁴ P. Jourdain les principes de la responsabilité civile, préc., p. 9

¹⁸⁵ J. Mouly, Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux, préc.

¹⁸⁶ M. Crémieux, Réflexions sur la peine privée moderne, précité, n° 22

¹⁸⁷ P. Bailly, Une disparition que l'on peut regretter, préc.

¹⁸⁸ J.-S. Borghetti, « *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle* », Mél. G. Viney, LGDJ, 2008, p.145 s.,spéc. p. 169

évolutions témoignent d'une atténuation progressive de la fonction punitive du préjudice nécessaire en droit du travail (section 2).

Section 1 : Une finalité punitive recherchée

82. – Vocation punitive. En droit administratif, la légalité des actes administratifs décisifs : « *n'est pas une condition de leur autorité : elle est accordée d'emblée à tout acte en vigueur qui, légal ou non, devra être appliqué par ses destinataires.* »¹⁸⁹ Depuis Hauriou, ce phénomène est décrit comme le « privilège du préalable. » Il expliquait à ce sujet que « *l'administration est en partie son propre juge, en ce sens qu'elle remplace par des décisions exécutoires les jugements qu'un particulier serait obligé de demander* »¹⁹⁰. Cette expression signifie que le consentement de l'administré n'est pas une condition nécessaire à la création de droits et d'obligations à son égard. Les décisions de l'administration sont alors immédiatement exécutoires. En qualité de chef d'entreprise, l'employeur bénéficie également d'un privilège comparable. De ce fait, par l'usage du préjudice nécessaire dans certains pans du droit du travail, on peut penser que la Cour de cassation a tenté de dissuader l'employeur de recourir à son privilège du préalable. En effet en dehors de toute considération relative au préjudice nécessaire, l'employeur sait que le salarié est peu disposé à intenter des actions en justice pour des manquements mineurs. Plus encore, lorsque le salarié doit démontrer l'existence et l'étendue d'un préjudice moral. Ainsi, la règle violée voit son efficacité renforcée par la reconnaissance forcée du préjudice (paragraphe 1). Sans doute plus par épiphénomène que par vocation première, il apparaît toutefois que les atteintes bénéficiant du préjudice nécessaire font également l'objet de sanctions pénales (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Pallier les rapports travaillistes inégalitaires

Afin de résorber l'inégalité inhérente à la relation contractuelle qui découle du contrat de travail, le préjudice nécessaire s'est illustré en stigmatisant les comportements illicites des employeurs (A). La dimension punitive est telle que des préjudices pourtant inexistantes doivent être réparés par le juge (B)

A. Sanctionner les manquements de l'employeur.

83. - Généralisation. Pour certains, l'utilisation du préjudice nécessaire en droit du travail ne devrait pas rester cantonné au rang de mécanisme marginal. De l'exception, il

¹⁸⁹ B. Seiller, « Acte administratif : régime », Dalloz, Rép. contentieux administratif, n°4

¹⁹⁰ B. Seiller, « Acte administratif : régime », préc., n°411

devrait presque en devenir le principe. Ainsi, le préjudice nécessaire serait à généraliser pour deux principales raisons. Premièrement, afin de garantir l'effectivité de certaines règles notamment des règles procédurales. Deuxièmement, dans le but de compenser l'état de subordination¹⁹¹ que subi le salarié. D'autant que, ce rapport se caractérise par une asymétrie d'information inhérente à ce rapport de forces inégalitaires. C'est pourquoi dans un premier temps, la mise en œuvre d'un préjudice déduit du manquement peut sembler être une juste solution destinée à éviter l'issue d'un procès inéquitable¹⁹² pour la victime. Cette distorsion des canons de la responsabilité civile permet de rendre beaucoup plus effective toutes les obligations que le Code du travail impose à l'employeur ; sans pour autant que leur non-respect ne cause un réel préjudice au salarié dans la plupart des cas. À titre d'illustration, à l'origine, le non-respect de la procédure de licenciement « *cause nécessairement au salarié un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'importance* ». Le salarié pouvait donc uniquement relever le manquement de l'employeur d'où était déduit le préjudice. La Cour de cassation allait même jusqu'à dire : « *L'inobservation de la procédure d'entretien entraîne pour le salarié un préjudice, fût-il de principe* »¹⁹³

84. - Un maintien logique en droit du travail. Le propre du préjudice nécessaire est de faciliter la preuve de l'existence d'un préjudice. Alors même que par définition cette preuve est particulièrement dure à apporter. Ainsi, le mécanisme de préjudice nécessaire s'apparente à de nombreux autres mécanismes en droit du travail destinés à faciliter la charge probatoire qui incombe au salarié. C'est par exemple le cas en matière d'heures supplémentaires¹⁹⁴ ou de discrimination¹⁹⁵. Dans ces deux cas, l'exigence probatoire qui pèse sur le salarié est relativement allégée par rapport à celle de l'employeur.

Ce sont tous des mécanismes destinés à pallier et à surmonter le déséquilibre qu'engendre la relation de travail. Donc le préjudice nécessaire serait l'un des corollaires de la relation de travail. Pour autant, cela n'a pas dissuadé la Cour de cassation de drastiquement réduire le champ d'application du préjudice nécessaire en droit du travail¹⁹⁶. La question qui agitait alors la doctrine était celle de savoir si ce revirement remettait en question toute la théorie du préjudice nécessaire ou s'il ne s'agissait que d'une réduction drastique des exceptions. Fort heureusement, c'est la seconde option qui fut retenue. Il aurait été fortement dérangeant que

¹⁹¹ Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187 : RJS 12/96 n° 1320

¹⁹² M. Véricel, Vers le retour du préjudice nécessaire ? : Droit social 2022, p. 647

¹⁹³ Cass. soc. 23 oct. 1991, n° 88-42.507, Bull. civ. V, n° 428

¹⁹⁴ C. trav., art. L. 3171-4

¹⁹⁵ C. trav., art. L. 1134-1

¹⁹⁶ Cass. soc., 13 avr. 2016, préc.

les autres chambres de la Cour de cassation continuent de recourir au préjudice nécessaire (comme en matière de droit de propriété¹⁹⁷ ou d'actes de concurrences déloyales¹⁹⁸.) . Tandis que, dans l'environnement où il est le plus à même de se développer la chambre sociale de la Cour de cassation le fasse tout simplement disparaître.

85- Droit primordiaux. L'indemnité versée en matière de préjudice nécessaire est singulière en ce que son caractère obligatoire, sous couvert de réparation du préjudice, se confond avec une peine privée à l'encontre de l'employeur. D'autant plus que, pour une majorité de la doctrine de nombreux préjudices nécessaires découleraient de la violation de droits fondamentaux.¹⁹⁹ On a ainsi pu être invoqué le principe de participation des travailleurs²⁰⁰ ou encore celui du droit à l'emploi²⁰¹. La violation de ces normes fondamentales serait donc à l'origine d'une nécessité de sanctionner le manquement ou le fait fautif.

B. Réparer les préjudices illusoirs

86. - Absence de préjudice. Le bienfait du préjudice nécessaire réside en ce qu'il dispense la victime d'apporter la preuve d'un réel préjudice. Par suite, le préjudice étant présumé, le débat se recentre uniquement sur l'étendue de ce dernier, ce qui en conditionnera l'indemnisation. Toutefois, la praticité de cette fiction juridique emporte également, par ricochet, un revers négatif. La volonté de rétablir la balance de la justice, pour aboutir à une solution plus équitable, ne serait-elle pas vouée à créer une situation d'injustice pour l'auteur du manquement.

Il peut être des hypothèses où la victime d'un dommage ne subit en réalité aucun préjudice. Pour autant, le juge déduit de la faute un préjudice. Le risque est alors celui d'indemniser un préjudice qui n'a pas d'existence juridique. Une minorité a pu se montrer très critique, regrettant que l'employeur puisse être condamné sur le fondement d'une « *illusion de fait*

¹⁹⁷ Cass. 1^{er} civ., 11 oct. 1983, préc.

¹⁹⁸ Cass. com., 9 févr. 1993, préc.

¹⁹⁹ J.Mouly, Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux, préc.

²⁰⁰ Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-14.392 : « *L'employeur qui met en œuvre une procédure de licenciement économique, alors qu'il n'a pas accompli, bien qu'il y soit légalement tenu, les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel et sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts.* »

²⁰¹ Cass. soc., 13 sept. 2017, n°16-13.578 : « *La perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'en apprécier l'étendue* »

dommageable » créée par la « magie du droit »²⁰² qui pose la question de l'évaluation d'un préjudice qui n'existe pas²⁰³.

Cette fiction laisse clairement apparaître la dimension punitive de la condamnation de l'auteur. Comme le relève le Professeur P. Adam : « *L'indemnité versée au salarié aurait ainsi moins pour fonction de réparer son préjudice (qui peut ne pas exister réellement) que de sanctionner la faute commise par l'employeur.* »²⁰⁴

C'est pourquoi pour le professeur J. Mouly : « *les présomptions de dommages en droit du travail ne sont rien d'autre que l'expression de la fonction punitive - et punitive – de la responsabilité civile* ». ²⁰⁵ Cette dissuasion s'inscrit donc dans une logique assumée de répression.

87. - La dénomination des préjudices. La Cour de cassation n'a que très rarement caractérisé le préjudice en le nommant. Elle en déduit un préjudice mais sans jamais le définir ce qui ne fait que renforcer le caractère virtuel, fictif, punitif de l'indemnisation du préjudice

Paragraphe 2 : Pallier l'ineffectivité du droit pénal

88. – Substitution. L'objet du préjudice nécessaire n'est pas uniquement de rétablir les parties dans la situation antérieure au dommage. La réparation par équivalence octroyée à la victime est en réalité teintée d'une dimension répressive qui caractérise l'identité même de ce préjudice. Paradoxalement, cette dimension punitive assure également une répression civile, là où le droit pénal lui-même peine à s'appliquer de manière effective.

À titre d'illustration, préalablement à la réduction drastique des préjudices nécessaires²⁰⁶, un grand nombre de ces manquements était également sanctionné pénalement. Il est notoire que l'efficacité du droit pénal en matière travailliste n'emporte pas la conviction. D'autant plus que le volet pénal d'un manquement susceptible de bénéficier de la règle de fond, ne permettait de condamner l'employeur qu'à de simples contraventions tout au plus. Il était alors bien plus avantageux pour le salarié d'obtenir satisfaction d'un préjudice difficilement

²⁰² G. Loiseau, A. Martinon, Le préjudice nécessairement causé : les cahiers sociaux, n° 279, p. 553

²⁰³ M.-N. Rouspide-Katchadourian, Réparation des préjudices : quelles spécificités en droit du travail ?, préc.

²⁰⁴ P. Adam, Absence fautive d'élections partielles et doctrine du préjudice nécessaire : Dr. soc 2021, p. 187 - 189

²⁰⁵ J. Mouly, Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux, préc.

²⁰⁶ Cass. soc., 13 avr. 2016, préc

démonstrable, par la voie civile. Ce schéma est encore plus saisissant si l'on prend pour exemple les anciens préjudices nécessaires en matière de manquements procéduraux. Ainsi, l'absence de remise d'un bulletin de paie²⁰⁷ ou de la mention de la convention collective²⁰⁸ adéquate expose l'employeur à une contravention de troisième classe. De même, le défaut de délivrance d'un certificat de travail²⁰⁹ à destination de l'actuel France Travail est sanctionné par une contravention de quatrième classe.

Voilà donc une finalité atypique de la mise en œuvre du préjudice nécessaire, le dommage déduit de la faute apparaît comme « *le substitut civil d'une sanction pénale rarement recherchée* ²¹⁰ ». Il est compréhensible qu'un ancien salarié n'ait pas le souhait de poursuivre son employeur au pénal. De ce fait, les procédures devant le juge répressif sont extrêmement rares.

Désormais, tous les regards sont portés vers le droit de la durée du travail, nouvelle « terre d'élection »²¹¹ actuelle des préjudices nécessaires. La Cour de cassation maintient, et même étend, ce mécanisme à toute violation des durées maximales quotidiennes et hebdomadaires. En tout état de cause, ces deux violations à la durée du travail font effectivement l'objet d'une infraction pénale. Ainsi, le dépassement de la durée maximale quotidienne²¹² et hebdomadaire²¹³ est sanctionné par une contravention de 4^e classe. Plus encore, la DREETS est également compétente pour délivrer une sanction administrative pouvant atteindre 4000 euros par salarié²¹⁴.

En conséquence, il est manifeste que l'existence d'une infraction pénale n'est pas un élément déterminant de la mise en œuvre du préjudice nécessaire. Bien que, parfois, ces deux responsabilités se recoupent plus en raison de la nature du manquement que de la volonté de pallier l'inefficience du droit pénal. La chambre sociale semble mener son propre raisonnement indépendamment des considérations pénalistes.

²⁰⁷ Cass. soc., 19 mai 2004, n° 02-44.67, Bull. civ. V, n° 134

²⁰⁸ C. trav. R. 3246-2

²⁰⁹ Cass. soc., 18 juin 2014, n° 13-16.848, inédit

²¹⁰ V. Bonnin, Le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail, RJS 09/17, p. 619

²¹¹ J. Mouly, Les présomptions de dommage en droit du travail : Abandon ou simple reflux ? préc.

²¹² C. trav. art. R. 3124-3

²¹³ C. trav. art. R. 3124-11

²¹⁴ C. trav. art. L. 8115-1 et s.

89 – Responsabiliser ? Une des spécificités du préjudice nécessaire résulte non de l'indemnisation du « *salarié victime mais de la sanction de l'employeur coupable* »²¹⁵. L'objectif affiché est très certainement la responsabilisation des employeurs pour que ces derniers respectent leurs obligations. À tout bien y réfléchir, il semblait particulièrement logique que cette approche moderne de la responsabilité civile prolifère en droit du travail. Le droit du travail a toujours été une matière qui justifiait des aménagements dans l'idée de protéger les intérêts des salariés. Que ce soit par : l'introduction d'un important formalisme pour la conclusion d'un contrat spécial²¹⁶ ou pour l'introduction de certaines clauses spécifiques, des allègements probatoires²¹⁷, un doute qui profite au salarié dans le champ de la rupture du contrat de travail²¹⁸.

C'est pourquoi le resserrement progressif de l'application de la théorie du préjudice nécessaire a été particulièrement critiqué par une partie de la doctrine.²¹⁹ Le constat d'un reflux du préjudice nécessaire fait craindre une déresponsabilisation de l'employeur. À titre d'illustration, dans son analyse de 2016 la DARES²²⁰ constatait que seuls 46% des employeurs avaient élaboré ou mis à jour le document unique d'évaluation des risques professionnels (DUERP). Alors même que ce document est légalement²²¹ obligatoire depuis 2001.²²² C'est un document d'une particulière importance qui constitue le « *point de départ et permet, dans un environnement à évolution rapide de choisir des actions de prévention appropriées et d'apporter, face à des risques déterminés, des réponses et des solutions complètes et pas uniquement techniques* »²²³. Tenu à la disposition des salariés, des membres du comité économique et sociale, de l'équipe pluridisciplinaire du service de santé au travail et de l'inspection du travail. Le document retranscrit les risques que l'employeur a identifiés

²¹⁵ J. Mouly, « L'abandon de la théorie du dommage nécessaire, l'exception du licenciement sans cause réelle et sérieuse » : Dr. soc. 2017, p.1074 ; L. Gratton, Le préjudice déduit de la faute, préc. ; P. Bailly, Une disparition que l'on peut regretter, préc.

²¹⁶ C. trav., art. L. 1242-12 : Encadrant les possibilités de conclure un contrat à durée déterminée ; C. trav., art. L. 3123-6 : Encadrant les possibilités de conclure un contrat à temps partiel

²¹⁷ C. trav., art. L. 1144-1 : le salarié doit présenter *des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination* ; charge ensuite à l'employeur de *prouver que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination*.

