

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

En faveur d'une approche pragmatique du préjudice nécessaire

Sébastien Ranc

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

En faveur d'une approche pragmatique du préjudice nécessaire

Pas de préjudice, pas de responsabilité civile de l'employeur. Si l'on transpose l'emblématique article 1240 du Code civil en droit du travail, on obtient la disposition suivante : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause au salarié un dommage, oblige l'employeur par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Autrement dit, le salarié souhaitant engager la responsabilité civile de l'employeur doit en principe prouver un dommage dont découle un préjudice. En droit du travail, il existe des exceptions au droit commun de la responsabilité civile au sein desquelles le préjudice n'a pas à être prouvé, dont le préjudice nécessaire fait partie.

Le préjudice nécessaire en général. La notion jurisprudentielle dite du « préjudice nécessairement causé », raccourcie en « préjudice nécessaire », consiste à considérer que certains manquements 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. Le préjudice nécessaire n'est absolument pas propre à la chambre sociale de la Cour de cassation. On le retrouve ainsi au sein des autres chambres en matière d'atteinte au droit de propriété¹, aux droits de la personnalité tels que le droit au respect de la vie privée ou le droit à l'image², d'atteinte au droit de propriété littéraire et artistique³, de manquement au devoir d'information en matière médicale⁴, d'actes de concurrence déloyale⁵, ou encore de commission d'une infraction d'atteinte à la personne⁶. Si le préjudice nécessaire n'est pas propre au droit du travail, il faut reconnaître que ce dernier en était devenu la « terre d'élection »⁷.

Le préjudice social nécessaire. En droit du travail, le préjudice nécessaire permet de juger qu'un manquement fautif de l'employeur cause « nécessairement » un préjudice au salarié. À l'origine, la notion de préjudice nécessaire était cantonnée aux règles de procédure en matière de licenciement⁸. Elle s'est ensuite propagée dans d'autres hypothèses telles que le défaut de remise de documents de fin de contrat (certificat de travail, bulletin de salaire, attestation Pôle emploi) ou la stipulation d'une clause de non-concurrence illicite⁹.

La nature du préjudice social nécessaire. Avant d'évoquer l'état du droit positif devant la chambre sociale de la Cour de cassation, il est important de rappeler que le préjudice social nécessaire revêt une double nature. En premier lieu, il s'agit en principe d'un préjudice moral¹⁰, par conséquent difficile à prouver tant dans son existence que dans son étendue. En

¹ Civ., 3^{ème}, 9 septembre 2009, n° 08-11.154, *Bull. civ.* III, n° 185.

² Civ., 2^{ème}, 18 mars 2004, n° 02-12.743, *Bull. civ.* II, n° 135.

³ Civ., 1^{ère}, 11 octobre 1983, n° 82-11.458, *Bull. civ.* I, n° 225.

⁴ Civ., 1^{ère}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, *Bull. civ.* I, n° 128.

⁵ Com., 12 février 2020, n° 17-31.614, publié : *Gaz. Pal.*, 21 avril 2020, note J.-Ch. RODA.

⁶ Crim., 21 juin 2016, n° 15-81.970, inédit. En l'espèce, il s'agit de délits de harcèlement moral et de discrimination syndicale.

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

⁸ Soc., 29 avril 2003, n° 01-41.364, *Bull. civ.* V, n° 145.

⁹ Soc., 12 janvier 2011, n° 08-45.280, *Bull. civ.* V, n° 15 : *Dr. ouv.* 2011, p. 209, note Fl. CANUT.

¹⁰ « Parce qu'elle possède 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 celle de la faute » : L. GRATTON, « Le dommage déduit de la faute », *RTD civ.* 2013, p. 275.

second lieu, il s'agit la plupart du temps d'un préjudice accessoire, distinct du préjudice principal, en l'occurrence la perte d'emploi. Il ne faut pas perdre de vue qu'en pratique, un salarié ne saisit pas le juge pour demander exclusivement l'indemnisation d'un ou plusieurs préjudices nécessaires. Pour autant, à l'heure où la réparation du préjudice de perte d'emploi est désormais plafonnée par un barème, le préjudice nécessaire pourrait connaître un regain d'intérêt pratique¹¹.

Le préjudice social nécessaire est mort, vive le préjudice social nécessaire ! Chacun le sait, le point de bascule a eu lieu dans un arrêt du 13 avril 2016, relatif à la remise tardive de documents de fin de contrat, selon lequel « *l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond* »¹². À ce moment-là, la Chambre sociale n'a jamais eu l'intention de prononcer la fin du préjudice nécessaire. Elle en a seulement resserré les vannes en s'assurant que cette exception aux principes de la responsabilité civile ne se transforme pas en un véritable principe en droit du travail¹³.

