HAL
open science

La réparation du préjudice en droit du travail

Emilie Jeanmaire

To cite this version:

Emilie Jeanmaire. La réparation du préjudice en droit du travail. Droit. Université de Lorraine, 2016. Français. NNT : 2016LORR0124 . tel-01752347

HAL Id: tel-01752347

https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01752347

Submitted on 29 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

UNIVERSITÉ DE LORRAINE
FACULTÉ DE DROIT, SCIENCES ÉCONOMIQUES ET GESTION DE NANCY

LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE EN DROIT DU TRAVAIL

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé
présentée et soutenue publiquement le 29 septembre 2016 par

ÉMILIE JEANMAIRE

Sous la direction de Monsieur le Professeur Patrice ADAM
et de Monsieur le Professeur Bernard BOSSU

Membres du jury :

Monsieur Patrice ADAM, *Professeur à l'Université de Lorraine*
Monsieur Bernard BOSSU, *Professeur à l'Université Lille 2*
Monsieur Frédéric GÉA, *Professeur à l'Université de Lorraine*
Monsieur Grégoire LOISEAU, *Professeur à l'Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne*
Monsieur Philippe PIERRE, *Professeur à l'Université de Rennes 1*, rapporteur
Monsieur Christophe RADÉ, *Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux*, rapporteur

L'Université n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier le Professeur Patrice ADAM pour m'avoir guidée, encouragée, conseillée. Ses idées, ses critiques bienveillantes et son enthousiasme m'ont permis de mener à terme cette étude.

Mes remerciements vont également au Professeur Bernard BOSSU pour la confiance qu'il m'a accordée en m'offrant la chance de travailler sur ce sujet de thèse. Ses recommandations et ses observations m'ont toujours éclairée.

Je remercie les Professeurs Frédéric GÉA, Grégoire LOISEAU, Philippe PIERRE et Christophe RADÉ d'avoir accepté de siéger dans le jury de cette thèse.

J'exprime ma gratitude au Professeur Alexia GARDIN qui, à l'issue de mon Master 2, m'a incitée à poursuivre des travaux de recherche et m'a soutenue lors de mon inscription en thèse.

Je remercie le directeur de l'Institut François GÉNY, le directeur de l'Institut Régional du Travail ainsi que l'ensemble du personnel de ces institutions pour m'avoir accueillie.

Je remercie encore le Professeur François JACQUOT pour nos discussions et nos échanges en droit des obligations et pour ses conseils pédagogiques.

Mes remerciements vont aussi à tous ceux qui m'ont soutenue au cours de ces années :

> Mes parents, mes frères, mes « belles-sœurs » et « les jumelles » pour leurs encouragements et leur soutien sans faille.
>
> Mes amis, Cédric, Hugo et Julie, dont la présence est essentielle.
>
> Ceux sans qui cette thèse ne serait pas ce qu'elle est, aussi bien par les discussions que j'ai eu la chance d'avoir avec eux, que par leurs suggestions ou leur relecture. Je pense ici, en particulier, à Camille, Emmanuelle, Guillaume, Julien, Maëlle, Savinien et Yonka.
>
> Toutes les personnes que j'ai eu le plaisir de rencontrer grâce à cette thèse : M. le Professeur Antoine ASTAING, M. Jean-François GICQUEL mais aussi Aurélie, Clémence, Nicolas, Nicole, les deux Mathieu et Matthias.

Enfin, je remercie Florian, qui, malgré l'absence de contrat, est toujours là, pour le meilleur et pour le pire…

ABRÉVIATIONS

- A -
ACAATA : Allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante
AGS : Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés
al. : alinéa
Anc. : Ancien
ANI : Accord national interprofessionnel
APD : Archives de philosophie du droit
ASSEDIC : Associations pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
Ass. nat. : Assemblée nationale
Ass. plén. : Assemblée plénière
Auj. : Aujourd'hui

- B -
Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
B. S. : Bulletin social Francis Lefebvre

- C -
C. civ. : Code civil
C. com : Code du commerce
C. conso. Code de la consommation
C. env. : Code de l'environnement
CGI : Code général des impôts
C. mon. fin. : Code monétaire et financier
CPC : Code de procédure civile
C. proc. civ. d'exé. : Code de procédure civile d'exécution
CPI : Code de la propriété intellectuelle
C. SS. : Code de la sécurité sociale
C. trav. : Code du travail
C. cass. : Cour de cassation
CA : Cour d'appel
CE : Conseil d'État
CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme
Cf : *confer*
Ch. : Chambre
Ch. réun. : Chambres réunies
Chron. : Chronique
CHSCT : Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne
Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm. : commentaire
Concl. : Conclusions
CPH : Conseil de prud'hommes
Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

- D -
D. : Recueil Dalloz
dactyl. : dactylographiée
DC : Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz (de 1941 à 1944).
dir. : direction
DIRECCTE : Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
DP : Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)
Dr. soc. : Revue Droit social

- E -
éd. : édition
ex. : exemple

- F -
fasc. : fascicule

- G -
Gaz. pal. : Gazette du Palais

- I -
Ibid. : *ibidem*
Infra : au-dessous de

- J -
JCl : Jurisclasseur (Encyclopédie)
JCP A : La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales
JCP G : La semaine juridique, édition générale
JCP E : La semaine juridique, édition entreprise
JCP S : La semaine juridique, édition sociale

JO : Journal Officiel de la République Française

- L -
L. : Loi
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

- N -
n° : numéro
not. : notamment

- O -
Obs. : observations
OIT : Organisation Internationale du Travail
Op. cit. : *opus citatum*

- P -
p. : page
préc. : précité
PSE : plan de sauvegarde de l'emploi
PU : presses universitaires
PUF : presses universitaires de France

- Q –
QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

- R -
Rapp. : rapport
RCA : Responsabilité civile et assurances
RDC : Revue des contrats
RDSS : Revue de droit sanitaire et social
RDT : Revue droit du travail
Rép. Dalloz : Répertoire Dalloz (Encyclopédie)
Req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation
RFDA : Revue française de droit administratif
RGDA : Revue générale du droit des assurances
RLDC : Revue Lamy de droit civil
RRJ : Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RSC : revue de sciences criminelles
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur. : Revue trimestrielle de droit européen

- S -
s. : suivant
S. : Sirey
spéc. : spécialement
Supra : au-dessus de

- T -
t. : tome
TASS : Tribunal des affaires de sécurité sociale
TGI : Tribunal de grande instance
th. : thèse

- U -
URSSAF : Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales

- V -
v. : voir

AVERTISSEMENT

PRÉCISIONS RELATIVES À LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS,
DU RÉGIME GÉNÉRAL ET DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS.

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016[1] portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations modifie le livre troisième du Code civil.

Les nouveaux articles créés ou modifiés, à l'exception de quelques dispositions[2], entreront en vigueur le 1er octobre 2016[3]. Nous nous y réfèrerons tout de même en tant que droit positif. Les dispositions issues de ladite ordonnance seront ainsi considérées comme les « nouveaux articles », alors que celles qui sont modifiées ou abrogées par cette ordonnance seront envisagées comme les « anciens articles ». Ces derniers demeurent la loi à laquelle les contrats conclus avant le 1er octobre 2016 restent soumis.