²¹⁸ C. trav., art. L. 1235-1 : *si un doute subsiste, il profite au salarié*

²¹⁹ M. Véricel, Conséquences du défaut d'établissement du document unique d'évaluation des risques professionnels, RDT 2019, p. 792 ; A. Brousse, *in* controverse, un préjudice nécessaire pour quoi faire ?, RDT 2022 p. 209

²²⁰ DARES, La prévention des risques professionnels : les mesures mises en œuvre par les employeurs publics et privés, Dares analyses, mars 2016, n° 013

²²¹ C. trav. L. 4121-3 et C. trav., R. 4121-1

²²² Décret n°2001-1016 du 5 nov. 2001 portant création d'un document relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs

²²³ Institut national de recherche et de sécurité, Evaluation des risques professionnels questions-réponses sur le document unique 2010, p. 20

dans chaque unité de travail. Sur le volet pénal, le défaut d'établissement de ce document est puni d'une contravention de 5^e classe²²⁴. Plus encore, sur le volet civil, la Cour de cassation jugeait que l'employeur qui ne satisfaisait pas à l'obligation d'évaluation et de transcription des risques pour la santé et la sécurité engendrait nécessairement un préjudice au le salarié ²²⁵.

Néanmoins, comme de nombreux autres manquements procéduraux, désormais la Cour de cassation ne considère plus que le défaut d'établissement du DUERP entraîne un préjudice nécessaire ²²⁶ : « *Mais attendu que la cour d'appel, dans l'exercice de son pouvoir souverain, a estimé que la salariée ne justifiait d'aucun préjudice résultant du défaut d'établissement du document unique de prévention des risques.* »

Pour certains²²⁷, ce changement laisserait présager une déresponsabilisation de l'employeur le salarié devant désormais rapporter la preuve de son préjudice. Néanmoins, il s'avère que trois ans plus tard, la DARES refit une étude similaire. Elle conclut qu'en 2019, à nouveau, seuls 46%²²⁸ des établissements disposent d'un DUERP à jour.

En fin de compte, la situation pré-préjudice et post-préjudice nécessaire est strictement à l'identique. On pourrait facilement penser que la menace du préjudice nécessaire n'a finalement pas d'impact sur la responsabilisation de l'employeur. Il convient tout de même de rappeler que le défaut d'établissement du DUERP est toujours sanctionné pénalement.

L'issue aurait sans doute été différente si l'objet de la comparaison impliquait un manquement de l'employeur qui ne fait pas l'objet d'une répression pénale ; comme c'est le cas en matière d'illicéité de la clause de non-concurrence²²⁹.

Section 2 : Une finalité punitive atténuée :

90 – Déconnexion. Le montant de l'indemnisation du préjudice nécessaire a pu être critiqué pour son manque d'homogénéité. Il y a cependant un point qui convainc une majorité de la doctrine. La finalité punitive de l'indemnisation suppose que l'indemnisation allouée au salarié doit être plus importante que le préjudice réel. Plus il y a une déconnexion entre ces

²²⁴ C. trav., R. 4741-1

²²⁵ Cass. soc., 8 juil. 2014, n° 13-15 470, Bull. civ. V, n° 179

²²⁶ Cass. soc., 25 sept. 2019, n° 17-22.224, préc.

²²⁷ M. Véricel, Conséquences du défaut d'établissement du document unique d'évaluation des risques professionnels, RDT 2019, p. 792

²²⁸ DARES, Comment les employeurs préviennent-ils les risques professionnels, Dares analyses, mars 2024, n° 019

²²⁹ Cass. soc, 25 mai 2016, n°14-20.578 : Cah. soc. 2016, p. 364, note J. Icard

deux éléments, plus l'auteur du dommage est en réalité sanctionné au titre d'une peine privée. Cette déconnexion va clairement à l'encontre du principe selon lequel la responsabilité civile ne tient pas compte de la gravité de la faute pour réparer le préjudice. Seul le préjudice permet normalement de mesurer l'indemnisation destinée à la victime. L'inverse consiste à assumer la dimension punitive du préjudice nécessaire

91 – Jurisprudentiel. Par un arrêt du 13 avril 2016 ²³⁰, la Chambre sociale a rendu le premier arrêt d'une longue série qui circonscrit très largement le champ des préjudices nécessaires. Que reste-t-il de la finalité répressive du préjudice nécessaire ? Nécessairement cette réduction annonce un changement de paradigme. Certains manquements ne sont plus dans la ligne de mire d'une stigmatisation systématique. Par ailleurs, ce n'est pas qu'au sein des prétoires que les préjudices nécessaires ont fait l'objet d'un effritement progressif.

92 – Légal. Les préjudices nécessaires instaurés par la voie légale se heurtent à l'introduction dans le Code du travail de plafond d'indemnisation (paragraphe 1). Le déploiement de ces plafonds d'indemnisation coïncide avec l'abaissement des planchers d'indemnisation des préjudices nécessaires (paragraphe 2). Cette dynamique est symptomatique d'un détournement de la fonction punitive vers une unique fonction de réparation.

Paragraphe 1 : Le déploiement de plafond d'indemnisation

93 - Justifications. En effet, il est de nombreux cas où le législateur lui-même est venu présumer non seulement l'existence du préjudice, mais aussi l'étendue minimum du préjudice. À ce titre l'ancien article L.1235-3 du Code du travail imposait un plancher minimum des indemnisations qui ne pouvait être inférieur aux six derniers mois de salaire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Bien entendu, il s'agissait d'un montant considérable qui pouvait parfois (voire souvent) outrepasser le préjudice réellement subi par le salarié (si l'on prend l'exemple d'un salarié au paroxysme de sa carrière travaillant dans un secteur dynamique). C'est le propre même du mécanisme de « *plancher* » en vertu duquel : « *Le montant minimal est dû quand bien même le préjudice réellement subi serait moindre* ». ²³¹

²³⁰ Cass. soc., 13 avr. 2016, préc.

²³¹ M.-N. Rouspide-Katchadourian, Réparation des préjudices : quelles spécificités en droit du travail ?, préc.

Toutefois, pour des raisons politiques, l'aspect punitif de ce préjudice nécessaire apparaissait : « *aux yeux de nombreux employeurs comme un frein à l'embauche, en raison de son montant élevé, de l'incertitude pesant sur son niveau [...] et de l'hétérogénéité constatée dans la pratique des juges.* »²³² Ainsi l'iniquité entre salariés, le montant élevé de l'indemnisation et la méfiance préjudiciable aux relations de travail a servi de support²³³ à la réforme opérée par les ordonnances du 22 septembre 2017²³⁴. Alors même qu'il semble justement que cette épée de Damoclès participe grandement au caractère punitif du préjudice nécessaire.

94 – Mise en œuvre. Désormais pour un salarié avec moins d'un an d'ancienneté, il n'y a plus d'indemnisation plancher. Alors même qu'au-delà de 29 ans d'ancienneté le juge ne peut attribuer plus de 20 mois de salaires en réparation du préjudice subi²³⁵. Quand bien même à partir d'un an d'ancienneté l'indemnisation plancher est maintenue, l'indemnisation minimum ne dépasse jamais plus de trois mois de salaires. Pire, pour les entreprises qui emploient habituellement moins de onze salariés, l'indemnité minimale n'atteint pas plus de 2,5 mois de salaire. C'est réellement un renversement de logique entre les préjudices nécessaires pour perte d'emploi avant les ordonnances « *Macron* »²³⁶ et après l'entrée en vigueur de ces ordonnances.

Enfin, dans l'hypothèse où le salarié compte moins d'un an d'ancienneté l'indemnité minimale prévue est « sans objet »²³⁷. On peut alors en déduire que la présomption jurisprudentielle antérieure au barème reste applicable. La Cour de cassation avait jugé que « *la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue.* »²³⁸ Ainsi, quand bien même le préjudice est automatiquement réparé, le plafond étant limité à un mois de salaire, il circonscrit fortement l'office du juge mais aussi l'intérêt de l'action en justice en elle-même²³⁹. Il s'agit d'un assouplissement

²³² A. Milon, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 19 juill. 2017

²³³ Exposé des motifs de la loi n°2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

²³⁴ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

²³⁵ C. trav., L. 1235-3

²³⁶ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

²³⁷ C. trav., L. 1235-3

²³⁸ Soc., 13 sept. 2017, n°16-13.578, préc.

²³⁹ B. Domergue, Le barème Macron a fait baisser l'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, Editions Législatives, mars 2023 : *Ce sont les personnes ayant entre 2 et 5 ans d'ancienneté qui voient leur indemnisation chuter [...] Dans l'ancien droit, leurs indemnisations dépassent toutes 6 mois de salaire pour atteindre parfois près de 14 mois. Avec l'application du barème, leur indemnisation tombe à 1,63 mois de salaire. De ce fait, leur intérêt à agir en justice pour faire reconnaître leur licenciement sans cause réelle et sérieuse devient faible voire nul* - <https://www.editions-legislatives.fr/actualite/le-bareme-macron-a-fait-baisser-lindemnisation-des-salaries-licencies-sans-cause-reelle-et-serieuse/>

ostensible du droit positif au profit d'une maîtrise du coût de la rupture. En définitive, la sécurisation de la réparation ne fait pas bon ménage avec la mise en œuvre préjudice nécessaire.

Paragraphe 2 : L'abaissement des planchers d'indemnisation

95 – Changement de finalité. Au-delà d'une atteinte au droit à l'emploi, l'ancien article L.1235-13 du Code du travail prévoyait qu'une indemnité qui ne pouvait être inférieure à deux mois de salaire était versée au salarié en cas de non-respect de la priorité de réembauche. Désormais, en vertu du nouvel article L.1235-13 du Code du travail²⁴⁰, le non-respect de la priorité de réembauche l'indemnité ne peut être inférieure à un mois de salaire. On se doute que l'abaissement de l'indemnisation plancher mettra fin à des situations pour lesquelles il pouvait exister une discordance entre la réparation allouée et le préjudice subi. Toutefois, à nouveau le préjudice nécessaire est vidé d'une partie de sa substance d'origine, caractérisé par sa vocation punitive, envers l'employeur.

Ainsi, de tels changements octroient au préjudice nécessaire de plus en plus les caractéristiques d'une présomption plutôt qu'une règle de fond ayant pour finalité de punir civilement l'employeur. Par ce virage, c'est sans doute la fonction réparation de la responsabilité civile qui se manifeste et prend l'ascendant sur l'idée originelle selon laquelle la violation ne peut rester impunie.

96 –Hiérarchie. Bien entendu, certains préjudices nécessaires légaux ont survécu. Ainsi le Code du travail²⁴¹ prévoit qu'en cas de rupture de la relation de travail dans le cadre du travail dissimulé le salarié pourra prétendre à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire. Depuis l'introduction de cette disposition dans le Code du travail, le plancher n'a pas été revu à la baisse. Il faut y voir une constante du gouvernement de lutter contre le travail dissimulé. À plus forte raison, le Haut conseil du financement de la protection sociale s'est vu confier une fonction d'observatoire du travail dissimulé. Il a publié un bilan en 2023 qui commence ainsi : « *Le travail dissimulé est un sujet de première importance compte tenu de ses enjeux économiques, sociaux et fiscaux. Il a de forts impacts sur les finances sociales et*

²⁴⁰ Modifié par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017

²⁴¹ C. trav., L. 8223-1

plus généralement sur les finances publiques, sur l'application du droit du travail, sur le respect d'une concurrence loyale entre les acteurs économiques et sur la cohésion sociale.»²⁴²

En de pareilles circonstances, le préjudice nécessaire est particulièrement utile en ce qu'il permet de poursuivre l'objectif de répression d'un employeur qui se rendrait coupable de travail dissimulé.

C'est également un cheminement similaire qui a été l'œuvre en matière de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée. Dans l'éventualité où cette hypothèse se réalise, le Code du travail²⁴³ prévoit que l'illicéité de cette rupture ouvre droit pour le salarié à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat. Le législateur présume donc irréfragablement un préjudice. Alors même qu'un manque à gagner est normalement réparé au regard du principe de perte de chance qui ne répare qu'un pourcentage de réalisation d'un événement.

²⁴² Haut Conseil du financement de la protection sociale, Observatoire du travail dissimulé, Bilan 2022 - <https://www.strategie.gouv.fr/publications/observatoire-travail-dissimule>

²⁴³ C. trav., L. 1243-4

SECONDE PARTIE : LE DOMAINE DU PREJUDICE NECESSAIRE

97 - Délimitation. « *Il se portait mieux que nous tous, mais quand on l'auscultait on entendait les larmes bouillonner dans son cœur* »²⁴⁴. D'une hypothèse initialement limitée le préjudice nécessaire s'est déployé de manière flagrante. Son expansion fut si importante que le nombre de préjudices nécessaires augmenta de manière exponentielle en droit du travail. À multiplier les exceptions, la chambre sociale de la Cour de cassation semble véritablement méconnaître le triptyque fondateur du droit de la responsabilité civile. De telle manière que par un arrêt²⁴⁵ promis à la plus large publication la Chambre sociale renoue avec le droit commun en limitant significativement le champ d'application de cette règle de fond. Si la rédaction de l'arrêt aurait sans doute tiré tous les bénéfices d'une motivation enrichie, la généralité du revirement laisse planer une incertitude quant à son étendu. L'hypothèse d'un abandon total de la jurisprudence n'est pas celle qui a finalement dicté la logique de la Cour de cassation. Il est donc opportun de s'interroger sur cette nouvelle tendance jurisprudentielle (Titre I).

98 -Cohérence. Alors même que le préjudice nécessaire fait l'objet de critiques acerbes, la nouvelle orientation de la chambre sociale est saisie de questions à même de faire basculer le principe jurisprudentiel nouvellement mise en place. À cet égard, la Cour va ériger un préjudice nécessaire 2.0 qui répond désormais à de nouvelles considérations. Pour comprendre le dynamisme de ce redéploiement, il est pertinent d'explorer les matières où se cristallisent les préjudices nécessaires. Naturellement, pour donner du sens à cette analyse il sera également nécessaire de rechercher les critères d'application du préjudice nécessaire. Il est généralement admis que la chambre sociale recourt de manière particulièrement désordonnée au préjudice automatique. Presque une décennie après ce changement de paradigme, il est judicieux d'évaluer si la réparation du préjudice automatique est tributaire d'une logique juridique. (Titre II)

²⁴⁴ G. García Márquez, Chronique d'une mort annoncée (1981)

²⁴⁵ Cass. soc., 13 avril 2016, préc.

Titre I : La délimitation du préjudice nécessaire :

99 - Prémices. Pendant une quarantaine d'années, les salariés ont bénéficié d'une règle de droit extrêmement favorable. D'une faute ou d'un manquement de l'employeur, le préjudice en est irrémédiablement déduit. Des voix s'élevèrent pour critiquer cette multiplication à outrances des préjudices nécessaires. C'est sans aucun doute la principale raison qui conduit la Chambre sociale à limiter la portée de la règle du préjudice nécessaire. Il est aussi approprié d'examiner de près le rapprochement entre cette jurisprudence, qui s'inscrit dans un contexte de réduction des possibilités des réparations, avec le contexte qui guide actuellement le droit du travail. Il s'agit d'un environnement marqué par les réformes législatives, les évolutions jurisprudentielles qui convergent vers une même idée qu'illustre parfaitement l'évolution du préjudice nécessaire. (Chapitre 1).