À partir de 2016, des préjudices nécessaires ont été (re)découverts à l'aune de la nouvelle politique jurisprudentielle. À notre connaissance, la Cour de cassation a précisé que des préjudices découlent de la perte injustifiée par le salarié de son emploi¹⁴, d'absence d'IRP sans PV de carence¹⁵, du dépassement de la durée légale maximale du travail¹⁶ ou d'atteinte à la vie privée du salarié¹⁷, étant précisé qu'il n'y aurait pas de préjudice nécessaire lors d'une atteinte à l'intérêt collectif de la profession¹⁸.

Qu'est-ce qui (n')a (pas) changé depuis 2016 ? Sur la forme, la chambre sociale de la Cour de cassation est extrêmement vigilante lors de la consécration d'un préjudice nécessaire. Preuve en est, d'une part, de la disparition au sein même de ses arrêts des termes « nécessaire » ou « nécessairement ». S'alignant sur les autres chambres de la Cour de cassation, la chambre

¹¹ « Le "préjudice nécessaire" apparaît ainsi (du moins la plupart du temps) comme un combat de seconde zone, qui complète le combat principal, celui du licenciement, d'autant plus à une époque où le législateur encadre le montant des indemnités dues en cas de rupture injustifiée du contrat de travail. En somme, pour le grand public, le "préjudice nécessaire" est un "truc" d'avocat, une argutie juridique qui permet de compléter une indemnisation jugée trop maigre » : G. DUCHANGE, « Le préjudice (social) nécessaire », *BJT*, février 2021, p. 64.

¹² Soc., 13 avril 2016, n° 14-28.293, *Bull. civ. V*, n° 72 : *SSL* 2016, n° 1721, p. 12, interview Ph. FLORÈS ; *Gaz. Pal.*, 14 juin 2016, n° 22, note P. BAILLY ; *JSL* 2016, n° 411-2, note A. DEJEAN de LA BÂTIE.

¹³ « La chambre sociale de la Cour de cassation, [...], revient à une application plus stricte et rigoureuse des principes de la responsabilité civile et entend mettre fin à la multiplication des exceptions, qui est incompatible avec les décisions des plus hautes formations de la Cour de cassation » : *BICC*, 15 octobre 2016, spéc. n° 1220.

¹⁴ Soc., 13 septembre 2017, n° 16-13.578, *Bull. civ. V*, n° 136 : *Dr. soc.* 2017, p. 1074, note J. MOULY.

¹⁵ Soc., 4 novembre 2020, n° 19-12.775, publié : *Dr. soc.* 2021, p. 187, note P. ADAM ; 15 mai 2019, n° 17-22.224, inédit. *Adde Soc.*, 17 octobre 2018, n° 17-14.392, publié [en matière de procédure de licenciement pour motif économique] : *Dr. soc.* 2019, p. 88, note J. MOULY ; *JCP S* 2018, 1394, note G. FRANÇOIS ; *D. actu*, 26 novembre 2018, note H. CIRAY.

¹⁶ Soc., 26 janvier 2022, n° 20-21.636, publié : *SSL* 2022, n° 1991, p. 4, note P. BAILLY ; *Dr. soc.* 2022, p. 369, note J. MOULY ; *ibid.*, p. 647, note M. VÉRICEL ; *JSL* 2022, n° 537-3, note J.-Ph. LHERNOULD ; *JCP S* 2022, 1049, note M. MORAND ; *D. actu*, 2 mars 2022, note J. CORTOT ; *BJT*, février 2022, note S. RANC ; 14 décembre 2022, n° 21-21.411, inédit : *SSL* 2023, n° 2031, p. 13, note F. CHAMPEAUX.

¹⁷ Soc., 12 novembre 2020, n° 19-20.583, inédit : *Dr. soc.* 2020, p. 1044, note Ch. RADÉ ; *JSL* 2022, n° 538-5, note J. -Ph. LHERNOULD ; 19 janvier 2022, n° 20-12.420, inédit ; 7 novembre 2018, n° 17-16.799, inédit.

¹⁸ « Dans cet arrêt, a souligné le Doyen, seul le moyen évoque le préjudice nécessaire. Notre arrêt ne traite pas du préjudice nécessaire » : F. CHAMPEAUX, « Vers une nouvelle jurisprudence sur le préjudice nécessaire ? », *SSL* 2022, n° 2016, p. 10.