[1] Ordo. n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26.
[2] Les troisième et quatrième alinéas du nouvel article 1123 du Code civil, ainsi que les nouveaux articles 1158 et 1183 du même Code sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.
[3] Art. 9, al. 1er de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations. V. aussi le projet de loi ratifiant cette ordonnance, n° 3928, déposé le 6 juillet 2016 à l'Ass. nat.

SOMMAIRE

Introduction

Première Partie. Le préjudice réparable

Titre 1. Les qualités du préjudice réparable

Chapitre 1. Des qualités adoptées

Chapitre 2. Des qualités adaptées

Titre 2. La démonstration du caractère réparable du préjudice

Chapitre 1. La réparabilité présumée

Chapitre 2. La réparabilité entravée

Seconde Partie. Le préjudice réparé

Titre 1. Les moyens de la réparation

Chapitre 1. Les outils classiques de la réparation

Chapitre 2. La réparation du préjudice instrumentalisée

Titre 2. Les acteurs de la réparation

Chapitre 1. Les juges de la réparation

Chapitre 2. Les débiteurs de la réparation

Conclusion générale

INTRODUCTION

« *Il faut réparer le mal, faire qu'il semble n'avoir été qu'un rêve* »
Jean Carbonnier[4]

1. « *Le préjudice demeure comme un point aveugle de l'analyse travailliste* »[5]. Le droit du travail n'a jamais[6] été le point de départ d'une étude approfondie consacrée à la réparation du préjudice[7]. L'on sent pourtant l'intérêt qu'elle suscite[8]. Que l'on songe seulement aux importantes controverses relatives à la revendication d'un barème d'indemnisation[9]. D'un montant imprévisible, la potentielle dette de réparation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ferait obstacle au développement des entreprises. Si l'on veut « *sécuriser les entreprises pour leur permettre de se*

[4] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, vol. II, 22ème éd., PUF, Paris, 2004, p. 2253.
[5] T. Pasquier, « Le préjudice à la croisée des chemins », *RDT* 2015, p. 741.
[6] À l'exception des travaux de B. Bossu, *La remise en l'état en droit du travail*, th. dactyl., Lille II, 1993.
[7] Contrairement à la sanction civile, V. M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, Paris, 2002.
[8] V. not., le 35ème colloque de droit social du Syndicat des Avocats de France, Paris Dauphine, 4 décembre 2010, « La réparation intégrale : pour ne pas être victime deux fois », *Dr. ouvr*. Avril 2011 ; le colloque organisé par l'institut du Travail de Bordeaux, « Préjudices et indemnisation en Droit social », *Dr. ouvr*. Août 2015.
[9] La mise en place d'un barème a été pensée dans l'ANI sur la sécurisation de l'emploi du 11 janvier 2013 à l'article 25, reprise par l'art. 266 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite *Loi Macron*, *JO* n° 0181 du 7 août 2015 p. 13537, censurée par le conseil constitutionnel (Cons. const., n° 2015-715 DC, 5 août 2015, *JO*, 7 août 2015, p. 13616, *AJDA* 2015, p. 1570 ; *Constitutions* 2015, p.555, note J.-F. Giacuzzo), reproposée en 2016 (Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, dit projet de loi *El Khomri*) avant d'être retirée du projet de loi par le Gouvernement suite aux réactions de l'opinion publique, V. not. la pétition « *Loi travail : non, merci !* » manifestant le désaccord avec le projet de loi *El Khomri*, présenté le 24 mars 2016 au Conseil des ministres, qui a recueilli plus d'un million de signature. V. aussi A. Lyon-Caen, « Complexité du barème », *RDT* 2016, p. 65.

développer »[10], il faudrait, en effet, annihiler « *les incertitudes consécutives à un licenciement [qui] dissuadent les employeurs d'embaucher. Aussi, afin de libérer les désirs d'embauche, convient-il de mieux sécuriser la rupture, en la soustrayant à un contrôle judiciaire trop intrusif* »[11]. Faut-il « *se préoccuper le moins possible du salarié qui subit un préjudice en raison d'une perte injustifiée* »[12] ? Faut-il admettre que le droit du travail devienne seulement « *un droit qui tend à réguler l'entrée et la sortie du marché du travail* »[13] ? Une chose est certaine, la question du recours aux barèmes en droit du travail a contribué à placer la réparation du préjudice au cœur des réflexions relatives à la réforme du droit du travail[14]. Elle pose la question de la migration d'un modèle social vers un autre[15], celui de la « *flexicurité*[16] *qui raisonne en termes d'adaptabilité,*

---

[10] Dossier de presse disponible à l'adresse suivante : http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/04-11-2015_dossier_de_presse_-_orientations_du_gouvernement_pour_la_reforme_du_code_du_travail-2.pdf

[11] T. Sachs, « Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique », *RDT* 2015, p. 1019.

[12] A. Lyon-Caen, « Plafond », *RDT* 2015, p. 489.

[13] *Ibid.*

[14] Sur ce débat, V. la conférence de presse du Président de la République du 7 septembre 2015 et celle du Premier ministre le 9 septembre 2015, *JCP S* 2015.332 ; dossier de presse du Ministère du Travail du 4 novembre 2015, *JCP* S 2015.436 ; discours du Premier ministre du 25 janvier 2016 ; Rapport Badinter du 25 janvier 2016, *JCP* S 2016.54 ; rapport au Premier ministre, *Les principes essentiels du droit du travail*, janvier 2016.

Pour les réactions de la doctrine : P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, Paris, 2015 ; J. Dirringer, E. Dockès, G. Etiévant, P. Le Moal et M. Mangenot, *Le Code du travail en sursis ?*, Syllepse, Paris, 2015 ; G. Pignarre, « Robert Badinter, Antoine Lyon-Caen, Le travail et la loi », *RTD civ*. 2015, p. 731 ; M. Véricel, « Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ? », *Dr. soc*. 2015, p. 833 ; B. Boubli, « Dérégulation ou simplification ? Une ambiguïté à lever », *SSL* 2015, n° 1699, p. 6 ; J.-D. Combrexelle, « Un nouveau Code du travail dans quatre ans », *SSL* 2015, n° 1691, p. 3 ; P. Lokiec, « Les idéologues de la simplification », *SSL* 2015, n° 1677, p. 4 ; « Les 61 principes ne lèvent en rien les inquiétudes suscitées par le futur code du travail », *SSL* 2016, n° 1708, p. 8 ; Ch. Radé, « Le code a changé », *Dr. soc*. 2016, p. 1 ; entretien avec G. Dumortier et L. Pécaut-Rivolier, « Des principes du droit du travail modernes », *SSL* 2016, n° 1708, p. 3 ; M. Bonnechère, « Où va le droit du travail ? », *Dr. ouvr*. 2016, p. 315 ; P. Adam, « Réformer et re-former – Pour un droit (du travail) debout, *Dr. soc*. 2016, p. 489 ; A. Jeammaud et M. Véricel, « Échos d'un colloque "Réformer le Code du travail : pour quoi faire ?" », *SSL* 2016, n° 1729, p 5.