100 – Revirement. Conformément aux aspirations de la Cour de cassation, le revirement de 2016²⁴⁶ inverse le raisonnement pour durcir l'application du préjudice nécessaire. Afin de renforcer sa décision, le choix a été fait de recourir à des décisions ayant pour autorité leur ancienneté. À cet égard, les juges de la Cour de cassation sont revenus sur la grande majorité de leur jurisprudence ce qui impose au salarié de faire la preuve de son préjudice s'il espère se voir allouer des dommages-intérêts. Au-delà du souhait de réduire les situations dérogatoires aux enseignements civilistes d'autres justifications ont été apportées pour justifier le revirement. Ces dernières ont fait couler beaucoup d'encre tantôt en raison de leur véracité ou en contraire de leur fictivité. Plus encore, il est désormais établi que le préjudice nécessaire poursuit un objectif punitif qui dépasse l'objectif initial de réparation. Il est alors permis de s'interroger sur les conséquences de ce retour à la jurisprudence antérieure au regard de l'effectivité du droit du travail (Chapitre 2)

²⁴⁶ Cass. soc., 13 avril 2016, préc.

Chapitre 1 : Un reflux annoncé

101 – Prolifération nuisible. Au commencement, la solution est limitée à quelques hypothèses restreintes à certaines règles de procédure. L'effet recherché était de renforcer l'effectivité de ces règles en les sanctionnant systématiquement. Cela ne pouvait que renforcer leur respect pour l'avenir. Toutefois, par « *un effet boule de neige* »²⁴⁷, la jurisprudence a démultiplié les hypothèses de préjudices nécessaires qui pullulèrent. D'une exception limitée, la généralisation de l'exception se traduisait par une véritable violation des règles du droit commun de la responsabilité civile. Cette expansion visait principalement à sanctionner les manquements à des dispositions d'ordre public érigées dans le seul but de protéger le salarié (Section 1).

102 – Conjoncture défavorable. Cette nouvelle tendance de la chambre sociale de la Cour de cassation s'inscrit dans un contexte globalement plus défavorable au salarié. La Cour de cassation opère un revirement similaire à l'évolution à celui subit par l'obligation de sécurité en droit du travail. D'une espèce peu favorable à l'application d'une position jurisprudentielle, la chambre sociale de la Cour de cassation va tout simplement modifier le *ratio dicendi* qui guidait alors sa jurisprudence (Section 2).

Section 1 : Multiplication des exceptions

Pour pallier les difficultés propres aux relations de travail, la chambre sociale s'éloigne de la jurisprudence des autres chambres civiles qui réserve le préjudice nécessaire à des situations exceptionnelles (paragraphe 1). Pour ce faire, la chambre sociale sanctionne notamment les atteintes à l'ordre public qui bénéficie à certains manquements bien déterminés (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les atteintes réprimées

103 –Manquements procéduraux. L'expansion du préjudice nécessaire fut fulgurante en droit du travail. La chambre sociale de la Cour de cassation n'a cessé au gré des années de découvrir des préjudices déduits de la faute ou du manquement de l'employeur. Ils

²⁴⁷ Cour de cassation, rapport annuel 2016, p.248

ont été grandement mobilisés tout d'abord en matière de manquement procéduraux. Ainsi la notion de préjudice nécessaire était mobilisée en cas de violation de la procédure de l'entretien préalable au licenciement²⁴⁸, d'irrégularité de forme dans la procédure disciplinaire²⁴⁹, du manquement au délai de deux jours ouvrables pour notifier la rupture du contrat de travail²⁵⁰, l'absence de mention de la priorité de réembauchage dans lettre de licenciement pour motif économique²⁵¹, absence de communication des critères d'ordre de licenciements collectifs au salarié qui en fait pourtant la demande²⁵², l'absence de mention de la convention collective applicable sur le bulletin de paie²⁵³, la non délivrance ou la délivrance tardive du certificat de travail et l'attestation Assédic permettant au salarié de bénéficier de l'allocation chômage²⁵⁴.

Par ailleurs, le syndicat aussi bénéficie d'un préjudice automatique en cas d'action dans l'intérêt collectif de la profession pour non-respect de la convention collective²⁵⁵.

On peut être frappé par la grande diversité de manquements bénéficiant de ce mécanisme. Alors que certains manquements paraissent anodins (par exemple le délai pour notifier la rupture) d'autres paraissent plus importants (non-délivrance des documents conditionnant l'allocation chômage). Pour autant, tous ces manquements sont frappés d'une même sanction : un préjudice déduit de la faute ou du manquement.

104 – Extension. Au-delà de ces manquements de formes, les atteintes à certains droits bien identifiés permettaient de bénéficier du préjudice nécessaire. Il en est ainsi de la violation de l'exigence de la cause réelle et sérieuse de licenciement²⁵⁶. C'est d'ailleurs un des rares préjudices nécessaires qui a perduré. Dans la même idée, il en est de même concernant

²⁴⁸ Cass. soc., 28 mars 1979 n° 77-41.171 : Dr. soc. 1979 p. 292, note J. Savatier, qui décide que « l'inobservation des règles de forme doit dans tous les cas entraîner une condamnation, fût-elle de principe, à l'indemnité de l'article L 122-4-4 (L 1235-2) »

²⁴⁹ Cass. soc., 27 juin 2001 n° 99-42.216, préc.

²⁵⁰ Cass. soc., 5 mars 2002 n° 00-41.453, préc.

²⁵¹ Cass. soc., 28 sept. 2011 n° 09-43.374, préc.

²⁵² Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 03-45.443 : RJS 4/06 n° 420, Bull. civ. V, n° 57

²⁵³ Cass. soc., 17 mai 2016, n° 14-21.872

²⁵⁴ Cass. soc., 19 mai 1998, n° 97-41.814 : RJS 7/98 n° 865, D. 1999 p. 280 obs. Ch. Willmann, Dr. soc. 1998 p. 723 obs. C. Marraud ; Cass. soc. 20 janv. 1999 n° 96-45.042 : RJS 3/99 n° 369

²⁵⁵ Cass. soc. 30 nov. 2010, n°09-42.990, Bull. Civ. V, n°276 ; D. 2011.22

²⁵⁶ Cass. soc. 25 septembre 1991 n° 88-41.251 : RJS 11/91, n° 1200, Bull. civ. V, n° 380, qui utilise une formule un peu différente selon laquelle « la seule constatation de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement doit entraîner la condamnation de l'employeur à réparer le préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue ».

la violation des règles du licenciement lors de la suspension du contrat d'un salarié victime d'un accident du travail²⁵⁷.

D'autres préjudices nécessaires avaient également pour objectif de protéger les atteintes au droit à la santé du salarié, on pense par exemple au non-respect de la visite médicale d'embauche²⁵⁸. Tout comme l'atteinte au droit à la participation des travailleurs, qui était caractérisée par le manquement aux diligences nécessaires à la mise en place des institutions représentatives du personnel²⁵⁹.

Le préjudice nécessaire était également mobilisé pour assurer le respect du droit économique. Ainsi, le non-respect du salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC) causait nécessairement un préjudice au salarié.²⁶⁰ En définitive, il est véridique que les préjudices nécessaires révélés par la Chambre sociale outrepassaient largement ceux reconnus par les autres chambres.

Paragraphe 2 : La source des atteintes

105 – Manquement à l'ordre public. Tous ces préjudices nécessaires partagent un point commun. Ils sanctionnent des manquements à une obligation légale d'ordre public. De manière beaucoup plus marginale, la Cour de cassation admettait également que soit déduit de la violation d'une disposition conventionnelle un préjudice automatique.²⁶¹ C'est une hypothèse qui se retrouve également après 2016, la Cour de cassation a également permis la reconnaissance d'un préjudice nécessaire issu du dépassement de la durée conventionnelle de travail. La seule source qui semblait exclut du préjudice nécessaire était les manquements contractuels. Il convient de distinguer deux types de clauses contractuelles. Celles qui sont stipulées en faveur du salarié afin qu'il bénéficie de plus d'avantages. Ces clauses-ci ne correspondent pas à l'idée de la protection des intérêts d'une partie faible dont la protection vise en grande partie au respect de l'ordre public social. Dès lors que le salarié est en mesure de négocier des dispositions, il apparait évident que la dynamique de déséquilibre contractuel

²⁵⁷ Cass. soc. 17 déc. 1996, n° 93-43.306 : RJS 2/97 n° 136 : Dr. soc 1997 p. 203, note D. Corrigan-Carsin, Bull. civ. V n° 446.

²⁵⁸ Cass. soc. 17 oct. 2012 n° 10-14.248 : RJS 1/13 n° 77, D. 2012 p. 2526

²⁵⁹ Cass. soc. 17 mai 2011 n° 10-12.852 : RJS 8-9/11 n° 714, D. 2011 p. 1424 ; *ibid.* 2012 p. 901 obs. P. Lokiec et J. Porta : JCP S 2011 n° 1419 note J.-Y. Kerbourc'h, Bull. civ. V n° 108. Cet arrêt fonde la responsabilité de l'employeur sur l'article 1382 du Code civil

²⁶⁰ Cass. soc. 29 juin 2011 n° 10-12.884 : RJS 10/11 n° 797 ; Cass. soc. 19 janvier 2012 n° 10-31.005.

²⁶¹ Cass. soc. 4 déc. 2013 n° 12-23.930 : RJS 2/14 n° 128, Bull. civ. V n° 295, relatif à l'interdiction de conserver les traces d'une sanction disciplinaire prévue par la convention

n'est plus aussi important, le recours au préjudice nécessaire serait donc d'autant moins légitime.

106 - Sélection. Toutefois, ce n'est pas la même dynamique qui est à l'œuvre lorsque les clauses aggravent les obligations du salarié. De manière surprenante, seule la stipulation d'une clause de non-concurrence illicite respectée par le salarié bénéficiait du préjudice nécessaire²⁶². Cette solution n'a jamais été étendue à un autre type de clause qui alourdirait les obligations du salarié. Ainsi, par exemple, en cas de clause de mobilité illicite, le salarié ne pouvait espérer obtenir des dommages-intérêts que s'il apportait la preuve d'un préjudice.²⁶³

En définitive, la théorie du préjudice nécessaire empiétait sur une fraction du droit du travail. Mais cette parcelle (largement dominée par les manquements procéduraux) était suffisamment importante pour faire l'objet de nombreuses critiques reprochant une certaine banalisation du préjudice nécessaire.

Section 2 : Un contexte défavorable

107 – Un revirement opportuniste. Comme souvent, lorsque la Cour de cassation souhaite faire évoluer sa jurisprudence, elle favorise l'espèce la plus propice au revirement souhaité. Un tel schéma avait déjà été adopté un an auparavant, lorsqu'il était question de faire évoluer l'étendue de l'obligation de sécurité. Après une attentive analyse, l'obligation de sécurité fonctionnait finalement comme un préjudice nécessaire inversé. Avant un revirement jurisprudentiel, la Cour de cassation considérait que l'absence de faute de l'employeur ne l'empêchait pas de voir sa responsabilité engagée pour manquement à l'obligation de sécurité de résultat. Le salarié avait uniquement à démontrer que sa santé mentale ou son intégrité physique avait été atteinte ou exposée au risque de l'être²⁶⁴.

L'employeur ne pouvait pas être exempté même s'il démontrait qu'il avait pris toutes mesures nécessaires à la cessation du trouble²⁶⁵. De manière similaire à un principe de responsabilité sans faute, seule la force majeure²⁶⁶ permettait d'échapper à la condamnation. Naturellement,

²⁶² Cass. soc. 11 janv. 2006 n° 03-46.933 : RJS 3/06 n° 341.

²⁶³ Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-17.206

²⁶⁴ Cass. soc., 21 juin 2006, n°05-43.914, Bull. civ. 2006, V, n° 223

²⁶⁵ Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-40.144 et n° 08-44.019, Bull. civ. 2010, V, n° 30;

²⁶⁶ Cass. soc., 4 avril 2012, n° 11-10.570, Bull. civ. 2012, V, n° 116

c'est par définition une hypothèse extrêmement rare. Ici aussi, les canons de la responsabilité civile sont tordus au profit du salarié qui n'a pas à rapporter l'existence d'une faute.

Saisie d'une espèce on ne peut plus médiatique la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé de faire évoluer sa jurisprudence par un arrêt du 25 novembre 2015²⁶⁷. Il est intéressant de prendre les temps de décrire les faits qui ont mené à cet arrêt. En l'espèce un salarié d'une compagnie aérienne occupe la fonction de chef de cabine sur les vols long-courrier. Il a été le témoin des attentats du 11 septembre 2001. Puis, le 24 avril 2006, alors même qu'il devait rejoindre son avion, une crise de panique provoque un arrêt de travail. Enfin, le 19 décembre 2008 il intente une action en justice sollicitant de dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité de résultat de la compagnie aérienne. L'affaire était parfaite pour faire évoluer la jurisprudence. Elle illustre à merveille la déconnexion entre l'engagement automatique de la responsabilité de l'employeur et la survenance d'un événement imprévisible survenu à l'occasion du travail. D'autant plus que l'employeur avait organisé des visites médicales et orienté le personnel auprès de professionnels psychiatrique.

Désormais, l'obligation de sécurité n'exige plus l'absence totale d'atteinte à la santé physique et mentale mais uniquement la « *mise en œuvre par l'employeur des mesures propres à assurer la sécurité et protéger la santé de celui-ci, mesures fixées par certaines dispositions réglementaires spécifiques mais également énoncées par le législateur dans l'article L. 4121-1 du code du travail*²⁶⁸ ».

108 – Récidive. En matière de préjudice nécessaire c'est exactement le même type d'arrêt qui a permis de remettre en cause toute une construction judiciaire²⁶⁹. En l'espèce, un salarié dont le contrat de travail a été rompu demandait que son employeur soit condamné à remettre des documents de fin de travail. L'employeur a finalement communiqué le certificat de travail et le bulletin de paie lors de l'audience de conciliation. Malgré cela, le salarié demanda des dommages-intérêts pour indemniser son préjudice résultant de la remise tardive de ces documents. En vertu de la théorie du préjudice nécessaire le salarié considère que les juges du fond auraient dû lui octroyer une indemnisation. Plus précisément, il espérait que dans sa frénésie jurisprudentielle la chambre sociale de la Cour de cassation étende la solution applicable à l'attestation pôle emploi.²⁷⁰ Seulement dans cette dernière hypothèse la situation

²⁶⁷ Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444 : JCP E 2016, 1146, note A. Bugada ; Cah. soc. 2016, p. 23, note J. Icard

²⁶⁸ *Ibid*

²⁶⁹ Cass. soc., 13 avr. 2016, préc.

²⁷⁰ Cass. soc., 29 sept. 2014, n° 13-13.661, Bull. civ., V, n° 209

n'est pas exactement la même pour le salarié. En l'absence de l'attestation pôle emploi, le salarié ne peut percevoir un revenu de remplacement²⁷¹. Contrairement au bulletin de paie qui n'est pas un document nécessaire à l'allocation de ce revenu. Il n'est pas non plus comparable au certificat de travail qui permet de faire valoir ses distinctions ou de démontrer la réalité d'une expérience professionnelle. C'est sans doute la raison pour laquelle le défaut de délivrance du certificat de travail conduisait également à un préjudice nécessaire au profit du salarié.²⁷²

Après réflexion, on pourrait éventuellement arguer que l'absence de délivrance du bulletin de paie pourrait empêcher une future preuve du contrat de travail dès lors que le contrat n'est pas écrit. De manière plus convaincante, le bulletin de paie est souvent un document sollicité lors d'une demande de crédit ou de la constitution d'un logement. Mais dans ce cas, est-il vraiment nécessaire de recourir à un préjudice nécessaire pour une situation si marginale ? Probablement pas, il aurait donc été attendu que la Cour de cassation n'accueille pas le pourvoi. Néanmoins, la Cour de cassation se saisit de ces faits pour rendre une décision qui outrepassa le cas du litige. On pourrait presque croire que la chambre sociale attendait une espèce défavorable à l'application du préjudice nécessaire pour remettre en cause toute la construction jurisprudentielle. Mais en raisonnant de la sorte « *la haute juridiction ne jette-t-elle pas alors le bébé avec l'eau du bain ?* » En tout état de cause ce changement n'est qu'un pavé parmi tant d'autre qui substitue des solutions sécuritaires à des solutions protectrices pourtant justifiées.

