

**TOULOUSE  
CAPITOLE**  
Publications



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

# **Le préjudice nécessaire fait de la résistance**

**Ranc Sébastien**

**Maître de conférences**

Université Toulouse 1 Capitole

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

**Le préjudice nécessaire, une espèce en voie de disparition.** Pour mémoire, la notion dite du « préjudice nécessairement causé », raccourcie en « préjudice nécessaire », consiste à présumer que certains manquements fautifs de l'employeur constituent, en eux-mêmes, un préjudice ouvrant droit à réparation, sans avoir à démontrer l'existence d'un tel préjudice. Pour le dire autrement, il s'agit d'un « préjudice virtuel, déduit de la seule faute » (P. BAILLY, « Une disparition qu'on peut regretter », *RDT* 2017, p. 374). Cette présomption est contraire au droit commun de la responsabilité civile délictuelle où, faut-il le rappeler, il est nécessaire de réunir les trois conditions cumulatives suivantes : une faute, un préjudice et un lien de causalité entre la faute et le préjudice. À l'origine, la notion de préjudice nécessaire était cantonnée aux règles de procédure en matière de licenciement pour en assurer l'effectivité. L'idée étant qu'une sanction automatique pour manquement à ces règles de procédure est le moyen le plus efficace pour en assurer le respect. Cette notion s'est ensuite propagée dans d'autres hypothèses en droit du travail telles que le défaut de remise de documents sociaux (certificat de travail, bulletin de salaire, attestation Pôle emploi) ou l'illicéité d'une clause de non-concurrence. Pour limiter l'effet « boule de neige » de cette jurisprudence (termes employés dans le *BICC*, 15 octobre 2016, spéc. p. 60), la Cour de cassation est revenue à une application plus stricte et rigoureuse des principes de la responsabilité civile en décidant dans un arrêt de principe du 13 avril 2016 que « l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond » (Soc., 13 avril 2016, n° 14-28.293, publié). Depuis 2016, l'ensemble des hypothèses où un préjudice nécessaire avait pu être retenu a été réexaminé à l'aune de cette nouvelle jurisprudence. Beaucoup de préjudices nécessaires ont alors disparu, si bien que l'on a pu croire à leur disparition. C'était sans compter sur leur sauvegarde au sein de certains interstices en droit du travail.

**Le préjudice nécessaire, une espèce certes en voie de disparition mais sauvegardée.**

Interviewé à propos de l'arrêt du 13 avril 2016, le conseiller Philippe FLORES précisait que « 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 implicitement le principe » (nous soulignons ; « Un retour au droit commun », *SSL* 2016, n° 1721, p. 12). Autrement dit, dès lors qu'un texte ou une règle le consacrerait, même de manière implicite, il subsisterait d'« irréductibles » préjudices nécessaires, résistant encore et toujours au droit commun envahisseur (V. BONNIN, « Le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail », *RJS* 8-9/17, p. 619). Il semblerait que la tendance actuelle soit à la (re)découverte de préjudices nécessaires. Que l'on soit bien clair, cette tendance n'a pas pour effet de renverser le principe : le préjudice nécessaire reste l'exception. Mais dernièrement, les exceptions se multiplient. Pour ne citer que quelques exemples parmi d'autres, il résulte de l'ancien article L. 1235-5 du Code du travail que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue (Soc., 13 septembre 2017, n° 16-13.578, publié) ; ou bien l'employeur qui met en œuvre une procédure de licenciement économique, alors qu'il n'a pas accompli les diligences nécessaires à la mise en place d'IRP et sans qu'un PV de carence ait été établi, commet une faute qui cause un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une représentation et de défense de leurs intérêts (Soc., 17 octobre 2018, n° 17-14.392, publié : *Dr. soc.* 2019, p. 88,

note J. MOULY ; *JCP S* 1394, note G. FRANÇOIS ; 15 mai 2019, n° 17-22.224, inédit ; 8 janvier 2020, n° 18-20.591, inédit ; 4 novembre 2020, n° 19-12.775, publié) ; ou encore, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation (Soc., 12 novembre 2020, n° 19-20.583, inédit : *Dr. soc.* 2020, p. 144, note Ch. RADÉ) ; et dernièrement, un préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession résulte de l'application irrégulière d'une convention collective (Soc., 2 février 2022, n° 20-18.713, inédit). Même si les termes de « préjudices nécessairement causés » ne sont plus expressément utilisés par la Cour de cassation, la notion est - et a toujours été - bel et bien conservée. Dans ces arrêts, le préjudice nécessaire est souvent déniché à travers le visa d'un texte issu du droit interne et/ou du droit de l'UE. Ce qui fait l'originalité de notre arrêt à commenter est qu'il dispose certes d'un tel visa, mais que l'existence d'un préjudice nécessaire découle surtout de la jurisprudence de la Cour de justice.