[15] A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, préface de la seconde édition, Flammarion, Paris, 2016, p. XVI : « *Réformer le droit du travail exige de prendre la mesure de l'extrême complexité et des transformations profondes de la division du travail dans le monde contemporain, et d'imaginer sur cette base des catégories juridiques nouvelles, propres à favoriser la liberté, la sécurité et la responsabilité de tous les travailleurs* ». Le Professeur Supiot évoque l'épuisement du modèle industriel de l'emploi, hérité de l'âge « fordiste » en raison des « *transformations profondes des modes de vie et d'organisation du travail [qui] obligent à rompre avec une vision purement quantitative et instrumentale du travail* ». Il appelle à « *une nouvelle protection sociale indexée sur la vie de travail et la liberté dans le travail et non plus seulement sur l'emploi et la subordination* ». « *Il s'agit de promouvoir la liberté dans le travail et de faire en sorte que tout être humain puisse se réaliser au mieux dans l'accomplissement de tâches utiles à ses semblables* ».

Cette proposition est loin de la « flexicurité » promue par d'autres auteurs. Dans cette conception, les contraintes du marché doivent conduire à adapter l'homme au travail, V. not., M. de Virville, (sous la dir.), *Pour un code du travail plus efficace*, La documentation française, 2004, p. 28 : la commission s'est attachée « *à réfléchir aux moyens de mieux sécuriser la relation de travail compte tenu des contraintes économiques qui s'exercent sur les entreprises et sur les salariés et de permettre le développement de nouvelles formes d'emploi* » ; P. Cahuc et F. Kramarz, (sous la dir.), *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, La documentation française, 2005, p. 34 : « *la France cumule une législation sur les licenciements parmi les plus procédurières, […] et un sentiment de précarité largement*

d'efficacité économique, de marché, de capital humain et d'employabilité »[17]. La réparation du préjudice à travers « *la tentation du barème* »[18] illustre ce « *processus de glissement vers un droit du marché du travail marqué par l'effacement de la spécificité juridique du rapport d'emploi* »[19], à côté du motif économique[20] ou de la durée du travail[21].

2. Malgré cet intérêt renouvelé, les travaux d'ampleur sur la réparation du préjudice ne prennent pas pour point de départ le droit du travail. Les auteurs lui préfèrent le droit commun[22], le droit comparé[23], le droit administratif[24] ou le droit des régimes spéciaux[25].

On peut imaginer que le droit du travail ne mérite pas d'étude particulière car la question de la réparation des préjudices est en grande partie résolue par la loi de 1898[26] relative aux accidents du travail. Par cette dernière, le législateur n'exige plus seulement des mesures de prévention[27], il assure « *aux victimes des accidents une indemnité pour les*

---

ressenti par les salariés. À l'inverse, le Danemark semble concilier une réglementation de l'emploi peu contraignante et un fort sentiment de sécurité de l'emploi » ; M. Camdessus, (sous la dir.), *Le sursaut - Vers une nouvelle croissance pour la France*, La documentation française, 2004 et J. Attali, (sous la dir.), *La libération de la croissance française : 300 décisions pour changer la France*, La documentation française, 2008 qui appellent à une « fluidification » du marché du travail.

[16] *Liaisons sociales Europe*, n° 145, « La magie s'opère autour de la flexisécurité » et n° 162, « La flexicurité comme remède à tous les maux » ; J.-C. Barbier, « Apprendre vraiment du Danemark : réflexion sur le "miracle danois" », Centre d'Études de l'Emploi, 05/02, p. 1.

[17] A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, *op. cit*., p. XXXIV.

[18] G. Bargain et T. Sachs, « La tentation du barème », *RDT* 2016, p. 251.

[19] *Ibid*, p. 257.

[20] V. not., F. Favennec-Héry, « Réforme de la durée du travail : bouleversement, adaptation ou rupture ? », *SSL* 2016, n° 1714, p. 7 ; F. Géa, « Comprendre... ou pas. Art. 30 bis de l'avant-projet de Loi Travail », *RDT* 2016 p. 170 ; P. Lokiec, « Le motif économique malmené dans le projet de loi Travail », *SSL* 2016, n° 1718, p. 4 ; A. Martinon, « Emploi et licenciements économiques », *Dr. soc*. 2016, p. 324.

[21] Groupe de recherche pour un autre code du travail, « Pour un autre droit du temps de travail », *Dr. soc*., 2016, p. 422.

[22] L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Dalloz, Paris, 1933 ; M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, Paris, 1974 ; Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, 1983 ; C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002 ; X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 2004 ; C. Le Gallou, *La notion d'indemnité en droit privé*, LGDJ Paris, 2007 ; A. Lamothe, *L'indemnisation de la victime en droit de la responsabilité civile*, th. dactyl., Paris II, 2010.

[23] L. Reiss, *Le juge et le préjudice, Étude comparée des droits français et anglais*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2003, O. Boskovic, *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2003 ; B. Dubuisson et P. Jourdain (sous la dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Études de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2015.

[24] M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1998.

[25] Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Le droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisations*, 7ème éd., Dalloz, Paris 2012 ; J. Knetsch, *Les fonds d'indemnisation et la responsabilité*, LGDJ, Paris, 2013.

[26] L. du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail, *JO* du 10 avril 1898 p. 2209 pour les accidents du travail ; L. du 25 octobre 1919 étend aux maladies d'origine professionnelle la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, *JO* du 27 octobre 1919 p. 11973. V. not., J. Farmond, *Du caractère forfaitaire des indemnités allouées en vertu de la loi du 9 avril 1898*, A. Rousseau, Paris, 1914.

[27] L. 12 juin 1893, concernant l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels, *JO* du 13 juin 1893 p. 2910.

mettre, elles ou leur famille, à l'abri de la misère »[28]. La faute, condition du système de la responsabilité délictuelle[29], est alors remplacée par le risque[30] professionnel, mis à la seule charge de l'employeur. La responsabilité fait progressivement place à la solidarité[31]. Ce moyen de réparation collective semble satisfaisant pour compenser les préjudices nés du dommage corporel du salarié. Or, la remise en cause de ce système par le Conseil constitutionnel[32] illustre ses insuffisances. Le salarié, victime d'une faute inexcusable doit pouvoir « *demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du Code de la sécurité sociale* »[33]. Le système de 1898 ne répond plus à la demande en réparation des dommages corporels du salarié. La montée en puissance de la thématique de la protection de la santé au travail[34], tant en doctrine[35] , que dans la jurisprudence[36] ou encore dans la loi[37], s'illustre à travers l'émergence de nouveaux fondements d'actions en réparation, en dehors de ce système de réparation collective. Risques psychosociaux[38], suicide au travail[39], ou encore exposition à l'amiante[40] ont

---

[28] G. Aubin et J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, 1995, p. 234.