²⁷¹ C. trav., L. 5421-2

²⁷² Cass. soc. 19 mai 1998 n° 97-41.814, préc .

Chapitre 2 : Un reflux justifié

109 – Généralisation. Il est vrai que les exceptions issues du préjudice nécessaire se sont autonomisées vis-à-vis du droit de la responsabilité civile. Ce mouvement se retrouve au sein de la motivation des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation. Avant le revirement de 2016, seuls les arrêts relatifs au défaut de mise en place par l'employeur des institutions représentatives du personnel visaient l'actuel article 1240 du Code civil²⁷³. De telle façon qu'il apparaît clairement que le mécanisme de droit civil a été tordu pour en faire bénéficier le plus de salarié possible dans un maximum de situation.

110 – Portée. La nouvelle orientation du préjudice nécessaire n'apparaissait pas explicitement au sein du premier arrêt marquant le reflux de cette notion²⁷⁴. D'aucuns se sont interrogés quant à la portée du revirement. Face à cette incertitude, un conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation éclaire lors d'un entretien²⁷⁵ le devenir du préjudice nécessaire. Symptomatique du nouveau procédé de la Cour de cassation dont l'objet est de préciser les arrêts obscurs au sein de commentaires ou d'entrevues ultérieures. Selon le conseiller Florès, *« la formule employée par la Chambre sociale est large et marque l'abandon de la notion de préjudice nécessaire lorsque celle-ci ne résulte pas d'un texte ou d'une règle qui en consacrerait clairement le principe (...). L'ensemble des hypothèses où un préjudice nécessaire avait été retenu sera donc réexaminé à l'aune de cette décision de la Chambre sociale. »* En d'autres termes, d'un principe emblématique du droit du travail, le préjudice nécessaire est relégué au rang de situation exceptionnelle (Section 1). Cette réduction s'est accompagnée de nombreuses justifications *a posteriori* destinées à légitimer les exclusions du préjudice nécessaire. Loin de faire l'unanimité, nombreux sont ceux qui ont déploré le développement d'un contexte juridique instable. Subséquemment, le recours à la règle de droit désormais inutile illustre parfaitement le développement de la *« précarité subjective »*²⁷⁶ des salariés (Section 2).

Section 1 : Du principe à l'exception

²⁷³ Cass. soc. 15 mai 2019, préc.

²⁷⁴ Cass. soc., 13 avr. 2016, préc.

²⁷⁵ P. Florès, L'abandon du préjudice nécessaire, un retour au droit commun, Entretien avec Philippe Florès, *Semaine Sociale Lamy*, 28 avr. 2016, n° 1721

²⁷⁶ R. Saada, Un enjeu misérable, une portée symbolique forte, *Semaine Sociale Lamy*, 2 mai 2016, n° 1721

111 – Cantonnement. C'est souvent par des décisions de cassation que la Cour de cassation construit sa jurisprudence. C'est un mouvement inverse qui a été à l'œuvre en matière de préjudice. C'est bien par une décision de rejet que la Cour de cassation déconstruit son œuvre jurisprudentielle sur le fondement d'un principe qu'elle ne pouvait pourtant pas ignorer (paragraphe 1). Naturellement, la généralité de la formule donna raison à ceux qui présagèrent une application généralisée de cette nouvelle approche du préjudice nécessaire (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un principe connu

112 – Revirement. « *L'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.* » Tel un *leitmotiv*, cette formule ne surprend guère. Le principe est désormais bien acquis, les préjudices retenus doivent être justifiés, leur évaluation est ensuite librement déterminée par le juge.²⁷⁷ Par suite, la Cour de cassation se borne à un unique contrôle réduit qui porte uniquement sur la motivation des juges du fond.

Plus précisément, cette formulation type est une reprise à l'identique d'un arrêt rendu en chambre mixte²⁷⁸ il y a plus de 22 ans.

Les plus habiles remarqueront qu'en dépit de sa maigre longueur et de son dispositif relativement classique l'arrêt du 13 avril 2016²⁷⁹ est promis à une large diffusion P+B+R. L'arrêt est publié au bulletin de la Cour (P), mais aussi au Bulletin d'information de la Cour de cassation (B), puis en raison de sa forte portée doctrinale analysé au rapport annuel de la Cour de cassation (R).

113 – Ancienneté. Le rapport annuel de l'année 2016²⁸⁰ expliquait que l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation se fondait sur un ancien arrêt de 2002 rendu par la chambre mixte de la Cour de cassation²⁸¹. Le rapport mentionne également un ancien arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Cette mention étonne au regard de l'ancienneté de l'arrêt dont il est question. Ce dernier est vieux de 25 ans²⁸². Sans pour autant en reprendre les termes exacts, comme le souligne l'ancien doyen de la Cour de cassation

²⁷⁷ Cass. 2e civ, 18 avr. 1969, n° 67-14.072, Bull. civ. II, n° 82. : Cass. crim. 9 févr. 1982, n° 81-92.430, Bull. crim. n° 46 ;

²⁷⁸ Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, n° 98-22.981, Bull. ch. mixte, n° 4 et n° 98-14.397, Bull. ch. mixte, n° 5

²⁷⁹ Cass. soc. 13 avr. 2016, préc.

²⁸⁰ Cour de cassation, Rapport Annuel, 2016, p. 247

²⁸¹ Cass.ch. mixte, 6 sept. 2002, préc.

²⁸² Cass. ass. plén., 26 mars 1999, préc.

Monsieur P. Bailly, jusqu'alors cela « *n'a pas empêcher la chambre sociale de maintenir sa position spécifique.* »²⁸³ D'autant que les arrêts cités s'inscrivent dans une série de décisions qui s'applique depuis plus d'un siècle²⁸⁴.

Paragraphe 2 : Une réduction drastique

114 - Retour au point de départ. Les incidences de ce revirement se sont rapidement concrétisées. Très rapidement, le retour au droit commun envahit de nombreux pans autrefois couverts par le préjudice nécessairement causé. Désormais, la Cour de cassation exclut la caractérisation du préjudice nécessaire en cas : d'absence d'information du salarié concernant la convention collective en vigueur dans l'entreprise²⁸⁵, d'absence d'information sur le droit individuel à formation²⁸⁶, de la nullité d'une clause de non-concurrence²⁸⁷, de la remise tardive de documents²⁸⁸, d'irrégularité affectant la procédure de licenciement²⁸⁹, d'absence de visite médicale obligatoire²⁹⁰, de la méconnaissance de l'ordre des licenciements²⁹¹, du non-paiement des heures supplémentaires ou du défaut de mise en place d'un dispositif de contrôle du temps de travail nécessaire à la sécurité du salarié²⁹². La Cour de cassation a véritablement agi en « *serial killer puisqu'en un peu plus d'un an on compte une quinzaine de récidive* »²⁹³

115 - Résistance du fond. Nombreux sont intimement convaincus que l'arrêt du 13 avril 2016²⁹⁴ n'est pas étranger à toute considération politique. La justification juridique est maladroite. L'ancienneté de la formule conjuguée à son ignorance par la Chambre sociale depuis de nombreuses années semble dissimuler d'autres éléments. Cette absence de cohérence a conduit certaines juridictions à « résister » à ce principe notamment en matière de temps de travail. À l'image de la Cour d'appel de Bordeaux²⁹⁵ qui décide que « *le dépassement des seuils cause nécessairement un préjudice au salarié.* ». Une décision similaire est rendue en matière de non-respect des temps de pause en raison de « *des*

²⁸³ P. Bailly, Un retour discret du préjudice « nécessaire », semaine sociale lamy 2022, n° 1991. 4

²⁸⁴ P. Bailly, la fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ?, préc.

²⁸⁵ Cass. soc., 17 mai 2016, préc.

²⁸⁶ Cass. soc., 26 janv. 2017, n° 15-21.167

²⁸⁷ Cass. soc., 25 mai 2016, n° 14-20.578, préc.

²⁸⁸ Cass. soc., 16 juin 2016, n° 15-15.982

²⁸⁹ Cass. soc., 13 sept. 2017, préc.

²⁹⁰ Cass. soc., 27 juin 2018, n°17-15.438 F-D (visite d'embauche) ; Cass. soc. 17 mai 2016, n°14-23.138 F-D (visite de reprise)

²⁹¹ Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 17-18.136

²⁹² Cass. soc., 29 juin 2017, n° 16-11.280 F-D ; Cass. soc., 20 sept. 2017, n° 15-24.999 F-D

²⁹³ D. Boulmier la fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ?, RDT 2017, p. 374

²⁹⁴ Cass. soc. 13 avril 2016, préc.

²⁹⁵ CA Bordeaux, 8 sept. 2016, n°15/04102

*incidences en matière de santé et de sécurité au travail »*²⁹⁶ avant même que la Cour de cassation ne se soit prononcée sur le sujet.

La Cour d'appel de Paris partage également cette vision. Elle décide courant 2017 que lorsque la durée maximale de travail hebdomadaire est dépassée le salarié « *subi un préjudice certain tant du point de vue de la fatigue endurée que de l'atteinte à sa vie personnelle ; il convient donc d'indemniser son préjudice.* »²⁹⁷

Section 2 : Les raisons du revirement

116 – Fragilisation. Ce changement de dynamisme n'est certainement pas passé inaperçu marquant ainsi une véritable déconstruction d'une jurisprudence bien établie. Ce qui surprend le plus c'est que ce mouvement n'est pas motivé par une modification du contexte qui reste inchangé. En revanche, si les faits présentés à la Cour restent identiques ce qui évolue, c'est sans doute la poursuite d'une politique juridique différente. Par leur multiplication, les préjudices nécessaires se sont sans doute étendus à des domaines pour lesquels ils n'étaient pas indispensables²⁹⁸. De telle manière que cette expansion démesurée a finalement conduit à fragiliser et décrédibiliser la notion de préjudice nécessaire dont la stricte circonscription provoque des répercussions importantes (paragraphe 2) et dont la justification est sujette à critique (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Des maigres justifications

117- Surprotection. Tous les préjudices nécessaires ne se valent pas. En théorie, ils sont identiques mais en pratique ils ne paraissent pas tous légitimes. Il a déjà été démontré que ce même mécanisme sanctionne des manquements dont l'importance est pourtant très inégale. Des manquements anodins ont ainsi bénéficié de ce mécanisme. La mobilisation du préjudice déduit de la faute a également été critiquée lorsque le droit positif en vigueur prévoyait déjà un moyen de veiller de la norme protégée. Par exemple, en matière de mise en place des institutions représentatives du personnel ; le syndicat peut agir en réparation de l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession²⁹⁹. Était-ce alors véritablement nécessaire de

²⁹⁶ *Ibid*

²⁹⁷ CA Paris, 21 avril. 2017, n°14/02040

²⁹⁸ Cass. soc. 5 mars 2002, préc. : la Chambre sociale déduit un préjudice si la rupture est notifiée antérieurement au délai de deux jours ouvrables entre l'entretien préalable au licenciement et la notification de la rupture du contrat de travail.

²⁹⁹ G. Duchange, Le préjudice (social) nécessaire, préc.

sanctionner ce même manquement par l'octroi d'un préjudice automatique³⁰⁰. On pourrait toutefois argumenter que l'action dans l'intérêt collectif de la profession ne permet pas de réparer le préjudice individuel exclusivement attaché à la personne du salarié.

118 - Confiscation du pouvoir des juges du fond. Le préjudice nécessaire a pu être assimilé à « *une véritable confiscation par la Cour de cassation des pouvoirs d'appréciation habituellement laissés aux juges du fond* »³⁰¹ La raison d'être du préjudice nécessaire étant justement de forcer la reconnaissance du préjudice. Ainsi ce ne sont pas seulement les canons de la responsabilité civile qui sont affectés. Ce sont les prérogatives même du juge qui sont mutilées. Il n'est alors plus libre de renier l'existence du préjudice ; les juges du fond n'ont d'autres choix que de condamner l'employeur.

La critique s'est intensifiée jusqu'à comparer les conseils de prud'hommes à des instances sanctionnatrices et les juges civils à d'authentiques juges répressifs. D'autant plus que les indemnités symboliques sont prohibées.

119 – Pourvois intempestifs. D'aucuns savent que la Cour de cassation, juridiction suprême, ne juge que le droit et « *ne connaît pas du fond des affaires, sauf dispositions législatives contraires.* »³⁰² On peut distinctement lire sur le site de la Cour de cassation « *La Cour de cassation est le juge du droit. Elle ne réexamine pas les faits qui sont à l'origine du litige*³⁰³. » Pour autant, en forçant la reconnaissance de préjudice, la Cour de cassation outrepassait clairement ses fonctions pour s'intéresser au fond même du litige. Plus encore, à l'issue du processus, elle se retrouvait envahie de pourvois à l'initiative de salarié insatisfait de l'évaluation des juges du fond. On ne peut alors s'empêcher de penser que cette décision était aussi motivée par la volonté de « *se débarrasser d'un contentieux, peut-être trop encombrant* »

C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles la chambre sociale a gravement circonscrit la théorie du préjudice nécessaire. Alors qu'il aurait pu en être autrement. La Cour de cassation aurait tout simplement pu décider de mettre fin à l'automaticité du préjudice nécessaire plutôt que d'abandonner totalement sa jurisprudence. Ainsi, l'usage d'une présomption simple aurait satisfait l'objectif d'allègement probatoire tout en permettant à l'employeur de combattre la présomption.

³⁰⁰ Soc. 17 mai 2011, préc..

³⁰¹ J. Mouly, Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux ?, préc.

³⁰² C. coj., art. L. 411-2

³⁰³ Cour de cassation, Les missions de la Cour de cassation - <https://www.courdecassation.fr/la-cour/les-missions-de-la-cour-de-cassation>

Enfin, peut-être que la Cour de cassation a également voulu se rapprocher d'autres cours suprêmes qui ne tranchent que les litiges d'une certaine importance à l'image de la Cour suprême des Etats-Unis. Des manquements mineurs centrés autour « de la petite question du préjudice »³⁰⁴ ont-ils vraiment besoin d'être tranché par la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français.

120 – Retour orthodoxie. Il a été annoncé que cette jurisprudence marquerait un retour au droit commun contrebalançant avec la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation jugée peu orthodoxe.

Cette première affirmation n'est pas tout à fait véridique étant donné que toutes les chambres de la Cour de cassation appliquent d'une manière ou d'une autre la théorie du préjudice nécessaire. Certes, la chambre sociale a étendu la notion à de nombreux domaines mais cette jurisprudence est restée cohérente en ce que toutes les chambres reconnaissent des préjudices nécessaires identiques (notamment à ceux tirés des atteintes aux droits de la personnalité) .

Il a également été annoncé que le revirement se voulait général afin que ne subsiste que les hypothèses qui seraient issues « *d'un texte ou d'une règle qui en consacrerait clairement le principe* »³⁰⁵ ». Le bulletin d'information de la Cour de cassation indique également que la multiplication des « *sanctions automatiques* » se traduisait par une « *véritable méconnaissance* »³⁰⁶ des règles de la responsabilité civile.