sociale utilise dorénavant la formulation suivante : « *la seule constatation de l'atteinte à tel ou tel préjudice ouvre droit à réparation* », tant et si bien qu'il est parfois difficile pour l'observateur de dénicher un préjudice nécessaire. D'autre part, la création d'un préjudice nécessaire s'accompagne souvent d'un imposant visa. Par exemple, au soutien du préjudice d'absence d'IRP sans PV de carence, l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 a été visé ainsi que l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 1240 du Code civil et l'article 8§1 de la 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 européenne¹⁹. On sent une certaine réticence de la part de la Chambre sociale à découvrir un préjudice nécessaire sans fondement textuel. La même observation vaut pour le préjudice découlant du seul constat du dépassement de la durée maximale de travail en ajoutant l'observation suivante : la Cour de cassation renvoie à une nouvelle source du préjudice nécessaire, en l'occurrence la jurisprudence de la Cour de justice²⁰. Il s'agit là simplement d'une interprétation conforme du droit interne au droit de l'UE. Il y a d'ailleurs fort à parier que le droit de l'Union devienne la nouvelle « terre d'élection » des préjudices nécessaires en droit du travail²¹.

Sur le fond, la chambre sociale de la Cour de cassation a inéluctablement réduit le champ d'application des préjudices nécessaires. Mais autre chose est peut-être passée plus inaperçue et n'a pas changé depuis 2016 : l'évaluation du préjudice nécessaire a toujours requis – et requiert encore – d'appliquer les principes issus de la responsabilité civile. Si les salariés et leurs représentants ne mobilisent pas ces principes, il y aura certes réparation mais elle sera symbolique voire misérable. Dit autrement, militer pour l'autonomie du préjudice nécessaire alors que sa réparation s'élève à un euro contrevient à l'effectivité de cette théorie. Issue du droit de la responsabilité civile, la réparation intégrale éviterait peut-être une violation efficace du préjudice nécessaire.

Après avoir caractérisé le préjudice nécessaire en s'écartant des principes issus de la responsabilité civile (I), on y revient nécessairement lors de son évaluation (II). À l'image de l'histoire du droit du travail, le préjudice nécessaire a cherché à s'émanciper du droit civil sans jamais véritablement y parvenir.

I : La caractérisation du préjudice nécessaire

Pour caractériser le préjudice nécessaire encore faut-il pouvoir le fonder juridiquement. Selon la doctrine majoritaire, la notion de préjudice nécessaire s'apparente plus à une règle de fond (A) et moins à une règle probatoire (B).

¹⁹ 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, publié : *op. cit.*

²⁰ Soc., 26 janvier 2022 : *op. cit.*

²¹ « Le Doyen Huglo a esquissé la *ratio decidendi* possible de cette jurisprudence. Pour caractériser l'existence du préjudice nécessaire, "une disposition d'une directive de l'Union européenne d'effet direct" devrait être concernée. Lorsque les dommages-intérêts sont l'unique sanction disponible (en l'absence de sanction prévue par le législateur), si on ne retient pas l'existence d'un préjudice nécessaire, "cela signifie que des atteintes à la violation de la directive ne seront pas sanctionnées" » : F. CHAMPEAUX, « Vers une nouvelle jurisprudence sur le préjudice nécessaire ? », *SSL* 2022, n° 2016, p. 10. Il faudra également, selon le Doyen, compter sur le droit international du travail pour dénicher des préjudices nécessaires.

A : Une règle de fond

Au soutien de la construction du préjudice nécessaire en une véritable règle de fond, plusieurs critères ont été proposés pour distinguer les préjudices nécessaires de ceux qui ne le sont pas. En droit du travail, chacun de ces critères s'avère insuffisant.

Assurer l'effectivité de la règle de droit. La notion de préjudice nécessaire participe indéniablement à l'effectivité de la règle en droit du travail. L'idée étant qu'une sanction automatique pour manquement à une règle est le moyen le plus efficace pour en assurer le respect²². Au-delà de la difficulté de circonscrire son champ d'application qui potentiellement peut s'étendre à l'ensemble des règles du droit (du travail), il reste la difficulté d'évaluer le préjudice nécessaire car la réparation symbolique à hauteur d'un euro nuit à l'effectivité de cette théorie.

Dans le même ordre d'idée, le préjudice nécessaire se substituerait aux infractions pénales en droit du travail lesquelles sont en pratique très peu soulevées²³. Par exemple, le préjudice nécessaire découlant de l'absence d'IRP sans PV compenserait l'absence de déclenchement d'une procédure pénale pour délit d'entrave. Le même raisonnement vaut pour les anciens préjudices nécessaires qui étaient la contrepartie de l'ineffectivité des contraventions relatives à la violation des critères d'ordre des licenciements²⁴, à la non-délivrance du certificat de travail²⁵ ou de l'attestation d'assurance chômage²⁶. La difficulté reste que le préjudice nécessaire s'applique bien au-delà des infractions pénales en droit du travail.