[29] O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, LGDJ, Paris, 2005.

[30] L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, A. Rousseau, Paris, 1897 ; R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, A. Rousseau, Paris, 1897.

[31] Si l'assurance n'est pas encore obligatoire, elle devient une pratique courante. Posant l'obligation d'assurance, V. not., les ordonnances n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, *JO* du 6 octobre 1945 page 6280, n° 45-2453 du 19 octobre 1945 modifiant et codifiant la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles et adaptant cette législation à l'organisation de la sécurité sociale, *JO* du 20 octobre 1945 p. 6714, complétées par la loi n° 46-2426 du 30 octobre 1946 sur la prévention et la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, *JO* du 31 octobre 1946 p. 9273.

[32] Cons. const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *AJDA* 2010, p. 1232 ; *D*. 2010, p. 1634 ; *D*. 2011, p. 35, obs. Ph. Brun et O. Gout ; *JCP* S 2010.1361, note G. Vachet ; *Constitutions* 2010, p. 413, comm. Ch. Radé ; H. Groutel, « Lutte armée contre l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale », *RCA* 2010, chron. n° 8 ; S. Porchy-Simon, « L'indemnisation des préjudices des victimes de faute inexcusable à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : réelle avancée ou espoir déçu ? », *D*. 2011, p. 459.

[33] *Ibid*., considérant 18.

[34] S. Buzzi, J.-C. Devinck et P.-A. Rosental, *La santé au travail 1880-2006*, La Découverte, Paris, 2006.

[35] V. not. I. Billiard, *Santé mentale et travail, l'émergence de la psychopathologie du travail*, La Dispute, Paris, 2001 ; L. Lerouge, *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, LGDJ, Paris, 2005 ; N. Dedessus-Le-Moustier et F. Douguet (coord.), *La santé au travail à l'épreuve des nouveaux risques?*, Lavoisier, Paris, 2010 ; P. Adam et A. Bilheran, *La prévention des risques psychosociaux en entreprise*, Armand Colin, Paris, 2011 ; M. Blatman, S. Bourgeot et P.-Y. Verkindt, *L'état de santé du salarié*, Liaisons, Paris, 2014.

[36] Avec l'avènement d'une obligation de sécurité de résultat, Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-11793 et n° 99-18390, *Bull. civ*. V, n° 81, *Cf. infra*. « L'obligation de sécurité de résultat et l'assurance d'une réparation des préjudices », p. 147.

[37] Art. L. 4121-1 C. trav. : « *L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ».

[38] V. not., P. Adam, « Le droit du travail français, à l'épreuve des risques psychosociaux (perspectives contentieuses) », *in* L. Lerouge (sous la dir.), *Risques psychosociaux au travail : Étude comparée Espagne, France, Grèce, Italie, Portugal*, L'harmattan, Paris, 2009, p. 93.

[39] V. not., H. Vacquin, « Des 30 ans d'ultralibéralisme aux suicides du travail », *Dr. soc*. 2010, p. 255 ; G. Pignarre, « Souffrance au travail et réparation des risques professionnels », *RDT* 2010, p. 305 ;

permis de renouveler les prétentions des salariés. Parmi les réponses offertes par les juges, l'on trouve la présomption de préjudice[41] ou la découverte du préjudice d'anxiété[42]. Ces changements traduisent la façon dont les mécanismes du droit civil sont venus pallier les insuffisances de la loi de 1898[43].

On peut alors penser que l'étude de la réparation du préjudice en droit du travail est inutile car les règles du droit civil suffisent[44]. Certes, le droit du travail est né « *des amours tumultueuses du droit civil […] et du droit administratif* »[45] et il a hérité du droit civil sa nature contractuelle[46] et la responsabilité civile. Or, au tournant du XIXème siècle, « *la critique des postulats de l'autonomie de la volonté se systémise […]. Doctrine absurde et pernicieuse […] désormais, que cet individualisme rationaliste, hérité de la Révolution, qui confère à l'homme abstrait, isolé de son milieu social, une volonté libre et souveraine, source unique et seule fin du droit. […] Ces conceptions méconnaissent gravement la nature organique du groupement social, l'existence d'une norme de justice supérieure au contrat* »[47]. L'État doit assurer le respect de cette norme de justice. Une catégorie d'individus peut en effet appeler « *un traitement préférentiel, protecteur*[48]. *Tel est le sens de cette partie de la législation dite sociale où se trouvent réglés les rapports*

L. Lerouge, « Suicide du salarié et faute inexcusable de l'employeur : quelles évolutions juridiques ? », *RDSS* 2012, p. 373.

[40] V. not., Y. Saint-Jours, « Les cancers professionnels : identification, réparation, prévention », *Dr. soc*. 1995, p. 520 ; N. Molfessis, « Les victimes de l'amiante et le principe de réparation intégrale en quête de cour suprême », *RTD civ*. 2001, p. 229.

[41] *Cf. infra*, *Le préjudice présumé.*

[42] Cass. soc., 11 mai 2010, n° 09-42241 à 09-42257, *Bull. civ*. V, n° 106, *JCP* G 2010.733, note J. Bardellina et V. Renaux-Personnic ; *JCP* G 2010.1015, n° 1, obs. C. Bloch ; *JCP* S 2010.1261, obs. G. Vachet ; *Dr. soc*. 2010, p. 839, avis J. Duplas ; *D*. 2010, p. 2048, note C. Bernard ; *D.* 2011, p. 35, obs. O. Gout ; *D.* 2012, p. 901, obs. P. Lokiec ; *RTD civ*. 2010, p. 564, obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal*. 21 déc. 2010, p. 46, obs. J.-P. Teissonnière. C*f. infra.Le préjudice présumé*, p. 159.

[43] Alors même que cette loi devait « *pallier l'insuffisance des règles du Code civil* », F. Leduc, « L'œuvre du législateur : vices et vertus des régimes spéciaux », *RCA*, hors-série, n° 6 bis, juin 2001, p. 50, n° 1.

[44] S'affranchir du droit civil pourrait faire *« sombrer […] dans le dénuement et la misère* » le droit du travail, G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux de droit civil en droit du travail », *RTD civ*. 1974, p. 231.

[45] Ch. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, Paris, 1997, p. 1.

[46] Régissant les relations professionnelles, individuelles et collectives entre les employeurs et les salariés, il est « *un droit de subordination : il y a d'un côté ceux qui commandent, et de l'autre ceux qui obéissent, qui acceptent, moyennant rémunération, d'œuvrer pour le compte et sous l'autorité d'autrui* », G. Aubin et J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, Paris, 1995, p. 9.

[47] *Ibid*., p. 180.