C'est donc principalement l'argument juridique d'une déformation du droit commun qui semble avoir majoritairement motivé le revirement de jurisprudence. La marginalité de la chambre sociale s'éloignait trop de l'idéal de réparation fondée sur : la faute, le lien de causalité, le préjudice. Plus précisément, le conseiller référendaire Florès indique que « *la justification du dommage permet au juge une évaluation conforme à la réalité de chaque situation. Bref, l'application pure et simple du principe de réparation intégrale du préjudice subi.* »³⁰⁷

Le choix d'un retour au droit commun s'accompagne d'importantes conséquences qu'il convient à présent d'étudier.

³⁰⁴ D. Boulmier, La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions en droit du travail ?, préc.

³⁰⁵ *Ibid*

³⁰⁶ Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 849, 15 oct. 2016, n°1220

³⁰⁷ P. Florès, L'abandon du préjudice nécessaire, un retour au droit commun, Entretien avec Philippe Florès, préc.

Paragraphe 2 : Des conséquences importantes

121 - Efficacité des sanctions en droit du travail. « *Affirmer que le non-respect de la règle par la partie forte au contrat n'a de conséquence que si l'on démontre un préjudice vide la règle de sa substance et de sa force*³⁰⁸ ». La fonction moderne de la responsabilité civile ne saurait être limitée à la seule réparation. Il ne s'agit pas d'une unique justice restaurative et il a déjà précédemment été démontré que ce droit poursuivait des finalités de prévention et de correction des comportements illicites. La poursuite de la finalité correctrice peut donc sembler remise en cause par cette nouvelle orientation visant à réduire drastiquement le nombre de préjudices nécessaires.

Pourtant, d'aucuns soulèvent une problématique d'effectivité des règles en droit du travail. Les chambres civiles de la Cour de cassation comme le législateur applique déjà ce principe qui garantit l'effectivité des règles protégées. Au-delà de stigmatiser des comportements illicites qui profite indûment d'une relation par nature asymétrique, cette règle de fond permettait surtout de forcer la caractérisation d'un préjudice moral.

Ainsi, il est nécessaire que les juridictions du fond prennent en compte ce reflux du préjudice automatique pour désormais apprécier le préjudice moral de manière un peu plus compréhensive. À titre d'illustration, il serait particulièrement incongru de considérer que sous-prétexte que le salarié ne rapporte pas un préjudice moral, un harcèlement sexuel ne pourrait être indemnisé.

Si une des finalités du préjudice nécessaire est de garantir l'effectivité de la règle de droit, faut-il en déduire que l'arrêt du 13 avril 2016³⁰⁹ a pour objectif de ne pas assurer l'effectivité juridique ? Certains ne sont pas loin de le penser, si cette décision « *ne donne pas, par ce revirement, un permis de tuer, elle n'en donne pas moins un signal de complaisante tolérance aux comportements déviants et participe à l'impunité des délinquants patronaux, dans la continuité de la loi Macron et des textes pris pour son application* »³¹⁰

Plus que le revirement lui-même, c'est le contexte dans lequel il est rendu qui irrite. Cet arrêt témoigne à nouveau d'un revirement qui amplifie les difficultés auxquelles doivent faire face

³⁰⁸ R. Saada, Un enjeu misérable, une portée symbolique forte, préc.

³⁰⁹ Cass. soc., 13 avr. 2016, préc

³¹⁰ D. Boulmier la fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ?, préc.

les salariés. Il est difficile de ne pas songer à : l'assouplissement du régime de l'obligation de sécurité³¹¹, l'entrée en vigueur du barème macron³¹², le raccourcissement des prescriptions, l'évolution de la jurisprudence sur l'intérêt de l'entreprise qui inversa la charge de la preuve en imposant au salarié de démontrer que la mise en œuvre de la clause de mobilité n'est pas conforme à cet intérêt³¹³ ou encore la représentation obligatoire en cause d'appel³¹⁴.

122 – Renforcer la loyauté ? Une partie de la doctrine a accueilli favorablement ce revirement de jurisprudence considérant que « *le débat va se recentrer sur la réalité des faits, [cette décision] responsabilise les juges du fond dans la motivation de leur décision. Par ricochet, l'exigence de loyauté contractuelle s'en trouvera réaffirmée.* »³¹⁵ Une telle constatation est surprenante. Le préjudice nécessaire n'avait que pour seul effet déduire le dommage de la faute. Toutefois, l'évaluation du préjudice restait tributaire des faits présentés au juge. Le salarié qui ne pouvait prouver son préjudice se retrouvait le plus souvent avec une indemnisation d'un euro *souverainement apprécié par les juges du fond* qui était justement motivé par le défaut d'un réel préjudice. Le constat d'une réaffirmation de l'exigence de loyauté contractuelle porte là aussi à quelques critiques. Il est curieux de prétendre que la suppression d'un mécanisme visant à responsabiliser l'employeur puisse dans le même temps renforcer la loyauté contractuelle. L'existence même du préjudice nécessaire ainsi que sa remarquable expansion vise justement à contrecarrer la déloyauté de l'employeur qui profite de son privilège du préalable et parie sur l'inertie du salarié. D'autant plus que l'usage préjudice nécessaire possédait une autre vertu procédurale.

Selon un rapport des états généraux de la justice réalisé en 2021, une procédure intentée devant le conseil de prud'homme dure en moyenne 16,2 mois. En revanche « *Les délais dépassent 30 mois lorsqu'un juge départiteur doit intervenir.* »³¹⁶

Naturellement, un juge qui se voit confisquer son pouvoir de caractérisation du préjudice, ne peut en nier l'existence. Dans cette hypothèse, le différend ne peut porter que sur l'évaluation du préjudice, il est donc relativement peu probable que l'affaire soit renvoyée devant un juge départiteur. Bien qu'en pratique, il convient de garder à l'esprit qu'il est rarissime qu'un

³¹¹ Cass. soc., 25 nov. 2015, préc.

³¹² C. trav., art. L. 1235-3

³¹³ Cass. soc. 23 févr. 2005, n°04-45.463, Bull. civ. V, n°64 ; D. 2005.1678, note P. Guiomard

³¹⁴ Décret n° 2016-660 du 20 mai 2016

³¹⁵ A. Dejean de la Bâtie, préc.

³¹⁶ Rapport du comité des Etats généraux de la justice, octobre 2021 – avril 2022, p. 46

préjudice nécessaire constitue l'unique prétention d'une partie. Il s'agit le plus souvent d'une demande qui se greffe au litige principal.

123. - Indemniser plus justement ? Enfin, il a également pu être suggéré que l'important reflux du préjudice nécessaire permettra au juge du fond **d'indemniser** « *certainement avec plus de justesse les salariés qui ont véritablement subi un dommage.* »³¹⁷ Encore une fois, cette observation semble hors de propos. Peu important que la caractérisation du préjudice soit imposée ou librement déterminée par le juge ; l'évaluation du préjudice est indépendante de cette première constatation. Dans un cas comme dans l'autre, dès lors que le salarié peut démontrer son préjudice à l'aide d'éléments concrets, l'évaluation est identique.

Finalement, hormis un conformisme à une jurisprudence civile de plusieurs siècles, aucun éloge de ce reflux ne semble réellement emporter la conviction. Ainsi quand bien même l'expansion du préjudice nécessaire a pu inquiéter, la voie d'une importante circonscription apparaît comme une solution très sévère.

124. – Approche moderne responsabilité civile : Synthèse. Les deux principaux arguments avancés pour motiver le revirement consistent à reprocher la position isolée de la chambre sociale de la Cour de cassation ainsi que son ignorance vis-à-vis du droit de la responsabilité civile. Pourtant, cette jurisprudence participait à la mise en application de la fonction moderne de la responsabilité civile à travers sa finalité normative, préventive et punitive « *en prévenant le dommage et en sanctionnant un comportement antisocial* »³¹⁸

On pourrait donc se demander si ce retour en arrière ne réduit pas l'expression de la fonction normative de la responsabilité civile. Alors même que de la Chambre sociale de la Cour de cassation, aurait pu grandement contribuer au développement de la finalité moderne de la responsabilité civile.

³¹⁷ A. Bonnet, La fin du préjudice nécessaire : nouvelle confirmation de l'abandon général opéré par la Chambre sociale, JS Lamy 2016, n° 416-15

³¹⁸ H. Gali, la nécessité du préjudice en droit du travail, préc

Titre 2 : Le redéploiement du préjudice nécessaire

125 – Redéploiement. « *Or voici que, par touches successives, la Cour de cassation remettrait au gout du jour ce qu'elle condamnait hier* »³¹⁹ En réalité la Cour de cassation n'a jamais réellement condamné ni abandonné, le préjudice nécessaire. La généralité de la formule adoptée a sans doute semé le trouble. Néanmoins, très vite, il apparaît que ce sont plus les exceptions incessantes, que la notion en elle-même, qui ont été condamnées. Les dernières années sont rythmées par la découverte de nouveau préjudice qui se concentre notamment sur le manquement à des obligations du droit de l' Union. Ce renouveau du préjudice nécessaire interroge sur le domaine d'application du préjudice qui semble désormais flou. Ce mécanisme, désormais bercé par des flux et reflux contraires mérite de voir le champ de son déploiement clarifié. Il serait alors pertinent d'explorer les matières dans lesquelles sont dénichés les préjudices nécessaires. (Chapitre 1).

126 – Raisonnement. Lorsque, la chambre sociale a procédé à l'évolution de la jurisprudence, elle s'est contentée d'une formule générale. C'est ensuite une entrevue avec l'ancien président de la chambre sociale de la Cour de cassation, J.-Y. Frouin, qui a éclairé les praticiens sur l'organisation du nouveau redéploiement du préjudice nécessaire³²⁰. Selon ses dires préjudice nécessaire serait maintenu en cas : de justification textuelle ou dans le cas d'un manquement grave à une obligation essentielle.

A l'aune de ce qui précède, le maintien du préjudice nécessaire n'aurait pas dû poser de difficultés particulières. Néanmoins, rapidement il est apparu qu'il existait une distorsion entre les propos annoncés et les arrêts rendus par la Cour de cassation. Quand bien même les propos de J.-Y. Frouin trouvent à s'appliquer ceux-ci apparaissent très rapidement insuffisants pour expliquer le traitement actuel du préjudice nécessaire. Ainsi, il est approprié d'examiner de plus près les critères annoncés, appliqués ou applicables (Chapitre 2).

³¹⁹ A. Bousse, Controverses : un préjudice nécessaire pour quoi faire ?, préc.

³²⁰ J.-Y.-Frouin, Quel bilan tirer de la jurisprudence de 2017 de la chambre sociale de la Cour de cassation, quelles perspectives pour 2018 ? » FRS 4/18, 26 janv. 2018, p. 29

Chapitre 1 : Le champ du redéploiement

127 – Découverte. Le préjudice nécessaire n'a pas disparu. Au contraire, il s'est maintenu dans certains pans du droit. La jurisprudence de la chambre sociale s'est beaucoup développée depuis l'arrêt du 13 avril 2016 ³²¹. Du principe initialement posé la chambre sociale de la Cour de cassation a déjà dégagé un certain nombre d'exceptions. La situation n'est pas comparable à celle qu'elle fut avant 2016. Toutefois sans pour autant opérer des revirements en cascade la chambre sociale n'a eu d'autres choix que de prendre en compte les spécificités travaillistes pour redéployer le préjudice nécessaire aux espèces qui s'y prêtaient. Plus encore, dans d'autres matières l'impossible s'est pourtant produit. Alors même que certains craignaient une disparition du préjudice nécessaire, les trois dernières années ont été marquées par la découverte de nouveaux préjudices nécessaires (section 1).

128 – Détection. Il apparait distinctement que certaines matières de droit du travail sont plus à même de bénéficier du préjudice nécessaire. Pour autant il serait prématuré de cantonner les préjudices nécessaires aux matières où la jurisprudence a déjà reconnu le préjudice automatique. D'autant qu'un récent arrêt³²² jette le trouble sur la portée de l'obligation de sécurité qui pourrait entretenir des liens étroits avec la caractérisation d'un préjudice automatique. Il serait donc judicieux d'analyser les hypothèses favorables au redéploiement du préjudice nécessaire (section 2).

Section 1 : Le champ actuel

129 - Domaine. À l'analyse les matières dans lesquelles se développent le préjudice nécessaire se divisent en deux catégories. D'une part, le champ de la durée du travail qui intègre très largement la notion du préjudice nécessaire (paragraphe 1). D'autre part, les champs plus résiduels qui usent du préjudice nécessaire de manière occasionnelle pour des situations bien spécifiques (paragraphe 2)

³²¹ Cass. soc., 13 avril 2016, préc.

³²² Cass. soc., 19 mai 2021, n° 20-14.730

Paragraphe 1 : Le champ dominant

130 –Durée maximale légale de travail. La durée du travail semble être une matière privilégiée, destinée à la découverte des préjudices nécessaires. De manière successive, la chambre sociale consacre au fil du temps de nouveaux préjudices nécessaires. Tous ces préjudices nécessaires partagent comme point commun l'atteinte à la durée maximum du travail.

Elle consacre ainsi un préjudice nécessaire en matière de dépassement de durée du travail maximale hebdomadaire.³²³ Elle caractérise également un préjudice nécessaire en cas de dépassement de la durée maximale de travail quotidienne³²⁴. À cette liste la chambre sociale ajoute un préjudice nécessaire découlant du dépassement de la durée maximale hebdomadaire³²⁵.

Tous ces préjudices découlent en réalité d'une formule globale qui conduit à rassembler plusieurs hypothèses : « *le dépassement de la durée maximale de travail ouvre, à lui seul, droit à la réparation.* » La généralité de la formule a pour effet d'inclure un maximum d'hypothèses relevant du dépassement d'une durée maximale.

Ce sont des dispositions particulièrement avantageuses pour le salarié qui bénéficie déjà d'un aménagement probatoire en matière du respect des durées du travail dont la preuve incombe à l'employeur en vertu du droit de l'Union.

131. Violation de la durée conventionnelle de travail. La violation de la durée légale du travail n'est pas la seule à bénéficier du préjudice nécessaire. Une étape de plus a été franchie dans cette construction jurisprudentielle lorsqu'au regard d'un manquement conventionnel aux durées minimales de repos (plus favorable que les dispositions d'ordre public social) un préjudice nécessaire a été caractérisé.

132 - Méthode. Il est communément admis³²⁶ que le droit de l'Union constitue la nouvelle terre d'élection du préjudice nécessaire. Encore faut-il que la norme européenne mobilisée soit d'effet direct « *non pas quant à la possibilité de lui faire écarter une norme nationale contraire [...], mais quant à l'exigence que la disposition européenne [...] soit suffisamment claire, précise, et inconditionnelle pour que l'on puisse identifier qu'elle crée*

³²³ Cass. soc., 26 janv. 2022, n° 20-21636, PB : BJT mars 2022,, note S. Ranc – Cass. soc., 14 déc. 2022, n° 21-21411

³²⁴ Cass. soc., 11 mai 2023, n° 21-22281 : BJT juin 2023, note S. Ranc

³²⁵ Cass. soc., 27 sept. 2023, n° 21-24782

³²⁶ S. Ranc, Un préjudice nécessaire qui reste d'exception mais dont le fondement s'élargit, BJT nov. 2023

des droits subjectifs au profit des particuliers dont ils peuvent se prévaloir devant le juge pour demander réparation du préjudice causé par leur violation.»³²⁷

C'est donc en vertu du droit européen que les préjudices nécessaires sont découverts. Cette affirmation est vraie en matière de dépassement de la durée maximale hebdomadaire dont la solution est fondée sur l'article 6, b), de la directive *temps de travail*³²⁸ qui envisage un seuil maximum, sauf cas particulier, de quarante-huit heures.

On peut toutefois noter qu'aucun seuil européen n'est envisagé en matière de durée quotidienne du travail. Pourtant, la Cour de cassation caractérise tout de même un préjudice nécessaire. Pour ce faire, elle fait référence non pas au contenu de la directive mais à la finalité de cette dernière.