La fonction punitive de la responsabilité. Le préjudice nécessaire serait plus généralement la consécration d'une peine privée en matière de responsabilité civile. L'indemnité versée au salarié aurait alors moins pour fonction de réparer son préjudice que de sanctionner la faute commise par l'employeur. La difficulté reste la même que pour la proposition précédente s'agissant de la délimitation des manquements fautifs conduisant à la caractérisation d'un préjudice nécessaire, dont le champ d'application peut alors s'avérer illimité²⁷. Plus fondamentalement, si l'objectif de la responsabilité civile n'est pas de réparer un dommage mais de sanctionner exclusivement un comportement, la présence même d'un préjudice n'a alors plus aucune utilité²⁸. Dit autrement, plaider en faveur de la fonction punitive de la responsabilité civile revient à faire disparaître le préjudice nécessaire.

²² En allant plus loin, on retrouve également ici la fonction de la responsabilité civile relative à la cessation de l'illicite. V. not. C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. « Thèse », 2008.

²³ V. BONNIN, « Le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail », *RJS* 2017, spéc. n° 12.

²⁴ C. trav., art. R. 1238-1.

²⁵ C. trav., art. R. 1238-3.

²⁶ C. trav., art. R. 1238-7.

²⁷ 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, spéc. p. 313.

²⁸ « Dès lors que l'indemnisation poursuit un autre but que la réparation d'un préjudice, ériger ce dernier – fût-ce par le biais d'une présomption irréfragable – en condition de cette indemnisation est un détour tout simplement superfétatoire » : P. ADAM, « Absence fautive d'élections partielles et doctrine du préjudice nécessaire », *Dr. soc.* 2021, p. 187.

Fondement textuel. On retrouve ici le principal critère utilisé par la chambre sociale de la Cour de cassation, illustrant son extrême prudence en matière de préjudice nécessaire. Selon une des lettres de la Chambre sociale, « ces exceptions sont justifiées par le fait que la transgression des textes sur lesquels elles reposent constitue, en elle-même, le préjudice »²⁹. Comme l'a précisé un auteur, « l'exception textuelle [est] cohérente au regard du principe de légalité classiquement attaché à toute peine ». Pourtant, « il est délicat d'établir une liste des [...] hypothèses possibles de maintien du préjudice nécessaire fondé sur le critère textuel dans la mesure où la Cour de cassation a une lecture très personnelle des dispositions du Code du travail »³⁰. Dit autrement, là où l'on aurait l'impression qu'un préjudice nécessaire se cache derrière telle ou telle disposition législative, la Cour de cassation n'est pas du même avis. Inversement, la Chambre sociale consacre parfois des préjudices nécessaires alors que les dispositions dont ils sont issus ne sont pas si impératives que cela. Par exemple, l'ancien article L. 1235-5 du Code du travail disposait que « le salarié *peut* prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi »³¹. L'emploi du verbe « pouvoir » au sein de cette disposition n'a pas empêché la Cour de cassation d'y déceler un préjudice nécessaire³².

Fondamentalisation du préjudice nécessaire. Selon une doctrine autorisée³³, le préjudice nécessaire découlerait d'une atteinte à un droit fondamental tel que, pour ce qui nous intéresse en droit du travail, le principe de participation des travailleurs, le droit à la santé ou le droit à l'emploi. Cette théorie reste la plus convaincante. Elle présente toutefois quelques inconvénients. La première reste la difficulté à identifier une liberté ou un droit fondamental, mais également son champ d'application. Par exemple, pourquoi le non-respect des temps de pause ne cause pas nécessairement un préjudice au salarié³⁴, alors qu'est en jeu le droit fondamental à la santé ? Le même raisonnement pourrait s'appliquer en matière d'absence de visite médicale ou d'absence d'un système de contrôle de la durée de travail du salarié³⁵. La seconde limite à cette fondamentalisation du préjudice nécessaire est la tendance jurisprudentielle actuelle à la mise en balance des libertés et droits fondamentaux antagonistes. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation concilie désormais la protection de la vie personnelle du salarié avec le droit à la preuve, au nom de l'accès au juge³⁶. La caractérisation d'un préjudice nécessaire pourrait alors être rejetée lorsque le droit

²⁹ *Lettre de la Chambre sociale*, n° 13, janvier-février 2022, spéc. p. 4. Adde Ph. FLORÈS, « Un retour au droit commun », *SSL* 2016, n° 1721, p. 12 ; J.-Y. FROUIN, « Quel bilan tirer de la jurisprudence 2017 de la chambre sociale, quelles perspectives pour 2018 », *FRS* 4/18, spéc. n° 44. Ces deux conseillers à la Cour de cassation ont plaidé pour l'application de ce critère textuel.

³⁰ J. ICARD, « Le reflux désordonné du préjudice nécessaire. Bref propos sur la sanctuarisation circonscrite d'une présomption de préjudice », *Rev. contrats* 2019, p. 98, spéc. p. 100.