[48] Ce besoin de protection est né du constat de l'insuffisance du droit civil pour résoudre les défis de la société industrialisée de la France dans la seconde moitié du XIXème siècle. Face au machinisme et aux accidents du travail subséquents, le droit civil n'offrait en réponse que la responsabilité personnelle pour faute de l'employeur, laissant l'ouvrier seul face à une preuve difficile à rapporter. Ensuite, les engagements perpétuels étant interdits en droit civil, le contrat de travail pouvait être rompu, par l'employeur, sans indemnité ni préavis, sauf à démontrer un abus. Il appartenait une fois de plus au salarié de supporter la charge de la preuve, pour démontrer l'intention de nuire ou la légèreté blâmable de l'employeur. Seule une intervention législative pouvait combler ces imperfections.

contractuels entre patrons et ouvriers, employeurs et employés. […]Le but de la loi n'est pas d'affirmer ou de réaliser une égalité de fait qui dépasse sa puissance. Simplement, elle entend prévenir les abus dont l'inégalité pourrait être la cause, spécialement à l'égard de la loi contractuelle qui résultera de l'accord des parties »[49]. Le droit du travail se distingue donc du droit civil par des préoccupations différentes. Le dernier « *magnifiait, […] au plus haut point, la liberté de l'homme créatrice du droit […] [et] marquait deux corollaires de cette liberté : la responsabilité de l'homme qui, faisant sa loi, engageait sa foi, en même temps que celle de l'autre partie, et l'égalité humaine, car, dans le contrat, les deux parties étaient sur le même rang, chacune y concourant avec sa liberté d'homme* »[50]. La logique du premier est différente[51] puisqu'elle est fondée sur le constat d'une relation juridique déséquilibrée. Il s'agit alors de redistribuer les rapports de force, en imposant à l'employeur, de manière statutaire, certaines limites à ses prérogatives et en offrant aux salariés certaines garanties[52], individuelles et collectives[53]. « *Animé, dès ses origines, par un double mouvement d'attraction et de répulsion par le jeu des forces centrifuges qui détachent le droit du travail du droit commun et centripètes qui l'enracinent au sein du droit privé[…], le droit du travail s'est ainsi développé de manière exponentielle depuis sa création* »[54]. Bien qu'aujourd'hui sa croissance soit critiquée[55], il reste une matière marquée par son émancipation du droit civil au profit d'un

---

[49] J. Dabin, « Droit de classe et droit commun », *in Introduction à l'étude du droit comparé, recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, LGDJ, Paris, 1938, t. 3, p. 73.

[50] R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2ème éd., Dalloz, Paris, 1952, p. 19.

[51] Quoi que, désormais, le droit civil prenne lui aussi en compte cette idée de déséquilibre avec l'introduction du nouvel article 1169 dans le Code civil : « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ».
V. aussi J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ*. 1994, p. 239 ; J. Rochfeld, « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ*. 2001, p. 671 ; P. Sirinelli, « L'équilibre dans le contenu du contrat », *Dalloz IP/IT* (Droit de la propriété intellectuelle et du numérique), 2016, p. 240.

[52] V. J. Barthélémy, « Hiérarchie des normes, fonction protectrice du droit du travail et sécurisation de l'emploi », *RJS* 2/16, p. 104.

[53] Bien que la liberté préside à tous les contrats, des « *inflexions fondamentales sont données au régime : l'individu […] a le droit de s'associer pour la défense de ses intérêts professionnels et sociaux* » : M. Bouvier-Ajam, *Histoire du travail en France depuis la Révolution*, LGDJ, Paris, 1969, p. 165 ; il est ensuite confié aux partenaires sociaux de déterminer les conditions de travail aux lieu et place du salarié. V. J.-P. Le Crom (sous la dir.), *Deux siècles de droit du travail*, Les éditions de l'Atelier, Paris, 1998 et spéc. F. Soubiran-Paillet, « De nouvelles règles du jeu ? Le décret d'Allarde (2-17 mars 1791) et la loi Le Chapelier (14-17 juin 1791) », p. 17 ; N. Olszak, « La défense collective des intérêts : la loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels », p. 61 ; C. Didry, « La nouvelle jeunesse des conventions collectives : la loi du 24 juin 1936 », p. 129 ; A. Supiot, « Autopsie du "citoyen dans l'entreprise" : le rapport Auroux sur le droit des travailleurs », p. 265.

[54] Ch. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile, op. cit*., p. 4.

[55] V. déjà, G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ*. 1974, p. 229 ; B. Teyssié, « Faut-il brûler le Code du travail ? », *Dr. soc*. 1986, p. 559.

meilleur équilibre entre les parties. Il serait donc étonnant que la réparation du préjudice n'ait pas, elle aussi, fait l'objet d'aménagements spécifiques. À tout le moins, peut-on en faire l'hypothèse.

3. C'est pourquoi nous nous donnons comme objectif de rechercher si la réparation du préjudice en droit du travail connaît des particularités, et si oui, de savoir quel en est la substance ou la nature, quels en sont les fondements ou les déterminants. En comparant le droit civil au droit du travail[56], à travers l'analyse des textes, des solutions jurisprudentielles et de la doctrine, nous pourrons vérifier si la réparation du préjudice en droit du travail se distingue de celle connue en droit commun. Une telle étude paraît indispensable pour compléter la doctrine et participer de la connaissance du modèle travailliste. Elle permettra de mieux « *comprendre les dynamiques qui affectent le droit du travail* »[57] et participera, d'une façon plus générale, aux réflexions engagées autour de l'évolution du droit commun de la responsabilité[58].

4. Toutefois, cette mise en miroir avec le droit civil suppose de savoir, au préalable, ce que nous entendons par réparation. « *Le souci d'améliorer l'indemnisation des préjudices* »[59] a en effet transformé[60] le préjudice, en « *pierre angulaire* »[61], en « *Alpha et*

---

[56] Les liens entre le droit du travail et le droit commun constituent une question presque « *obsédante* » en doctrine selon l'expression du Professeur Martinon, *cf.* A. Martinon, « Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? », *LPA* 28 novembre 2012, n° 238, p. 16. V. not., Ch. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, *op. cit.* ; G. couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », *D.* 1975, chron. XXIV ; J. Mestre, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », *Dr. soc.* 1988, p. 405 ; P.-Y. Gautier, « Les interactions du droit civil et du droit du travail », *in* B. Teyssié (sous la dir.), *Les sources du droit du travail*, PUF, Paris, 1998, p. 130 ; M. Fabre-Magnan, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », *SSL* 2002, n° 1095, p. 32.

[57] T. Pasquier, « Le préjudice à la croisée des chemins », *op. cit.*, spéc. p. 741.

[58] La question est renouvelée avec la publication de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité et l'appel à consultation publique lancé le 29 avril 2016 par J.-J. Urvoas, garde des Sceaux ; *JCP E* 2016.380. V. aussi, L. Engel, *La responsabilité en crise*, Hachette, Paris, 1995 ; du même auteur, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité », *in* Esprit, juin 1993, p. 5 ; Ch. Radé, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 2 – Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté », *D.* 1999, p. 323 ; A. Sériaux, « L'avenir de la responsabilité civile ; quel(s) fondement(s) ? », *RCA* hors-série, n° 6 bis, juin 2001, p. 58 ; G. Viney, « Le droit de la responsabilité dans l'avant-projet Catala », *in La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, Paris, 2007, p. 473 ; L. Béteille et A. Anzioni, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », *D.* 2009, p. 2328 ; G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009, p. 2944.