De manière similaire en matière de dépassement de la durée de travail de nuit, aucune directive n'étant d'effet direct elle, s'en remet à la finalité de la directive pour interpréter le droit interne qui « *participe de l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise d'un repos suffisant et le respect effectif des limitations de durées maximales de travail concrétisé par la directive [temps de travail] et de la directive 2002/15/CE du Parlement et du Conseil du 11 mars 2002 relative à l'aménagement du temps de travail des personnes exécutant des activités mobiles de transport routier* »³²⁹

La technique de l'interprétation conforme n'est pourtant pas inconnue, elle est de plus en plus utilisée par la chambre sociale de la Cour de cassation pour se conformer à ses engagements communautaires. Ce qui est primordial de soulever c'est que cette interprétation conforme ne se limite pas au contenu textuel, mais que la Cour de cassation peut rechercher l'objectif de ce contenu au regard du droit protégé. En somme, pour justifier sa solution, la Cour de cassation interprète le droit interne, conformément à son interprétation de la finalité de toute une directive. Ce raisonnement nécessairement subjectif, quelque peu abstrait, a pour mérite de synthétiser la jurisprudence. Il aurait été étrange de caractériser un préjudice nécessaire uniquement dans le cas du dépassement de la durée maximale quotidienne sans pour autant étendre la solution aux hypothèses comparables.

³²⁷ J.-G. Huglo, « La Cour de cassation et la réparation en droit du travail », Dr. soc. 2023, p. 286

³²⁸ Directive n°2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003

³²⁹ S. Ranc, Un préjudice nécessaire qui reste d'exception mais dont le fondement s'élargit, préc.

Paragraphe 2 : Le champ résiduel

133 - Les relations collectives. L'employeur est tenu d'organiser des élections professionnelles dans l'entreprise. Dès lors que l'institution n'a pas pu être mise en place l'employeur se doit de rédiger un procès-verbal de carence. En l'absence de ce dernier, le salarié peut être indemnisé automatiquement alors même qu'il ne démontre pas l'existence d'un préjudice personnel³³⁰.

Cette position est corroborée par un arrêt ultérieur du 8 juin 2020³³¹ ainsi que 28 juin 2023³³² par lequel les juges confirment que le préjudice est automatiquement déduit du manquement sans que le salarié ne soit dans l'obligation de prouver son préjudice. Il est alors opportun de s'interroger sur l'étendue du préjudice nécessaire en matière de relation collective. Tout manquement de l'employeur en matière de relation collective permet-il la reconnaissance automatique d'un préjudice ?

Alors que de prime abord une réponse positive aurait pu être avancée, la Cour de cassation, semble emprunter une voie différente. À ce titre le 22 novembre 2023 elle juge que : « *Le manquement de l'employeur à l'obligation d'information et de consultation des instances représentatives du personnel n'est pas de nature à causer au salarié, agissant à titre individuel, un préjudice personnel et direct* »³³³

La même solution a été retenue en cas d'absence d'élection partielle. Dans cet un arrêt la Cour de cassation³³⁴ est confrontée à une entreprise qui à la suite d'une réduction du nombre d'élus n'a pourtant organisé aucune élection partielle. Alors même que dans une telle situation le Code du travail prévoit que dans un pareil cas, des élections partielles sont organisées à l'initiative de l'employeur³³⁵. Le salarié considère donc que l'employeur lui cause nécessairement un préjudice. La privation d'une possibilité de représentation et de défense de ses intérêts caractérisant le préjudice subi. Néanmoins, la Cour de cassation considéra que dans cette configuration, le salarié qui sollicite l'allocation de dommages-intérêts doit démontrer l'existence de son préjudice. Elle estime qu'au vu de la représentation déjà inexistante, bien qu'inadéquante, le salarié n'est pas privé d'une représentation. À l'aune de ce qui précède, il apparaît que le champ de la représentation collective ne se recoupe pas

³³⁰ Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-14.392

³³¹ Cass. soc., 8 janv. 2020, n°18-20.591

³³² Cass. soc., 28 juin 2023, n°22-11.699

³³³ Cass. soc., 22 nov. 2023, n° 20-23.640 et n° 21-13.945

³³⁴ Cass. soc. 4 nov. 2020, n° 19-12.775

³³⁵ C. trav. L. 2314-10

parfaitement avec le préjudice nécessaire. En définitive, contrairement au droit de la durée du travail, tout le champ des relations collective ne peut se prévaloir des dispositions du préjudice nécessaire.

134 – Les droits de la personnalité. L'atteinte à la vie privée constitue une hypothèse dans laquelle le préjudice nécessaire est mis en œuvre. C'est un préjudice nécessaire relativement ancien dont l'usage a été confirmé par la chambre sociale³³⁶ en adéquation avec les autres chambres de la Cour de cassation³³⁷.

Sans surprise, en accord avec les autres chambres de la Cour de cassation, il est également considéré que l'atteinte au droit à l'image caractérise un préjudice nécessaire. En conséquence pour la deuxième fois en deux ans la Cour de cassation se fonde sur l'article 9 du Code civil pour identifier un préjudice automatique³³⁸. En l'espèce un salarié a été photographié sans son autorisation afin de figurer sur une plaquette de l'entreprise. *« il résulte de ce texte [article 9] que le droit dont la personne dispose sur son image porte sur sa captation, sa conservation, sa reproduction et son utilisation, et que la seule constatation d'une atteinte ouvre droit à réparation »*. Il s'agit mot pour mot de la formule employée par la deuxième chambre civile.³³⁹

Ces préjudices nécessaires ne sont donc pas spécifiques à la chambre sociale, le doyen J.G Huglo³⁴⁰ proposait donc de les exclure de la réflexion qui guide la chambre sociale. Pourtant la réflexion mérite d'être menée. Entre autres, l'identification d'un préjudice nécessaire sur le fondement l'article 9 du Code civile ne relève pas de l'évidence. L'article dispose simplement « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».

Section 2 : Le champ potentiel

135 – Droit prospectif. L'ensemble des hypothèses où le préjudice nécessaire est actuellement reconnu n'est sans doute pas figé dans le marbre. Deux voies méritent d'être analysées de manière approfondie. D'une part, il est possible d'approfondir les hypothèses pour lesquelles la Cour de cassation s'est déjà prononcée notamment en matière de durée du

³³⁶ Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 17-16799, D : Légipresse, 2019, n° 367, note G. Loiseau

³³⁷ Cass. 1re civ., 5 nov. 1996, n° 94-14798

³³⁸ Cass. soc., 14 févr. 2024, n° 22-180.14 : BJT avr. 2024, note B. Delmas ; Cass. soc., 19 janv. 2022, n° 20-12420 et 20-12421 : SSL 2022, n° 1991, note. P. Bailly

³³⁹ Cass. 1re civ., 2 juin 2021, n° 20-13753, ; JCP G 2021, n° 39, p. 1722, obs. C. Latil.

³⁴⁰ J.G.- Huglo : «Vers une nouvelle jurisprudence sur le préjudice nécessaire ? : SSL, 2022, n° 2016

travail (paragraphe 1). D'autre part, il convient également d'élargir l'analyse aux futures hypothèses susceptibles de dissimuler un préjudice nécessaire (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Approfondir

136 – Temps de repos. Sans aucun doute, la Cour de cassation sera amenée à considérer que le manquement au repos quotidien minimal de onze heures³⁴¹ sera susceptible de d'engendrer un préjudice nécessaire (étant donné qu'elle l'a reconnu pour une disposition quotidienne plus favorable³⁴²) d'autant que la directive *temps de travail* fait référence au repos journalier³⁴³.

La directive *temps de travail* comprend également des dispositions relatives aux congés annuels payés de quatre semaines³⁴⁴, aux temps de pause³⁴⁵. Alors même que conformément à la jurisprudence actuelle la chambre sociale, il n'y aurait aucun préjudice nécessaire résultant de la violation du temps de pause³⁴⁶. Cette solution sera sans doute amenée à évoluer si la question était à nouveau posée à la Cour de cassation.

137 – Obligation de sécurité. Dans un arrêt du 7 février 2024³⁴⁷ la Cour de cassation juge que le non-respect du temps de repos journalier conventionnel génère nécessairement un préjudice pour le salarié. L'idée est similaire à celle qui irrigue la reconnaissance des préjudices nécessaires du fait de la méconnaissance de la durée maximale du travail.

Toutefois à la surprise générale, la Cour de cassation vise une disposition relative à l'obligation de sécurité qui impose « *la mise en place d'une organisation et de moyen adaptés*³⁴⁸ » pour justifier juridiquement ce nouveau préjudice nécessaire. Elle vise également la convention collective applicable

Sans doute la solution se justifie par l'usage du droit européen qui poursuit des finalités similaires à celles qui caractérisent l'obligation de sécurité ; à savoir la garantie de la sécurité et de la santé des salariés par la prise d'un repos suffisant et du respect effectif des limitations de durées maximales de travail.

³⁴¹ C. trav., art. L. 3131-1

³⁴² Cass. soc. 7 févr. 2024, n°21-22.809

³⁴³ Directive n°2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, art. 3

³⁴⁴ Directive n°2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, art. 7.1

³⁴⁵ Directive n°2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, art. 4

³⁴⁶ Cass. soc., 19 mai 2021, préc.

³⁴⁷ *Ibid*

³⁴⁸ C. trav., art. L. 4121-1

Dans la logique des préjudices nécessaire découlant d'une violation de la durée maximale du travail, la chambre sociale applique le raisonnement à la violation de la durée minimale de repos. Ce rapprochement été effectué toujours au regard de la finalité de la directive *temps de travail* qui vise à préserver la santé et la sécurité des salariés.

La question qui se pose est alors la portée de la mention de l'obligation de sécurité qui est visée par la Cour de cassation. Serait-il envisageable que tout manquement à l'obligation de sécurité soit sanctionné par la mise en œuvre du préjudice nécessaire. C'est une hypothèse peu probable, qui ne correspond pas à l'idéologie que défend la Cour de cassation. Il a été distinctement annoncé que le préjudice automatique devait être relégué au rang d'exception. C'est alors un mécanisme bien utile lorsqu'il s'agit de rendre effectives des dispositions que le droit (légal ou européen) impose de sanctionner. En dehors de ces hypothèses, découvrir des préjudices nécessaires fondés uniquement sur l'obligation de sécurité porterait sérieusement atteinte à la cohérence d'ensemble de ce nouveau mécanisme.

Paragraphe 2 : Découvrir

138 – Matières favorables. Dès lors que la Cour de cassation s'appuie sur la nécessité de mettre en place des sanctions effectives, proportionnelles et dissuasives applicables du fait de l'absence du non-respect des obligations découlant des directives d'autres éventuels préjudices nécessaires pourraient être caractérisés. Ces sanctions doivent notamment intervenir en cas de discrimination³⁴⁹, de harcèlement³⁵⁰ ou encore en cas de suivi médical renforcé pour travail de nuit³⁵¹.

³⁴⁹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 17

³⁵⁰ Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, art. 6

³⁵¹ Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, art. 9

Chapitre II : La logique du redéploiement

139. – Intérêt. Au-delà des hypothèses où la loi elle-même instaure un préjudice nécessaire, il est généralement admis que la logique conduisant à la découverte d'un préjudice nécessaire est particulièrement obscure. Pourtant, tant du point de vue juridique qu'en pratique, il apparaît indispensable d'identifier les manquements susceptibles de générer un préjudice nécessaire de ceux qui nécessitent la preuve du préjudice. Le praticien fait face à un véritable « *deux poids, deux mesures qui donne à voir une balance jurisprudentielle au mystérieux réglage.* »³⁵²

140 – Une logique à l'épreuve. Une norme légale peut être la source d'un préjudice nécessaire, c'est finalement une des hypothèses la plus simple qui *a priori* porte moins à débats. Toutefois, il est désormais établi que le juge ne peut ignorer les obligations issues du droit international et européen. Pour ce faire, le juge dispose de nombreux mécanismes pour faire en sorte que le droit interne se conforme aux engagements internationaux. Une autre source privilégiée du préjudice nécessaire se cristallise au sein de la notion de droit fondamental. Enfin la gravité du manquement est également un élément qui semble jouer un rôle déterminant dans la caractérisation d'un préjudice nécessaire. Il est communément admis que ces critères sont ceux qui permettent de recouper les domaines où le préjudice nécessaire est mobilisé (section 1). Il est opportun de s'interroger sur l'utilisation d'un autre critère qui a été proposé³⁵³ afin de systématiser d'autant plus la jurisprudence (section 2).

Section 1 : Les critères actuels

141 - Critères. Il est impératif d'analyser en profondeur les critères qui semblent guider la découverte des préjudices. En théorie, l'analyse semble simple, mais en pratique les critères annoncés ne sont pas toujours respectés. La chambre sociale de la Cour de cassation semble également interpréter à sa manière certains critères. Il conviendra de s'interroger sur les critères annoncés par l'ancien président de cette chambre ³⁵⁴. Il est donc essentiel d'analyser la mise en œuvre de ces critères afin de comprendre la logique à l'œuvre en cas de

³⁵² P. Adam, Obligation de sécurité, préjudice nécessaire et preuve du harcèlement moral : Dr. soc. 2021, p. 268

³⁵³ J. Mouly, les présomptions de dommage en droit du travail abandon ou simple reflux, préc.

³⁵⁴ J. – Y. Frouin, Quel bilan tirer de la jurisprudence de la Cour de cassation, quelles perspectives pour 2018 ?, préc.

présence d'un texte (paragraphe 1), en fonction de la source du texte (paragraphe 2), puis enfin, au regard de la gravité de l'atteinte (paragraphe 3).

Paragraphe 1 : L'existence d'un texte

142- Importance du droit de l'Union. Le conseiller doyen de la chambre sociale s'exprimait en ce sens « *lorsqu'est en jeu une obligation européenne ou internationale de sanctionner, l'abandon de l'évaluation du préjudice au pouvoir souverain des juges du fond risque de conduire à l'absence de toute sanction de la norme européenne ou internationale considérée et à la priver ainsi de toute efficacité. En quelques sorte, c'est l'obligation où se trouve la Cour de cassation de faire respecter nos obligations européennes et internationales qui détermine la reconnaissance d'un préjudice nécessaire lorsqu'une telle obligation de sanctionner existe dans le droit européen ou international.* »³⁵⁵

143 - Majorité de fondements textuels. Dans la grande majorité des cas, la Cour de cassation ne se borne pas à invoquer uniquement le droit interne. Elle fonde juridiquement les préjudices nécessaires en combinant des dispositions du droit de l'Union avec le droit interne. Même lorsque le droit communautaire n'est pas le support direct de la cassation, il est résolument utilisé au moins à titre de ressort argumentatif. ; à l'image de l'usage de l'adverbe ensemble³⁵⁶ en cas de défaut de mise en place des institutions représentatives du personnel. La présence d'un texte est également déterminante en matière de durée du travail, la directive est alors utilisée par le prisme de l'interprétation conforme au regard des dispositions de la directive³⁵⁷ ou de sa finalité³⁵⁸. Le critère de la présence d'un texte semble donc être un curseur efficace pour caractériser les préjudices nécessaires.

144 - Visa considérable. On peut également remarquer un changement de forme dans les arrêts qui consacrent les préjudices nécessaires. Désormais, la Cour de cassation motive ses arrêts par d'importants visas qui sollicitent de nombreuses normes supranationales. On ressent une prudence et une réticence à découvrir des préjudices nécessaires en dehors de tout fondement textuel. Toutefois, parfois le mieux est l'ennemi du bien. La grandeur des visas et le nombre exponentiel de dispositions visées suggèrent que la solution ne repose en réalité sur

³⁵⁵ J.-G. Huglo, La Cour de cassation et la réparation en droit du travail, préc.