³¹ « On ne retrouve pas, dans le texte de cet article [L. 1235-5], la forme indicative ayant valeur d' "impératif" [...]. Contrairement à ce que semble affirmer la Cour de cassation, le droit du salarié à l'indemnité de licenciement injustifié reste subordonné, dans le texte de l'article L. 1235-5, à l'existence d'un préjudice prouvé » : J. MOULY, « L'abandon de la théorie du dommage nécessaire : l' "exception" du licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Dr. soc.* 2017, p. 1074.

³² Soc., 13 septembre 2017, n° 16-13.578, *Bull. civ. V*, n° 136 : *Dr. soc.* 2017, p. 1074, note J. MOULY.

³³ J. MOULY, « Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux ? », *RJS* 7/16, p. 491.

³⁴ Soc., 19 mai 2021, n° 20-14.730, inédit.

³⁵ H. GALI, « La nécessité du préjudice en droit du travail », *D.* 2022, p. 908, spéc. p. 913.

³⁶ Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, *Bull. civ. V*, n° 209 ; 30 septembre 2020, n° 19-12.058, publié ; 25 novembre 2020, n° 17-19.523 ; 16 décembre 2020, n° 19-17.637, publié ; 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié.

à la preuve de l'employeur justifierait la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle du salarié à la condition désormais classique que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi. En allant plus loin, la question se pose de savoir si demain des préjudices nécessaires protégeant des droits sociaux fondamentaux plieront ou rompront face à la liberté d'entreprendre de l'employeur.

Il reste difficile, pour ne pas dire impossible, d'isoler un critère permettant de distinguer les préjudices nécessaires de ceux qui ne le sont pas. Dès lors, ne faut-il pas tout simplement admettre que le préjudice nécessaire n'est en réalité qu'une simple règle probatoire ?

B : Une règle probatoire

Une règle probatoire pragmatique. La raison d'être du préjudice nécessaire est probatoire. Rapporter la preuve de l'existence d'un préjudice social nécessaire est particulièrement complexe car il s'agit d'un préjudice moral³⁷. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence sociale aménage de façon pragmatique l'administration de la preuve en la matière³⁸.

La chambre commerciale de la Cour de cassation n'a aucun mal à admettre un tel pragmatisme probatoire. Dans un arrêt du 12 février 2020, après avoir rappelé qu'« *il s'infère nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, d'un acte de concurrence déloyale* », elle décide que « *cette jurisprudence, qui énonce une présomption de préjudice, sans pour autant dispenser le demandeur de démontrer l'étendue de celui-ci, répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre existence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer* »³⁹. Face à la difficulté de caractériser un préjudice économique ou moral en matière de concurrence déloyale, la jurisprudence commerciale admet par pragmatisme que la notion de préjudice nécessaire n'est au fond qu'une règle probatoire⁴⁰.

Le partage de la preuve du préjudice nécessaire. Si le préjudice nécessaire n'est en réalité qu'une règle probatoire, rien n'empêche alors d'élargir son champ d'application en droit du travail. Pour préserver un équilibre des intérêts en présence, la contrepartie de cette extension pourrait être le renversement de la présomption de préjudice nécessaire par l'employeur à l'instar de ce que l'on connaît déjà en matière de harcèlement ou de discrimination⁴¹. Concrètement, après avoir présumé tel ou tel préjudice nécessaire,

³⁷ « Le caractère spécifique du préjudice social ne le fait toutefois pas échapper à la fort délicate question de la détermination de son étendue, une évaluation objective étant impossible » : J. ICARD, « Le préjudice nécessaire en droit du travail », in *Les évolutions contemporaines du préjudice*, L'Harmattan, 2019, p. 227, spéc. p. 245.

³⁸ « Les préjudices dont il est ici question sont le plus souvent des préjudices moraux, dont la preuve s'induit de la situation qui les cause et dont l'évaluation ne peut reposer sur des éléments objectifs. Il n'est en effet guère possible d'administrer objectivement la preuve d'un préjudice subjectif » : P. BAILLY, « Feu le préjudice nécessaire en matière sociale », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2016, n° 22.

³⁹ Com., 12 février 2020, n° 17-31.614, publié : *op. cit.*

⁴⁰ « Cela illustre le pragmatisme des juges, confrontés à la difficulté de la caractérisation du préjudice économique et de la causalité dans ce type de contentieux. [...]. En outre, le préjudice subi en matière de concurrence déloyale, [...], est particulièrement difficile à quantifier, une telle difficulté justifie cette faveur probatoire, faute de quoi l'action ne sert à rien » : M.-A. FRISON-ROCHE et J.-Ch. RODA, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2022, 2^{ème} éd., spéc. n° 883.