**L'espèce.** Les faits sont relativement simples. Deux mois après son embauche, la période d'essai du salarié est rompue par l'employeur en raison d'une insuffisance de résultats. Ayant travaillé 50,45 heures durant une semaine lors de sa période d'essai, le salarié demande des dommages-intérêts pour violation de la durée maximale du travail. Pour rappel, la durée maximale de travail hebdomadaire est en principe fixée à 48 heures, y compris les heures supplémentaires (C. trav., art. L. 3121-20 ou ancien art. L. 3121-5, al. 1<sup>er</sup> ; dir. n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, art. 6, b). Les juges du fond ont rejeté la demande du salarié, dans la mesure où il n'avait pas démontré que ce manquement était la source d'un préjudice (CA Orléans, ch. soc., 28 mars 2019, n° 17/00373).

**La découverte d'un préjudice nécessaire issu de la jurisprudence de la Cour de justice.** Au visa des articles susvisés, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel pour violation de la loi et décide que « *le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvre droit à la réparation* » (Soc., 26 janvier 2022, n° 20-21.636, publié). Plus précisément, la Haute juridiction renvoie dans un long attendu à la jurisprudence de la CJUE selon laquelle « *le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire fixée à l'article 6, sous b), de la directive 2003/88 constitue, en tant que tel, une violation de cette disposition, sans qu'il soit besoin de démontrer en outre l'existence d'un préjudice spécifique (CJUE, 14 octobre 2010, C-243/09, Fuss c. Stadt Halle, point 53). Cette directive poursuivant l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise de repos suffisant, le législateur de l'Union a considéré que le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire, en ce qu'il prive le travailleur d'un tel repos, lui cause, de ce seul fait, un préjudice dès lors qu'il est ainsi porté atteinte à sa sécurité et à sa santé* » (CJUE, 14 octobre 2010, C-243/09, Fuss c. Stadt Halle, point 54) ». Le choix de citer ces deux passages de l'arrêt de la CJUE n'est pas anodin. La Cour de justice y répète deux fois que le dépassement de la durée maximale hebdomadaire de 48 heures cause en lui-même un préjudice.

Dans cet arrêt de la Cour de justice, celle-ci avait pris soin de rappeler que l'article 6, sous b), de la directive 2003/88 constitue une règle de droit social de l'Union revêtant une importance particulière, dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription nécessaire pour assurer la protection de sa santé et de sa sécurité (CJUE, 14 octobre 2010, C-243/09, Fuss c. Stadt Halle, point 54 : *Liaisons sociales Europe*, déc. 2010, n° 266, p. 8, note J.-Ph. LHERNOULD ; *Europe*, déc. 2010 comm. 429, L. DRIGUEZ). Plus généralement, les différentes prescriptions énoncées par la directive 2003/88 en matière de durée maximale de travail et de temps minimal de repos constituent de telles règles de droit social revêtant une importance

particulière auxquelles il ne saurait être dérogé (CJUE, 10 septembre 2015, aff. C-266/14, point 24 ; 17 mars 2021, n° C-585/19, point 36). Est-ce à dire qu'il faille réserver la caractérisation d'un préjudice nécessaire à la violation d'une de ces règles ? Cela rejoindrait l'idée d'un auteur qui avait proposé de cantonner la notion de préjudice nécessaire à la violation de droits fondamentaux (J. MOULY, « Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux ? », *RJS* 2016). Cette idée est également soutenue par l'Avocate générale de la Cour de cassation dans son avis rendu relativement à l'arrêt du 26 janvier 2022. Rien n'est moins sûr car, après avoir rappelé que le temps de pause constitue une règle de droit social d'une importance particulière (Soc., 17 février 2010, n° 08-43.212, *Bull. V*, n° 47 ; 29 juin 2011, n° 10-14.743, *Bull. V*, n° 184), la Cour de cassation a récemment considéré qu'un manquement de l'employeur à ses obligations en matière de temps de pause ne cause pas nécessairement un préjudice au salarié (Soc., 19 mai 2021, n° 20-14.730, inédit). Il reste encore aujourd'hui difficile d'isoler un critère permettant de distinguer les préjudices nécessaires de ceux qui ne le sont pas.

**L'indemnisation du préjudice nécessaire relatif à la violation de la durée maximale hebdomadaire de travail.** Quand bien même le dépassement de la durée maximale hebdomadaire cause en lui-même un préjudice, encore faut-il en déterminer les modalités d'indemnisation. Dans l'arrêt du 26 janvier 2022, la Cour de cassation se réfère à nouveau à la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle « *c'est au droit national des États membres qu'il appartient, dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, d'une part, de déterminer si la réparation du dommage causé à un particulier par la violation des dispositions de la directive 2003/88 doit être effectuée par l'octroi de temps libre supplémentaire ou d'une indemnité financière et, d'autre part, de définir les règles portant sur le mode de calcul de cette réparation (CJUE, 25 novembre 2010, C-429/09, Fuss c. Stadt Halle, point 94* ». Le droit du travail français ne prévoyant pas de contrepartie en temps libres en cas de dépassement de la durée maximale hebdomadaire, il s'agira d'une indemnité financière calculée selon les règles classiques du droit commun de la responsabilité civile. Autrement dit, si le dépassement de la durée maximale hebdomadaire constitue en lui-même un préjudice, le salarié devra tout de même prouver l'étendue de son préjudice pour permettre au juge de déterminer le *quantum* de l'indemnisation, s'il ne veut pas obtenir une indemnisation symbolique à 1 euro...