[59] L. Cadiet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offert à Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, p. 495, spéc. p. 499.

[60] Parmi toutes les conditions de la responsabilité civile (fait générateur, lien de causalité et préjudice), l'exigence d'un préjudice est certainement celle qui a, jusqu'à présent, le moins retenu l'attention de la doctrine. Le Code civil de 1804, qui forme toujours la base du droit de la responsabilité lui réserve une place très modeste tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle. Le préjudice doit exister mais aucune disposition ne précise ce qu'il est, ni ne détermine celui qui est susceptible d'être réparé. Le préjudice apparaissait davantage comme une question de fait qu'une question de droit, sans que le Code civil n'en fixe de filtre.

Omega »[62] du droit de la responsabilité. « *Jamais le concept de responsabilité n'a eu autant de succès dans notre société (notre temps est paraît-il celui des responsables), et jamais la "soif de réparation" n'a été aussi grande* » [63]. Or, bien que la réparation du préjudice s'organise autour de quelques principes[64] de portée générale – il convient de réparer tout le préjudice (en nature ou par équivalent) mais rien que lui, après une appréciation *in concreto* des circonstances propres à la victime et au cas d'espèce –, la matière est largement laissée à l'appréciation des juges et des plaideurs. « *Si on peut comprendre que la réparation ne soit pas soumise à des conditions strictement identiques selon les types de risques auxquels on a affaire, on conçoit moins aisément que dans sa mise en œuvre pratique, elle n'obéisse pas à un ensemble de règles, sinon uniforme, du moins harmonieux* »[65]. Il importe donc de préciser quelle définition nous retiendrons de la réparation (§1) au regard des différents travaux doctrinaux, menés en droit civil, qui la distinguent d'autres mesures (§2).

§1. Définition « positive » de la réparation

5. La doctrine s'accorde[66] pour dire que la réparation est une fonction de la responsabilité (A) qui vise à supprimer le préjudice (B), de façon à remettre la victime dans l'état qui aurait été le sien si le dommage ne s'était jamais produit[67].

---

[61] X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, *op. cit*., n° 1.

[62] L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », *in Les métamorphoses de la responsabilité*, 6ème journée R. Savatier, PUF, Paris, 1997, p. 37.

[63] Ph. Brun, « Rapport introductif », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle. Bilan prospectif*, Colloque 7-8 décembre 2000, Chambéry, *RCA* hors-série, n° 6 bis, juin 2001, p. 4.

[64] Sur la notion de principe, V. A. Jeammaud, « Des principes du droit du travail », *SSL* 2015, n° 1703, p. 9.

[65] Ph. Brun, « Aspects juridiques », *in L'indemnisation du dommage corporel : une réparation à géométrie variable*, *Gaz. pal.*, 19 avril 2008, n° 110, p. 7

[66] H.L.J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 6ème éd., Montchrestien, Paris, 1978, n° 374 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*¸ LexisNexis, Paris, 2009, n° 1 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique*, 14ème éd., Armand Colin, Paris, 2011, n° 61 ; Ph. Le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2014, n° 3 ; P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, 9ème éd., Dalloz, Paris, 2014, p. 3.

[67] V. la formule employée par la Cour de cassation : « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se trouvait si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* », Cass. civ., 2ème, 28 octobre 1954, *Bull. civ*., II, n° 328, *JCP* 1955.II.8765, note R. Savatier ; *RTD civ*. 1955, p. 324, n° 34, obs. H. et L. Mazeaud ; *Gaz. Pal*. 1955, 1, p. 10 ; Cass. civ. 2ème, 12 octobre 1962, *Bull. civ*., II, n° 647 ; Cass. civ., 2ème, 19 novembre 1975, *Bull. civ*., II, n° 302, Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-20169.

A. L'« *objet de la responsabilité* »[68]

6. L'auteur du dommage doit *répondre*[69] de celui-ci « *devant la justice et en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires, etc* »[70]. Il s'agit là de la responsabilité juridique, qui ne se confond pas avec les responsabilités non juridiques que sont « *la responsabilité morale (qui relève de la conscience), la responsabilité sociale (ne se traduisant que dans un jugement de valeur porté par les autres citoyens, bien que pouvant comporter des conséquences, tel l'ostracisme jeté contre l'agent) ou la responsabilité politique (du gouvernement devant le Parlement et, d'une certaine façon, de tous les élus devant le peuple*) »[71]. Au sein de cette responsabilité juridique, l'on trouve, d'une part la responsabilité civile dont le but est de « *dédommager un particulier du préjudice qui lui a été causé par autrui* »[72] et d'autre part, la responsabilité pénale dont le but est « *de réprimer les faits qui portent atteinte à l'ordre social* »[73]. La différence entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile est *a priori* assez simple : la première punit[74], la seconde répare[75]. La distinction est toutefois remise en cause par une partie de la doctrine[76], car les deux responsabilités entretiennent de nombreuses interactions[77]. En dépit de ces points de convergence, leurs objectifs ne sont pas les mêmes. La responsabilité pénale crée « *l'obligation pour une personne impliquée dans une infraction d'en assurer les conséquences pénales, c'est-à-dire de subir la sanction*

---

[68] L. Cadiet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit*. spéc. p. 496.

[69] En latin, *reparatio*, de *reparare* : remettre en l'état, *in*, G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 9ème édition mise à jour « Quadringe », PUF, Paris, 2009, V. « Réparation » ; O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, Paris, 2005, p. 5 ; M. Villey, « Esquisse historique sur le mot responsable », *in La responsabilité*, *APD*, t. 22, 1977, p. 45.

[70] G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V. « Responsabilité ».

[71] Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2014, n° 2.

[72] E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Sirey, Paris, 1937, p. 299.

[73] *Ibid*.

[74] Elle réprime les comportements antisociaux. Lorsque les atteintes à l'ordre public ont été érigées en infractions, son auteur supportera la peine prononcée à son égard.

[75] Art. 1231 et 1240 C. civ. : le responsable doit réparer le préjudice de la victime, de façon à atteindre le retour au *statu quo ante*.

[76] V. not., N. Rias, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, th. dactyl., Lyon III, 2006 ; J.-Ch. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité punitive ? », *RCA* mai 2013, dossier 23.