⁴¹ B. BAUDOIN, « Pour un préjudice nécessaire "raisonné" », *RDT* 2022, p. 209 ; J. MOULY, *op. cit.*

l'employeur pourrait ensuite établir que l'existence de ce préjudice est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout manquement fautif.

À ce jour, la présomption de préjudice nécessaire reste irréfragable. En effet, dans une affaire où l'employeur soutenait qu'il n'avait pas pu remettre à la salariée le formulaire d'un contrat de sécurisation professionnel applicable au 1^{er} septembre 2011 car les agences de Pôle emploi n'étaient pas elles-mêmes en capacité de remettre le formulaire adéquat, la Cour de cassation a décidé que « *la cour d'appel, qui a constaté que, nonobstant les circonstances de faits invoquées par l'employeur pour tenter de justifier l'absence de remise du contrat de sécurisation professionnelle, il avait manqué à ses obligations, a souverainement apprécié le préjudice qui en était résultait pour la salariée* »⁴².

Une certaine (sur)interprétation de la jurisprudence pourrait pourtant laisser croire à un début de renversement de présomption. Ne peut-on pas considérer que l'employeur puisse renverser la présomption de préjudice découlant du non-accomplissement des diligences nécessaires à la mise en place des IRP grâce au PV de carence ? Mieux, quand la Cour de cassation précise qu'« *il appartient au salarié de démontrer l'existence d'un préjudice lorsque, l'IRP ayant été mise en place, des élections partielles doivent être organisées du fait de la réduction du nombre des membres élus de l'IRP, les salariés n'étant pas dans cette situation privés d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts* »⁴³, la présence d'une représentation élue quand bien même partielle ne permet-elle pas elle aussi de renverser la présomption ?

Une fois l'existence du préjudice nécessaire établie, encore faut-il en évaluer le montant de l'indemnisation.

II : L'indemnisation du préjudice nécessaire

Retour vers le droit civil. Après s'être détourné des principes issus de la responsabilité civile lors de la caractérisation du préjudice nécessaire, on y revient lors de son indemnisation, sauf à ce que le législateur ait fixé le montant d'une telle indemnisation⁴⁴. En matière de responsabilité civile, l'évaluation de l'indemnisation est au cœur de l'office du juge et, plus précisément, au cœur de l'appréciation souveraine des juges du fond. Le contrôle exercé par la Cour de cassation en la matière est extrêmement restreint. La formule type utilisée par la Haute juridiction est la suivante : « *la cour d'appel a apprécié souverainement le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a fait, sans être tenue d'en préciser les divers éléments* »⁴⁵. La motivation des juges du fond peut donc se réduire à l'évaluation du préjudice⁴⁶. Pour autant, les juges du fond ne peuvent faire feu de tout bois en la matière⁴⁷. Leur appréciation souveraine reste encadrée par le principe de réparation

⁴² Soc., 7 mars 2017, n° 15-23.038, publié : JCP S 2017, 1118, note E. JEANSEN.

⁴³ Soc., 4 novembre 2020, n° 19-12.775, publié : Dr. soc. 2021, p. 187, note P. ADAM.

⁴⁴ On pense au barème *Macron*.

⁴⁵ Ass. plén., 26 mars 1999, n° 95-20.640, *Bull. A. P.*, n° 3 ; Ch. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22.981, *Bull. Ch. mixte*, n° 4.

⁴⁶ « [La formule de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 26 mars 1999] contracte en quelque sorte les deux éléments, existence et évaluation » : *BICC*, 15 octobre 2016, spéc. n° 1220.

⁴⁷ « Il ne faudrait pas en déduire, un peu vite, que l'évaluation du préjudice est une notion de pur fait abandonnée à la seule appréciation des juges du fond qui sont libres d'employer la méthode qui leur convient. En effet, si, en

intégrale selon lequel le juge répare tout le préjudice subi, ni plus, ni moins⁴⁸. Appliqué au préjudice nécessaire, le principe de réparation intégrale signifie que les juges du fond ne doivent pas l'évaluer forfaitairement (A) mais individuellement (B).

A : L'interdiction d'une évaluation forfaitaire

En général. Dans l'arrêt précité du 12 février 2020, la Chambre commerciale a rappelé que « *méconnaît son office le juge qui refuse d'évaluer un dommage dont il a constaté l'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* »⁴⁹. Cette jurisprudence constante selon laquelle, en vertu du principe de réparation intégrale, les juges ne peuvent pas indemniser le préjudice par une somme forfaitaire est également appliquée au sein de la Chambre sociale⁵⁰.