³⁵⁶ J. Icard, Maintien du caractère nécessaire du préjudice résultant de l'irrégularité de la procédure de licenciement en raison du non-accomplissement des diligences nécessaires à la mise en place des institutions représentatives du personnel : Bulletin Joly travail, nov. 2018

³⁵⁷ Cass. soc., 26 janv. 2022, préc.

³⁵⁸ Cass. soc. 7 févr. 2024, préc.

aucun texte précis. Ainsi, l'usage de ces nombreuses dispositions ne servirait qu'à enrober artificiellement une règle qui en réalité ne se dégage d'aucun texte précis.

A titre d'illustration, lorsque la Cour de cassation découvre un préjudice résultant de l'absence d'institutions représentatives du personnel sans qu'un procès-verbal de carence n'ait été établi elle mobilise³⁵⁹ : Le préambule de la constitution de 1946³⁶⁰, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁶¹, le Code civil³⁶², la directive 2002/14/CE³⁶³.

Le constat est encore plus frappant en matière de dépassement de la durée du travail³⁶⁴ où la Cour de cassation mobilise également la jurisprudence de la Cour de justice par le biais de l'interprétation conforme du droit interne au regard du droit européen qui va alors justifier la découverte d'un préjudice nécessaire. Toutefois, son pouvoir interprétatif se fait davantage ressentir dès lors qu'elle recourt au mécanisme de l'interprétation conforme.

145 – Minorité sans fondements textuels. Toutefois il ne s'agit pas d'un critère infaillible qui se suffit à lui-même. Ainsi, en matière d'atteinte à la vie privée ou de droit à l'image aucun texte ne prévoit expressément un préjudice nécessaire. Le critère pose également des difficultés d'application lorsqu'il s'agit de préjudices nécessaires prévus légalement par le législateur. Naturellement, le critère semble logique. Là où le législateur prévoit un préjudice nécessaire, le juge applique automatiquement le préjudice nécessaire

Il est toutefois des domaines en matière de licenciement injustifié où la chambre sociale de la Cour de cassation s'est montrée incohérente. Alors même que l'ancien article L. 1235-5 du Code du travail prévoyait que le salarié « peut prétendre » à la réparation du préjudice subi ; la Cour de cassation en déduisait l'obligation pure et simple de réparer le préjudice dont il appartenait uniquement au juge du fond d'évaluer l'étendue Le fondement textuel semblait être très largement interprété car il apparaît distinctement que le législateur n'offrait ici qu'une possibilité³⁶⁵.

³⁵⁹ Cass, soc., 4 novembre 2020, n° 19-12.775, publié ; 14 décembre 2022, n° 21-21.411, inédit ; 15 mai 2019, n° 17-

22.224, inédit ; 17 octobre 2018, n° 17-14.392

³⁶⁰ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 8

³⁶¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 27

³⁶² C. civ. 1240

³⁶³ Directive n° 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 8§1

³⁶⁴ Cass, soc., 26 janvier 2022, préc.

³⁶⁵ H. Gali, La nécessité d'un préjudice en droit du travail, préc. J. Icard, Le reflux désordonné du préjudice nécessaire. Brefs propos sur la sanctuarisation circonscrite d'une présomption de préjudice : RDC 2019/4, p. 98

S'il existait encore un doute alors que l'ancien article L. 1235-2 du Code du travail prévoyait que « le juge accorde au salarié une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire » la Cour de cassation refusait toutefois de caractériser un préjudice nécessaire au bénéfice du salarié³⁶⁶.

Paragraphe 2 : La source de l'obligation

146 – L'atteinte à un droit fondamental. Toutes les règles de droit ne protègent pas des intérêts ayant la même valeur. Les valeurs les plus importantes de notre société sont, *a priori*, protégées par les normes ayant la plus grande valeur juridique. De ce constat, il est vrai que le préjudice nécessaire est mobilisé lorsque sont caractérisées des atteintes à des droits fondamentaux. C'est une dynamique qui s'est plutôt confirmée au fur et à mesure des arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation.

Ainsi, le droit à la vie privée (ainsi que le droit à l'image qui en découle) est un droit fondamental protégé par des textes européens. A l'image de la Convention européenne des droits de l'homme³⁶⁷ ou de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁶⁸. Il est également protégé par une décision du Conseil constitutionnel qui par une interprétation extensive considère que le respect de l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen implique le respect de la vie privée. On peut toutefois noter que dans son visa la Cour de cassation se fait l'économie de citer ces nombreuses dispositions pour se contenter de citer l'article 9 du Code civil³⁶⁹. Sans doute, est-ce dû au fait que la sanction de l'atteinte au droit à la vie privée par la mise en œuvre du préjudice nécessaire est une solution qui est déjà partagée par les autres chambres³⁷⁰.

Similairement en cas d'absence de mise en place d'institutions représentatives du personnel sans procès-verbal de carence³⁷¹ la Cour de cassation caractérise un préjudice nécessaire. Elle fait référence au droit interne, au préambule de la constitution de 1946 ainsi qu'au droit de l'Union. Le visa mobilisé est particulièrement imposant.

147. - Pas d'atteinte à un droit fondamental. De même, si le critère du maintien du préjudice nécessaire se concentrait sur la protection de droit fondamentaux. Une interrogation

³⁶⁶ Cass. soc. 30 juin 2016, n° 15-16.066

³⁶⁷ Conv.EDH, art. 8§1

³⁶⁸ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 7

³⁶⁹ Cass. soc., 14 févr. 2024, n° 22-18.014, préc.

³⁷⁰ Cass. 1re civ., 5 nov. 1996, n° 94-14.798, préc.

³⁷¹ Cass. soc. 15 mai 2019, n° 17-22.224

mérite d'être soulevée. Pourquoi l'expansion du préjudice nécessaire en matière de durée du travail ne prend-elle pas pour appui le droit fondamental du droit à la santé et au repos³⁷² ?

Ensuite, en matière de licenciement injustifié³⁷³ la Cour de cassation reconnaît également un préjudice nécessaire. Ce préjudice sanctionne l'atteinte au droit à l'emploi. La Cour de cassation vise l'article L. 1235-5 du code du travail. Elle ne fait donc pas référence à une disposition supranationale. De manière extensive, le droit à l'emploi est reconnu par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui a valeur constitutionnelle « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi.* » De manière plus générale, ce droit est également protégé par quatre conventions³⁷⁴

Enfin, la Cour de cassation a déduit un préjudice de la violation des dispositions d'un accord de branche au profit des syndicats,³⁷⁵. Ainsi, de ce manquement une atteinte à l'intérêt collectif de la profession serait nécessairement caractérisée. La Cour de cassation ne fait référence à la violation d'aucun droit fondamental. Elle vise uniquement l'article 2132-3 alinéa 2 du code du travail. D'ailleurs à la réflexion on voit difficilement quel pourrait être le droit fondamental en cause. En effet, même avec une interprétation extensive du principe de participation³⁷⁶ ou de liberté syndicale³⁷⁷ tous deux garantis par le préambule de la constitution de 1946, la justification ne convainc pas.

Paragraphe 3: La gravité de l'atteinte

148. Insuffisance. Il a été annoncé que le préjudice nécessaire serait tributaire d'un manquement grave à une obligation essentielle³⁷⁸. Faudrait-il se fonder la gravité du manquement pour espérer déceler les principes qui régissent l'application du préjudice nécessaire. Toutefois conditionner toute la théorie du préjudice nécessaire à la gravité du manquement semble une tâche impossible. Toute d'abord, il conviendrait de mesurer la gravité du manquement. Une telle mesure paraît difficilement possible sans échelle de

³⁷² Préambule de la constitution de 1946, al. 11

³⁷³ Cass, 13 sept. 2017, préc.

³⁷⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 15 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 23 ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 6 ; Charte sociale européenne, art. 1

³⁷⁵ Cass. soc., 20 janv. 2021, 19-16.283, Publié au bulletin

³⁷⁶ Préambule de la Constitution de 1946 art. 6

³⁷⁷ Préambule de la Constitution de 1946 art. 8

³⁷⁸ J. – Y. Frouin, Quel bilan tirer de la jurisprudence de la Cour de cassation, quelles perspectives pour 2018 ? , préc.

référence. Les éléments servant de référence à cette mesure semblent inexistant. Il existe à mon sens deux possibilités qui diffèrent en fonction de l'élément de référence. Si la référence constitue la valeur de l'obligation cela ne reviendrait-il pas à consacrer le critère du droit fondamental ? Au contraire, si la référence est l'entendue du préjudice que subi le salarié est-il vraiment nécessaire de recourir à un préjudice nécessaire pour sanctionner un acte que le salarié n'aura aucun mal à prouver ? En somme, au vu de l'état actuel de sa présentation, ce critère apparaît comme insuffisant à fonder à lui seul un préjudice nécessaire.

Section 2 : Un critère potentiel

149 – Cantonner aux droits fondamentaux. Restreindre la mise en œuvre du préjudice nécessaire à la seule violation d'un droit fondamental est un critère qui revient beaucoup en doctrine. C'est une proposition calquée sur le régime applicable au salarié qui demande sa réintégration après avoir fait l'objet d'un licenciement fondé sur la violation d'un droit constitutionnel.³⁷⁹ Toutefois, après une analyse attentive cette proposition soulève davantage de questions qu'elle n'en résout.

Selon ce raisonnement, l'importance du préjudice serait conditionnée à son rang au sein de la hiérarchie des normes. Pour autant rien ne garantit une telle corrélation. Il peut même exister des cas où aucun préjudice ne découle en réalité de ces atteintes à des droits et libertés pourtant fondamentaux. Opter pour une telle conception du préjudice nécessaire revient donc à punir l'employeur en fonction « *d'un jugement de valeur* »³⁸⁰.

150 - Délimitation. Fonder la mise en œuvre du préjudice nécessaire sur l'atteinte à un droit fondamental comporte aussi un part de subjectivité. Il n'aura pas échappé que les droits proclamés par la Constitution sont formulés de manière très abstraite. Il est donc aisé d'inclure ou de ne pas inclure l'atteinte en cause au gré de la décision souhaitée. Voilà la principale difficulté qu'implique une classification fondée sur les droits fondamentaux. La classification de l'atteinte en tant que droit fondamental pourra toujours être discutée. Ainsi en est-il du défaut d'information envers le salarié de la priorité de réembauche qui n'est désormais plus considéré comme un préjudice nécessaire³⁸¹. Pourtant, il aurait pu être avancé

³⁷⁹ Cass. soc. 2 févr. 2006, n° 03-47.481

³⁸⁰ B. Baudin, Controverse : Un préjudice nécessaire pour quoi faire ? : RDT 2022, p. 209 ; v. égal. A. Fabre, « Les atteintes aux droits fondamentaux des salariés sont-elles solubles dans une somme d'argent ? » in Mélanges A. Lyon-Caen, Dalloz, 2018, p. 303-352

³⁸¹ Cass. soc. 30 janv. 2019, n° 17-27.796

que ce manquement porte atteinte au droit à l'emploi³⁸² protégé par le préambule de la Constitution de 1946. Alors même, qu'en l'absence de mise en œuvre de cette clause c'est bien d'un emploi dont sera privé le salarié. Le même raisonnement aurait pu être tenu en matière de clause de non-concurrence illicite qui n'est désormais plus considérée comme un préjudice nécessaire³⁸³. Pourtant, le propre de la clause de non-concurrence est de limiter la liberté d'exercice du salarié ce qui revient à limiter son droit à l'emploi. Ce raisonnement est d'autant plus convaincant en matière de droit à la santé.

De même en matière de santé, désormais l'absence de visite obligatoire médicale n'est plus considérée comme un préjudice nécessaire³⁸⁴. Alors même que le lien avec le droit constitutionnel à la santé³⁸⁵ aurait pu être concrétisé en vertu du préambule de 1946 qui dispose que « *la Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ». La liste des exemples cités est loin d'être exhaustive et l'on comprend aisément la difficile tâche qui incombe au juge.

151. Concurrence. Au-delà d'une première limite qui tend à la délimitation des droits fondamentaux, il y a une seconde problématique qui rend d'autant plus compliqué l'usage de ce potentiel critère. Il est communément admis que désormais il n'est plus possible d'envisager séparément chaque droit fondamental. Le courant jurisprudentiel actuel tend à mettre en balance les libertés divergentes. On pourrait alors imaginer qu'un préjudice nécessaire ne pourrait pas être caractérisé si l'employeur peut invoquer un autre droit fondamental qui primerait sur l'atteinte portée au droit du salarié. La situation est particulièrement paradoxale. Finalement, la caractérisation du préjudice nécessaire ne dépend plus de l'atteinte initiale, mais de la capacité de l'employeur à objecter un droit supérieur. Cette dynamique laisse place à deux remarques. Premièrement quand bien même le préjudice nécessaire a toujours été déconnecté de la caractérisation d'un réel préjudice avec cette théorie le dommage est réellement mis au second plan. Deuxièmement, on peut se demander si le mouvement en matière de droit à la preuve peut s'étendre à d'autres droits fondamentaux sociaux qui face à des libertés invoquées par l'employeur, notamment la liberté d'entreprendre pourrait venir restreindre les quelques préjudices nécessaires encore applicables.

³⁸² préambule de la Constitution de 1946, al. 5

³⁸³ Cass. soc., 25 mai 2016, n°14-20.578, préc.

³⁸⁴ Cass. soc., 27 juin 2018, préc. ; 17 mai 2016, préc.

³⁸⁵ Préambule de la constitution de 1946, al. 11.

CONCLUSION GENERALE

Le préjudice nécessaire répond à tant de finalité différente qu'il est difficile de le réduire à un critère qui permettrait indubitablement de préjuger de sa mise en œuvre. Ce mécanisme compliqué conduit certains à militer pour le retour du système d'autrefois qui finalement n'était que le « *corollaire de la dimension du rapport de travail salarié* »³⁸⁶. Pourquoi ne pas considérer que la dimension institutionnelle de la relation de travail impose des règles dérogatoires au droit commun pour favoriser son fonctionnement le plus efficace. Pourquoi considérer que la multiplication des exceptions tord le droit commun de la responsabilité civile alors même que le propre du droit commun, c'est qu'il s'applique lorsqu'il n'est pas en contradiction avec un droit plus spécial fruit du célèbre adage *Specialia generalibus derogant*. On retrouve une dynamique en droit des entreprises en difficultés, où le droit commun est tordu et remodeler, aux fins des objectifs propres à droit. Les délais pour agir en justice sont raccourcis, le débiteur est privé de sa liberté de gestion, les créanciers ne peuvent se voir payer en l'absence d'autorisation du juge-commissaire. Il faut peut-être admettre que le droit du travail reste un droit bien particulier en ce que le corps du travailleur est l'objet même de la prestation de travail qui, *a priori*, être traité comme une chose.

Là où l'abandon de toute théorie du préjudice nécessaire aurait conduit à évincer plusieurs règles jugées essentielles, le droit de l'Union européenne a permis de protéger le préjudice nécessaire de ce funeste destin. En revanche, le droit de l'Union ne se préoccupe peu des manquements des manquements de pure forme. Alors même, qu'il paraît désormais compliqué que la chambre sociale de la Cour de cassation puisse revenir sur sa jurisprudence en matière de manquements procéduraux. En définitive, il est certain que la jurisprudence du préjudice est toujours en construction et qu'un nombre important de préjudices nécessaires seront révélés d'ici les prochains mois.

³⁸⁶ A. Brousse, Controverse : Un préjudice nécessaire pour quoi faire, préc.

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages généraux

Brun (P.)

- *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 2018, 5^e éd.

Carbonnier (J.)

- *Droit civil, Les biens, les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, 1^{ère} éd.

Jourdain (P.)