[77] Citons par exemple, l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, V. not., P. Hébraud, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Sirey, Paris, 1929 ; P. Maistre du Chambon, « La responsabilité civile sous les fourches caudines du juge pénal », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle : bilan prospectif*, *RCA* hors série, juin 2001, p. 25.
Ce sont aussi la sanction-réparation prévue à l'art. 131-8-1 C. pén. et l'introduction par le législateur de nombreuses peines tendant à la cessation de l'activité délictuelle (injonction, astreintes, etc.) qui invitent à la confusion.

attachée à cette infraction »[78]. Elle existe indépendamment d'un préjudice subi par autrui, elle ne s'y intéresse pas. Alors qu'un fait n'entraîne la responsabilité civile de son auteur qu'à la condition d'avoir causé un préjudice à autrui, et indépendamment de la faute de son auteur. Étudier la réparation du préjudice suppose donc de ne s'intéresser qu'aux mécanismes de la responsabilité civile.

Celle-ci est à la fois un mécanisme de « *désignation de l'auteur d'un acte* » et « *d'attribution des conséquences de celui-ci* »[79]. L'auteur ainsi désigné doit réparer le préjudice causé. Bien que l'attention de la doctrine se soit surtout concentrée sur les conditions de la responsabilité[80] – un fait générateur, un préjudice, un lien de causalité – et sur le déclin de la faute en tant que fait générateur privilégié de la responsabilité[81], la fonction de réparation du préjudice[82] de la responsabilité intéresse désormais davantage. Nous serions, pour certains, entrés dans l'ère de « *l'idéologie de la réparation* »[83]. Le préjudice doit être réparé, il doit n'avoir « *été qu'un rêve* » [84].

B. La disparition du préjudice

7. Pour que le préjudice n'ait été qu'un rêve, il faut en effacer les conséquences. Or, avant de penser au moyen permettant cette disparition, une controverse doctrinale apparaît. Faut-il faire disparaître le dommage ou le préjudice ? Certains considèrent que

---

[78] J. Pradel, *Droit pénal général*, 17ème éd., Cujas, Paris, 2008/2009, n° 404.
[79] G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Paris, 1965, p. 2.
[80] L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », *op. cit*., p. 38.
[81] Reléguant la faute à un second plan, la théorie du risque s'est développée, V. R. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, A. Rousseau éd., Paris, 1897. Pour l'auteur, toute activité faisant naître un risque pour autrui rend son auteur responsable du préjudice qu'elle peut causer, sans qu'il y ait à établir une faute à son origine.
Surtout, interprétant cinq articles du Code civil, les juges consacrent un principe général de responsabilité du fait des choses (Cass. civ., 16 juin 1896, *S*. 1897, p. 17, note P. Esmein : la célèbre affaire *Teffaine*, par laquelle la Cour de cassation énonce le principe général de responsabilité du fait des choses contenu dans l'article 1242 C. civ. (anc. 1384, alinéa 1). Principe devenu par la suite, véritable présomption de responsabilité (Ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, *D.* 1930.1.57, concl. Matter, note G. Ripert : « *la présomption de responsabilité établie par l'article 1384 §1, c. civ. à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable* »).
Enfin, la mise en place d'une action directe de la victime contre l'assureur du responsable confirmera les efforts produits en faveur des victimes, L. du 13 juillet 1930 *dite Godart* relative au contrat d'assurances, *JO* 18 juillet 1930 p. 8003, spéc. art. 53 devenu l'art. L. 124-3 C. Assur.
[82] Ph. Le Tourneau, « Des mérites et vertus de la responsabilité civile », *Gaz. pal*. 18 mai 1985, p. 283, spéc. p. 284 : les juridictions ont affirmé trois principes fondamentaux de la responsabilité civile : « *la responsabilité civile a pour finalité de prévenir les dommages ; elle a vocation à l'universalité ; enfin, le droit d'obtenir réparation est un principe général* ».
[83] L. Cadiet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit.*, spéc. p. 496.
[84] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, vol. II, *op. cit*., p. 2253.

les deux termes doivent être utilisés indifféremment[85], quand d'autres privilégient une distinction selon laquelle « *le dommage n'est pas l'équivalent mais la cause du préjudice* »[86] ou tout du moins, la traduction juridique du dommage réparable[87]. « *Une chose est la lésion, l'atteinte, celles des corps (dommage corporel), des choses (dommages matériels), des sentiments (dommage moral) ; autre chose sont les répercussions de la lésion, de l'atteinte, répercussions sur le patrimoine, répercussions sur la personne de la victime, sur ses avoirs (préjudice patrimonial) et sur son être (préjudice extrapatrimonial)* »[88]. Ainsi, il faut accepter le dommage comme un fait objectivement perceptible, dépourvu de toute signification juridique. Il existe indépendamment de l'idée que peut s'en faire la victime. Dans son sillon, le préjudice traduit la signification juridique de ce dommage et en constitue l'approche indemnitaire. Donc, « *il peut y avoir dommage "sans" préjudice. En revanche, tout préjudice a sa source dans un dommage* »[89].

La distinction a trouvé un accueil favorable dans la doctrine française. Toutefois, différencier les deux notions « *c'est, qu'on le veuille ou non, introduire un facteur de complexité dans l'appréhension des conditions de la responsabilité, puisque cela revient à faire passer le nombre de celles-ci de trois (fait générateur, dommage, lien de causalité) à cinq (fait générateur, dommage, préjudice, plus deux relations causales : l'une entre le fait générateur et le dommage, l'autre entre le dommage et le préjudice)* »[90]. Sans oublier que le préjudice, bien qu'encadré par un certain nombre de règles juridiques, repose nécessairement sur une base factuelle qu'il serait *« regrettable d'isoler aussi drastiquement* »[91]. Malgré ce risque de difficulté supplémentaire, certains

---

[85] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, vol. II, *op. cit*., p. 2269 ; Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, *op. cit.*, p. 1040, l'auteur renvoie à préjudice pour définir le dommage ; G. Cornu, (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V. « Dommage » et « Préjudice », l'auteur explique que le dommage est encore appelé préjudice ; G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité, op. cit*., n° 26 et 57 : les auteurs envisagent la réparation en nature du dommage et l'équivalence entre le dommage et l'indemnisation ; M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation, op. cit*., p. 483 et 485 : l'auteur renvoie à la notion de préjudice corporel pour apprécier le préjudice à la personne et à la notion de dommage aux biens pour apprécie le préjudice patrimonial

[86] M. Le Roy, *La réparation des dommages en cas de lésions corporelles : préjudice d'agrément et préjudice économique*, *D.* 1979, p. 49.

[87] V. Dang-Vu, *L'indemnisation du préjudice corporel*, 3e éd., L'Harmattan, Paris, 2010, p. 32 ; Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Le droit du dommage corporel*, *Systèmes d'indemnisations*, *op. cit.*, p. 21 ; L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », *op. cit*., spéc. p. 63 ; V. aussi, S. Rouxel, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, th. Grenoble, 1994.

[88] Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit*., n° 101.

[89] V. Dang-Vu, *L'indemnisation du préjudice corporel, op. cit*., p. 33.

[90] F. Leduc, « *Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ?: point de vue privatiste* », *RCA*, mars 2010, Dossier 3.