En matière de préjudice nécessaire. L'interdiction d'une évaluation forfaitaire en matière de préjudice nécessaire conduit à éviter deux écueils. D'une part, transformer le préjudice nécessaire en une peine privée, en considérant qu'un manquement fautif de l'employeur conduit à une amende civile dont le montant est prédéfini, semble incompatible avec l'interdiction d'une évaluation forfaitaire. D'autre part, l'indemnisation symbolique à hauteur d'un euro est elle aussi incompatible avec l'interdiction d'une réparation forfaitaire. En théorie, le principe de réparation intégrale ne s'oppose pas à une indemnisation symbolique si une telle condamnation suffit à réparer l'entier préjudice⁵¹. Par exemple, la Cour de cassation a pu décider que « *la cour d'appel, qui a exactement retenu que du fait du non-respect, par l'employeur, du jour franc prévu par l'article L. 122-14-1, alinéa 2, du Code du travail, le salarié subissait nécessairement un préjudice, a souverainement apprécié les modalités de sa réparation [en lui allouant la somme symbolique d'un franc]* »⁵². D'un autre côté, la Haute juridiction a également estimé que la réparation d'un préjudice social nécessaire découlant du non-respect de la procédure de licenciement ne saurait être assurée par un franc symbolique⁵³.

matière de droit du travail, les juges du fond disposent d'une grande latitude pour exercer leur office de réparer l'entier préjudice causé par un comportement dommageable, ils doivent respecter le principe de réparation intégrale du préjudice » : A. DAVID, « Les règles présidant à l'évaluation du préjudice », *Dr. soc.* 2017, p. 918.

⁴⁸ Selon la formule classique, « *les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit* » : Civ., 1^{ère}, 25 mars 2009, n° 07-20.774, *Bull. civ. I*, n° 70.

⁴⁹ Com., 12 février 2020 : *op. cit.*

⁵⁰ Soc., 28 septembre 2022, n° 21-10.839 ; n° 21-10.843 ; 16 février 2022, n° 20-14.969, publié : *JCP S* 2022, 1139, note G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *RPC*, juillet-août 2022, comm. 66, D. JACOTOT.

⁵¹ « Il faut bien admettre que "si le préjudice est purement moral, une telle condamnation peut parfaitement suffire à le réparer intégralement". L'indemnisation par l'euro symbolique, [...] possède au moins une vertu satisfaisante pour les victimes dans le même temps qu'elle les dissuade de "toute surenchère indemnitaire" et juggle le risque "d'incitation au contentieux" que cette jurisprudence peut faire naître. Néanmoins, les juges du fond doivent prendre garde à ne pas mentionner expressément le caractère symbolique de la condamnation qu'ils prononcent. Ils s'exposeraient en effet à la censure de la Cour de cassation qui réprovoque ce "double aveu du juge qu'il n'a pas réparé intégralement le préjudice et n'a pas cherché à le mesurer exactement" » : L. GRATTON, *op. cit.*

⁵² Soc., 5 mars 2002, n° 00-41.453, *Bull. civ. V*, n° 84.

⁵³ Soc., 11 mars 1998, n° 96-41.350, *Bull. civ. V*, n° 136.

En tout état de cause, la réparation symbolique reste à éviter. D'une part, elle révèle l'absence de mesure exacte du préjudice s'exposant ainsi à la censure de la Cour de cassation⁵⁴. D'autre part, la réparation du préjudice social nécessaire issu de la politique jurisprudentielle appliquée depuis 2016 vaut bien plus que la modique somme d'un euro dans la mesure où est souvent en jeu une atteinte à un droit ou une liberté fondamentale⁵⁵. Les juges du fond doivent donc individualiser l'évaluation du préjudice nécessaire, laquelle pourrait conduire à une indemnisation plus élevée.

B : L'individualisation de l'évaluation

Le principe d'individualisation est un des rares garde-fous en matière d'évaluation du préjudice auquel il faut ajouter les limites des demandes des parties⁵⁶. En effet, les juges ne peuvent pas statuer ni *infra* ni *ultra-petita*, c'est-à-dire qu'il ne peut fixer ni un montant supérieur à la demande du salarié ni inférieur à l'offre de l'employeur⁵⁷. Il ne faut pas oublier que si le principe d'individualisation est censé permettre une réparation plus juste car intégrale, il contient en lui-même une certaine inégalité. Pour reprendre les propos d'un auteur, « l'absence de mode de calcul unifié conduit à des évaluations dispersées, source d'inégalités entre les personnes »⁵⁸. Par exemple, dans les années 2010, la réparation du préjudice nécessaire découlant de l'absence de visite médicale s'élevait entre 1 € et 1.000 € à Paris en départage⁵⁹ et à 1.500 € à Bobigny⁶⁰.