- *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 2021, 10^e éd.

Le Tourneau (P.)

- *Droit de la responsabilité et des contrats - Régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 2021-2022, 2023-2024

Malaurie (P.), Aynès (L.)

- *Introduction au droit*, LGDJ, 2012, 4^e éd.

Pothier (R.-J.)

- *Traité des obligations*, Dalloz, 2011, rééd. préfacée par J-L Halpérin

Savatier (R.)

- *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II., LGDJ, 1951, 2^e éd.

Terré (F.)

- *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2009, 8^e éd

-

Auzero (G.), Baugard (D.), Dockès (E.)

- *Droit du travail*, Précis Dalloz, 33^{ème} éd.

Malinvaud (P.) et Fenouillet (D.)

- *Droit des obligations*, LexisNexis, 2012, 17^eéd

Ripert (G) et Boulanger (J.)

- *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*. t. 2, LGDJ, 1957

II. Ouvrages spéciaux.

Borghetti, (J.-S.)

- *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, *Mél. G. Viney*, LGDJ, 2008

Crémieux (C.)

- *-Réflexions sur la peine privée moderne*, *Etudes offertes à P. Kayser*, PUAM, 1979.

Fabre (A.)

- *Les atteintes aux droits fondamentaux des salariés sont-elles solubles dans une somme d'argent ?*, in *Mélanges A. Lyon-Caen*, Dalloz, 2018.

Jault (A.)

- *La notion de peine privée en droit français*, LGDJ, Paris, 2005.

Mazeaud (H.)

- *Traité théorique et pratique de la resp. civ.*, t. 1, 4e éd., 1947, p. 229, n°208, note 1.

Starck (B.)

- *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, Paris, 1947, p. 358

Terré (F)

- *Propos sur la responsabilité civile*, *Archives de philosophie du droit*, 1977, p. 40

Pierre (P) et Leduc (F.)

- « Introduction », in *La réparation intégrale en Europe*, *Études comparatives des droits nationaux*, Larcier, Bruxelles, 2012, spéc. p. 19

III – Encyclopédie

J.-Cl. Civil Code

- *Article 1349-1353– Contrat et obligations-Présomptions-Notion générales*, Fasc. 10, J. Dupichot et D. Guével

Répertoire contentieux administratif, Dalloz

- *Acte administratif : régime*, B. Seiller.

IV– Lois, directives et conventions

Charte des droits fondamentaux de l'union européenne

- art. 27
- art. 7

Charte sociale européenne

- art. 1

Constitution

- Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 6
- Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 5
- Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 8
- Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 11

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

- art. 8§1

Déclaration universelle des droits de l'Homme

- art. 23

DDHC

- art. 4

Dir.

- n°2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003
- n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000
- n° 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002
- n° 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil 11 mars 2002

Loi

- n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999
- n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels
- n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

- art.6

C. coj.

- art. L. 411-2

C. com.

- art. L. 225-28

C. civ.

- art. 1103
- art. 1240 et art 1241
- art. 1349 anc.
- art. 1382 anc. et art 1383 anc.
- art. L. et L.

C. trav.

- art. L. 1134-1
- art. L. 1144-1
- art. L. 1154-1
- art. L. 1232-1
- art. L. 1233-2
- art. L. 1235- 1
- art. L. 1235-3
- art. L. 1242-12
- art L. 1243-4
- art. L. 1243-4
- art. L. 2233-1
- art L. 2314-10
- art. L. 3171-4
- art. L. 3121-20
- art. L. 3123-6
- art. L. 3131-1

- art. L. 3312-1
- art L. 4121-1
- art. L. 5421-2
- art. L. 1235-3 anc.
- art. L. 1235-5 anc.
- art. L. 8223-1
- art. R. 3124-1
- art. R. 3124-11
- art. R. 8115-1 et s.
- art. R. 4741-1

V – Ordonnances et décrets

Ord.

- n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

Déc.

- n° 2016-660 du 20 mai 2016

VI – Articles de doctrine

Adam (P.)

- *Absence fautive d'élections partielles et doctrine du préjudice nécessaire*, Dr. soc. 2021, p. 187 – 189
- *Le droit à la preuve : au tour (autour) de la preuve déloyale*, SSL janv. 2024, n° 2075
- *Obligation de sécurité, préjudice nécessaire et preuve du harcèlement moral*, Dr. soc. 2021, p. 268

Asquinazi-Bailleuc (D.)

- *Le préjudice moral en droit social, un préjudice à multiples facettes*, Bulletin Joly Travail, février 2021

- *Le préjudice moral devant le conseil de prud'hommes*, Droit social 2017 p.910

Bailly (P.)

- *La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ?*, RDT 2017, p. 374
- *Une disparition qu'on peut regretter*, RDT 2017, p. 374

Baudin (B.)

- *Un préjudice nécessaire pour quoi faire ?*, RDT 2022, p. 209

Bonnet (A.)

- *La fin du préjudice nécessaire : nouvelle confirmation de l'abandon général opéré par la Chambre sociale*, JS Lamy 2016, n° 416-15

Bonnin (V.)

- *Le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail*, RJS 09/17, p. 619

Brousse (A.)

- *Un préjudice nécessaire pour quoi faire ?*, RDT 2022 p. 209

Boulmier (D.)

- *Le tragique destin de Préjudice nécessaire...ou l'impunité en marche*, RDT 2017, p. 374
- *La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ?*, RDT 2017, p. 374

Césaro (J.-F.)

- *Le préjudice en droit du travail*, RJS 12/19, p. 827

Dejan de la Bâtie (A.)

- *Coup d'arrêt en matière de préjudice automatique des salariés*, JS Lamy 2016, n° 411

De Romanet (C.)

- *[Le point sur...] Préjudice d'anxiété : régime dérogatoire maintenu et retour au droit commun*, Lexbase Social, mai 2021, n° 864

Domergue (B.)

- *Le barème Macron a fait baisser l'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse*, Editions Législatives, mars 2023.

Duchange (G.)

- *Le préjudice (social) nécessaire*, Bulletin Joly travail, Février 2021

Dupeyroux (J.-J.)

- *Un deal en béton ?*, Dr. social. 1988, p. 631

Frouin (J.-Y.)

- *Quel bilan tirer de la jurisprudence de 2017 de la chambre sociale de la Cour de cassation, quelles perspectives pour 2018 ?*, FRS 4/18, 26 janv. 2018, p. 29

Gali (H.)

- *La nécessité du préjudice en droit du travail*, D. 2022, p. 908

Gratton (L.)

- *Le dommage déduit de la faute*, RTD 2013, p. 275

Huglo (J.-G.)

- *La Cour de cassation et la réparation en droit du travail*, Dr. soc. 2023, p. 286
- *Vers une nouvelle jurisprudence sur le préjudice nécessaire ?*, SSL, 2022, n° 2016

Icard (J.)

- *Le reflux désordonné du préjudice nécessaire. Brefs propos sur la sanctuarisation circonscrite d'une présomption de préjudice*, RDC 2019, p. 98
- *Maintien du caractère nécessaire du préjudice résultant de l'irrégularité de la procédure de licenciement en raison du non-accomplissement des diligences nécessaires à la mise en place des institutions représentatives du personnel*, Bulletin Joly travail, nov. 2018

Keim-Bagot (M.)

- *Atteinte à la dignité du salarié et réparation du préjudice distinct : une consécration de la distinction entre dommage et préjudice moral en droit social ? : La semaine juridique social n°12, 28 mars 2023, n°1085*

Mouly (J.)

- *Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux*, RJS 07/16, p. 491
- *L'abandon de la théorie du dommage nécessaire, l'exception du licenciement sans cause réelle et sérieuse*, Dr. soc. 2017, p.1074

Peskine (E.)

- *Exécution forcée, réparation, pénalités – Quelques réflexions sur l'évolution des sanctions en cas de manquements de l'employeur à ses obligations*, RJS 7/19, p. 507

Ranc (S.)

- *En faveur d'une approche pragmatique du préjudice nécessaire*, Droit social 2023, p.309
- *Un préjudice nécessaire qui reste d'exception mais dont le fondement s'élargit*, BJT nov. 2023

Rouspide-Katchadourian (M.-N.)

- *Réparation des préjudices : quelles spécificités en droit du travail ?*, Droit social 2017, p. 892

Saada (R.)

- *Un enjeu misérable, une portée symbolique forte*, Semaine Sociale Lamy, 2 mai 2016, n° 1721

SSL

- *Un retour au droit commun*, n° 1721, 2 mai. 2016
- *L'abandon du préjudice nécessaire, un retour au droit commun*, Entretien avec Philippe Florès, n° 1721, 28 avril 2016

Véricel (M.)

- *Vers le retour du préjudice nécessaire ?*, Droit social 2022, p. 647
- *Conséquences du défaut d'établissement du document unique d'évaluation des risques professionnels*, RDT 2019, p. 792

Vial (G.)

- *Droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée dans le contentieux du travail : des articulations confuses*, RDT 2023, p. 157

Loiseau (G.), Martinon (A.)

- *Le préjudice nécessairement causé*, Cah. soc, n° 279, p. 553

Guiomard (F.), Huglo (J.-G.), Desbarats (I.), Bento de Carvalho (L.), Ranc (S.), Coulombel (E.),

- *Dossier : Le droit social et les désordres de la réparation*, Droit social 2023, p. 284

Pélissier (H.), Housser (E.)

- *Le préjudice nécessaire à géométrie (très) variable en droit du travail*, JS Lamy, n°5750576, 1er déc. 2023

Ravez (D.) et Zissman (A.)

- Echange sur le thème de la réparation intégrale du préjudice, Dr. Ouvrier 2011. 247, spéc. p. 249

VII. Rapport

Comité des Etats généraux de la justice

- *Rapport* sur la période, publié en avril 2022

Cour de cassation

- *Rapport annuel*, publié en 2016

Lambert-Faivre (Y.)

- *Rapport*, L'indemnisation du dommage corporel, publié 2003

Milon (A.)

- *Rapport*, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 19 juill. 2017

VIII – Autres

Centre national de ressources textuelles et lexicales

- « Réparation », Centre national de ressources textuelles et lexicales

Cornu (G.)

- *Dictionnaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2022, 14e éd.

Cour de cassation

- *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 849, 15 oct. 2016, n°1220
- *Les missions de la Cour de cassation*, site officiel

Dares

- *La prévention des risques professionnels : les mesures mises en œuvre par les employeurs publics et privés*, Dares analyses, publié en mars 2016
- *Comment les employeurs préviennent-ils les risques professionnels*, Dares analyses, publié en mars 2024

Graber (D.)

- *Dettes : 5000 ans d'histoire*, Les liens qui libèrent, 2013.

Sénat

- *Proposition sénatoriale de loi portant réforme de la responsabilité civile*, publié le 29 juill.2020 2024

Haut Conseil du financement de la protection sociale

- *Bilan*, Observatoire du travail dissimulé, publié en 2022

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	2
<u>PREMIERE PARTIE : PARTIE I : LA NATURE DE PREJUDICE NECESSAIRE.....</u>	6
<u>TITRE 1 : LE MECANISME DU PREJUDICE NECESSAIRE.....</u>	7
<u>Chapitre I : Les fondements du mécanisme.....</u>	8
<u>Section 1 : L'incomplétude d'une règle probatoire.....</u>	8
Paragraphe 1 : L'hypothèse d'une présomption.....	8
Paragraphe 2 : Distinguer la présomption de la règle de fond.....	9
<u>Section 2 : La mise en œuvre d'une règle de fond.....</u>	12
Paragraphe 1 : La probabilité du fait inconnu	12
Paragraphe 2 : La dispense probatoire.....	13
<u>Chapitre II : L'application du mécanisme.....</u>	16
<u>Section 1 : L'application actuelle</u>	16
Paragraphe 1 : Une application généralisée par toutes les chambres.....	16
Paragraphe 2 : Une application favorisée par la chambre sociale.....	18
<u>Section 2 : L'application potentielle.....</u>	20
Paragraphe 1 : Distinguer le dommage du préjudice.....	20
A. La distinction vue par la doctrine.....	20
1. <i>Le principe de la distinction.....</i> ;.....	20
2. <i>L'application en droit du travail.....</i>	21
B. La distinction vue par la réforme.....	23
Paragraphe 2 : Admettre les dommages et intérêts punitifs.....	24

<u>TITRE 2 : LES FINALITÉS DU PRÉJUDICE NÉCESSAIRE</u>	26
<u>Chapitre 1 : La finalité classique (indemnisation)</u>	27
<u>Section 1 : La responsabilité engagée</u>	28
Paragraphe 1 : La responsabilité de plein droit.....	28
Paragraphe 2 : La responsabilité contractuelle	29
<u>Section 2 : Évaluation souveraine des juges du fond</u>	31
Paragraphe 1 : Une responsabilité encadrée.....	31
Paragraphe 2 : Une réparation de droit commun.....	33
A. Une réparation intégrale.....	33
B. Une réparation dysharmonique.....	35
1. <i>Les spécificités du préjudice moral</i>	35
a. <i>La dominance du préjudice moral</i>	35
b. <i>Une contrainte probatoire inhérente</i>	36
2. <i>L'absence d'attrait de l'action en justice</i>	37
3. <i>Une réparation disparate</i>	38
<u>Chapitre 2 : La finalité atypique (punition)</u>	41
<u>Section 1 : Une finalité punitive recherchée</u>	42
Paragraphe 1 : Pallier les rapports travaillistes inégalitaires.....	42
A. Sanctionner les manquements de l'employeur.	42
B. Réparer les préjudices illusoire.....	44
Paragraphe 2 : Pallier l'ineffectivité du droit pénal.....	45
<u>Section 2 : Une finalité punitive atténuée :</u>	48
Paragraphe 1 : Le déploiement de plafond d'indemnisation.....	49

Paragraphe 2 : L'abaissement des planchers d'indemnisation.....	51
<u>SECONDE PARTIE : LE DOMAINE DU PRÉJUDICE NÉCESSAIRE.....</u>	53
<u>TITRE 1 : LA DÉLIMITATION DU PRÉJUDICE NÉCESSAIRE.....</u>	54
<u>Chapitre I : Un reflux annoncé.....</u>	55
Section 1 : Multiplication des exceptions ;	55
Paragraphe 1 : Les atteintes réprimées.....	55
Paragraphe 2 : La source des atteintes..... ;	57
Section 2 : Un contexte défavorable.....	58
<u>Chapitre II : Un reflux justifié..... ;</u>	61
<u>Section 1 : Du principe à l'exception</u>	62
Paragraphe 1 : Un principe connu.....	62
Paragraphe 2 : Une réduction drastique.....	63
<u>Section 2 : Les raisons du revirement.....</u>	64
Paragraphe 1 : Des maigres justifications.....	64
Paragraphe 2 : Des conséquences importantes	67
<u>TITRE 2 : LE REDÉPLOIEMENT DU PRÉJUDICE NÉCESSAIRE.....</u>	70
<u>Chapitre I : Le champ du redéploiement.....</u>	71
<u>Section 1 : Le champ actuel</u>	71
Paragraphe 1 : Le champ dominant.....	72
Paragraphe 2 : Le champ résiduel.....	74
<u>Section 2 : Le champ potentiel.....</u>	75
Paragraphe 1 : Approfondir.....	76

Paragraphe 2 : Découvrir.....	77
<u>Chapitre II : La logique du redéploiement.....</u>	78
<u>Section 1 : Les critères actuels</u>	78
Paragraphe 1 : L'existence d'un texte.....	79
Paragraphe 2 : La source de l'obligation.....	81
Paragraphe 3 : La gravité de l'atteinte	82
<u>Section 2 : Un critère potentiel.....</u>	83
Conclusion générale.....	86
Bibliographie.....	87
Table des matières.....	97