Critères objectivant l'évaluation individuelle du préjudice nécessaire. Il convient de parfaire l'appréciation individuelle du préjudice nécessaire en dénichant des critères objectifs applicables à l'ensemble des juridictions. On peut difficilement se satisfaire des critères classiques permettant d'évaluer le préjudice matériel de perte d'emploi en matière de licenciement tels que l'ancienneté du salarié, son âge, son salaire ou encore son aptitude à retrouver un emploi compte tenu de sa formation et de son expérience professionnelle. Étant un préjudice moral, l'évaluation du préjudice social nécessaire oblige à affiner ces critères.

⁵⁴ « Une indemnisation symbolique révélant l'absence d'effort d'appréciation s'expose à la censure » : J.-F. CÉSARO, « Le préjudice en droit du travail », *RJS* 2019, spéc. n° 14.

⁵⁵ « Reste la question du "combien ?". Se dispenser de la preuve du préjudice risque de compliquer le chiffrage de l'indemnité due au salarié. Deux écueils doivent assurément être évités : la condamnation à un euros symbolique, qui n'empêcherait pas l'employeur de recommencer, et la condamnation à la louche, qui risquerait de faire passer les droits fondamentaux pour une source d'appoint. La ligne de crête est à chercher dans le caractère dissuasif de la sanction indemnitaire. Ni trop, ni peu ; juste ce qu'il faut pour assurer l'effectivité des droits fondamentaux » : A. FABRE, *op. cit.*, spéc. p. 315.

⁵⁶ « Hormis ce principe d'individualisation, le juge n'est tenu par aucune règle particulière de calcul de chaque préjudice, sous réserve de répondre aux prétentions des parties » : E. SERVERIN, « Trois définitions pour introduire une réflexion sur la réparation intégrale », *Dr. ouv.* 2011, p. 226, spéc. p. 227.

⁵⁷ *Adde* V. RIVOLIER, « Le montant de l'indemnisation du préjudice d'affection devant les cours d'appel. Essai de mesure de l'influence du montant fixé en première instance, du montant demandé et du montant offert sur l'indemnisation devant le juge d'appel », in *Jurimétrie*, n°1, 2022, p. 117.

⁵⁸ E. SERVERIN, *op. cit.*, spéc. p. 228.

⁵⁹ Soc., 5 avril 2018, n° 16-16.573, inédit, rejetant le pourvoi exercé à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 1^{er} mars 2016, n° 15/06438 ayant indemnisé un salarié à hauteur de 100 € pour une absence de visite médicale entre le moment de l'embauche et au plus tard à l'issue de la période d'essai.

⁶⁰ « L'indemnisation du défaut de visite médicale d'embauche crée un préjudice de principe qu'il incombe au juge de réparer, mais à quelle hauteur ? Les juridictions confrontées à ces demandes apportent des réponses variées : Bobigny 1 500 €, Paris 1 € ou 1 000 € en départage » : D. RAVEZ et A. ZISSMANN, « Échange sur le thème de la réparation intégrale du préjudice », *Dr. ouv.* 2011, p. 247, spéc. p. 249.

En premier lieu, l'on pourrait tenir compte de la durée d'exposition du salarié au manquement de l'employeur. Plus la durée pendant laquelle le salarié n'a pas bénéficié d'une représentation du personnel est longue, plus l'indemnisation du préjudice nécessaire qui en découle sera élevée. En deuxième lieu, la répétition et le cumul des manquements de l'employeur améliorerait la réparation. En revanche, un manquement occasionnel la réduirait. Un juge-départiteur avait donné l'exemple d'un infirmier de nuit ayant un horaire journalier de douze heures, dont 7h30 en chambre de veille. Dans cette hypothèse, il aurait rédigé l'attendu suivant : « *Attendu que le non-respect des prescriptions minimales imposées par la directive européenne en vue d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs 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 des 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 5 000 €* »⁶¹. En troisième et dernier lieu, on pourrait s'inspirer du droit de la concurrence selon lequel « *la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents* »⁶². Transposée en droit du travail, cette solution conduirait à établir l'indemnisation à hauteur de l'économie réalisée par le(s) manquement(s) de l'employeur en tenant compte du nombre de salariés lésés. La fonction indemnitaire du préjudice nécessaire se doublerait alors d'une fonction punitive⁶³.

⁶¹ D. RAVEZ et A. ZISSMANN, *op. cit.*, spéc. p. 249.

⁶² Com., 12 février 2020, n° 17-31.614, publié : *op. cit.*

⁶³ « Le juge devait nécessairement, comme c'est cependant le cas pour tout préjudice moral, s'appuyer sur d'autres considérations, notamment la gravité de la faute, pour fixer le quantum de dommages-intérêts. [...]. La fonction indemnitaire de la victime se double d'une fonction de dissuasion des comportements antisociaux. Ce double aspect permettait de contourner le faux problème, parfois monté en épingle, de la détermination de l'étendue d'un préjudice qui n'existait pas » : J. ICARD, *op. cit.*, spéc. p. 246.