[91] X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 10.

domaines semblent parfaitement justifier la distinction. C'est ainsi le cas lorsque le siège de l'atteinte a une existence physique, et tout particulièrement lorsqu'il y a dommage corporel. Ce dernier s'observe de façon objective et donne lieu à une constatation médicale, alors que le préjudice est empreint d'individualité et son évaluation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond[92].

Surtout, la consécration doctrinale de cette distinction en droit à la réparation du dommage corporel[93], et sa consécration dans le Code de la consommation, nous incitent à la retenir pour le droit de la réparation en droit du travail. La loi du 17 mars 2014[94], plus connue pour l'action de groupe qu'elle introduit en droit français, utilise en effet une terminologie qui consacre le dommage et le préjudice comme deux notions distinctes. L'article L. 623-1 du Code de la consommation dispose : « *l'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs* ». Avec cette formule, le préjudice apparaît bien comme la conséquence juridique du dommage. Cependant, même consacrée par le législateur, cette distinction n'éclaire que partiellement la notion de préjudice.

8. Couramment, le préjudice s'entend de la *« perte d'un bien, d'un avantage par le fait d'autrui ; [un] acte ou événement nuisible aux intérêts de quelqu'un* »[95]. Pour la personne, le préjudice est donc l'écart entre la situation « normale » et la situation effective après l'événement nuisible qu'elle a subi. À cette définition, le langage juridique français[96] n'apporte que peu de précisions, considérant le préjudice comme la lésion d'un

---

[92] Schématiquement, en cas d'accident du travail, un salarié est amputé d'un doigt : le dommage corporel (l'atteinte en soi) s'observe facilement : il s'agit du doigt coupé. Ce dommage se distingue du fait générateur qu'a pu être la défaillance technique de la machine ou l'erreur humaine. Il se distingue aussi du ou des préjudices qui en résultent (ses répercussions concrètes sur la victime) : perte de salaires pendant son arrêt de travail, *pretium doloris*, préjudice moral, …
La distinction est aussi applicable au dommage sans assise physique. Prenons par exemple le licenciement injustifié d'un salarié. Le dommage est constitué par la perte d'emploi et fait naître divers préjudices au sein desquels la perte de gains occupe la première place.

[93] V. les rapports Lambert-Faivre, « L'indemnisation du dommage corporel », La documentation française, juin 2003, p. 9 et s. et Dintilhac, « Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels », La documentation française, juillet 2005, p. 2.

[94] La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JO*, 18 mars 2014, p. 5400.

[95] *Le Petit Robert*, dictionnaire, Le Robert, Paris, 2015, V. « Préjudice ».

[96] L'absence de définition du préjudice apparaît comme une originalité française. Le droit allemand, par exemple, circonscrit la responsabilité à certains intérêts énumérés par la loi, comme l'atteinte à la vie, au corps ou à la propriété, V. F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Dalloz, Paris, 1997. C'est aussi le droit italien qui répare certains dommages non patrimoniaux, à condition qu'ils entrent dans une des catégories limitativement prévues, V. M. Fabre-Magnan, « Le dommage existentiel », *D.* 2010, p. 2376, spéc. p. 2377 : le Professeur Fabre-Magnan explique que cette absence de définition fait dire aux juristes étrangers que notre droit de la responsabilité a une « *conception naturaliste* » du dommage, par opposition à d'autres droits qui en possèdent une conception plus « *normative* ».

intérêt[97]. La doctrine préfère présenter les typologies de préjudices plutôt qu'une définition systématique. Nous retrouvons ainsi le préjudice corporel, esthétique, patrimonial, pécuniaire, matériel et moral[98] sans définition générale du préjudice. Face au sentiment d'insaisissabilité du préjudice[99], les juges sont obligés de se saisir de la notion. À la découverte de nouveaux préjudices et favorables à certaines demandes d'indemnisation, les juges du fond s'inscrivent comme maîtres de l'évolution de notre droit à réparation en établissant les contours du préjudice. Face à ce pouvoir, la Cour de cassation n'exerce qu'un contrôle léger[100] de leurs motivations[101] et l'absence de textes précis en la matière ne constitue pas un garde-fou efficace. La doctrine tente alors de rationnaliser la multiplication des préjudices réparables avec l'édification de nomenclatures[102]. Le Président Dintilhac[103] explique qu' « *une juste réparation des dommages subis par les victimes de dommages corporels nécessite une égale identification de leurs différents chefs de préjudice* »[104]. Bien que le dommage corporel ait concentré une partie de l'intérêt autour de ce besoin d'établir une nomenclature, il n'est pas exclusif[105]. Il n'est toutefois pas certain que ces nomenclatures suffisent à structurer et définir le préjudice[106]. Elle dévoile, en revanche, un important changement de perception du droit de la responsabilité. Longtemps se sont opposés le dommage patrimonial et le dommage extrapatrimonial, avant que la distinction tende aujourd'hui à s'opérer entre le dommage corporel et le dommage matériel[107]. « *Il y a plus qu'une nuance dans cette évolution, qui n'est pas seulement terminologique. Ce qu'elle exprime*

---

[97] Et non plus la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, Cass. civ., 27 juillet 1937, *Métenier*, *S.* 1938, I, p. 321, note G. Marty ; *D.* 1938, I, p. 5, note R. Savatier, *cf. infra*, sur la souple appréhension de la légitimité, p. 49.

[98] G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, *op.* cit., V. « Préjudice ».

[99] Ph. Brun, « Personne et préjudice », *Revue générale de droit*, 2003, p. 188.

[100] J. Mazars, « La Cour de cassation et l'indemnisation des préjudices », Actes du colloque organisé par la Cour de cassation, « Incertitude et réparation », 2005, disponible sur le site https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_formations_4/2005_2033/publique_incertitude_8058.html.

[101] T. Ivainer, « Le pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation des indemnités réparatrices », *D.* 1972, p. 7.

[102] Sur l'intérêt et la force des nomenclatures, *cf. infra*., p. 284

[103] Président de la deuxième chambre civile, chargé du groupe de travail ayant élaboré une nomenclature des préjudices corporels en 2005, « Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels », *La documentation française*, 2005.

[104] J.-P. Dintilhac, Introduction au rapport proposant la nomenclature des préjudices corporels.

[105] V. not., L. Neyret et G. J. Martin (sous la dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, Paris, 2012.

[106] La classification assure en effet une indemnisation efficace des postes de préjudices répertoriés mais ne définit pas leur contenu.

[107] D'ailleurs le législateur consacre cette distinction, V. not. L. n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *JO* 21 mai 1998, p. 7744 qui crée l'art. 1245-1 C. civ. (anc. 1386-2): « *Les dispositions du présent titre s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne ou à un bien autre que le produit défectueux lui-même* ».

c'est ce que l'on pourrait appeler l'avènement ou la montée de la personne dans le contentieux de la responsabilité »[108]. La nomenclature reste malgré tout insuffisante à saisir la notion de préjudice. Le dommage fait naître divers préjudices patrimoniaux[109] ou extrapatrimoniaux[110], mais pourquoi le Droit accepte-t-il de les réparer ? Le préjudice juridique n'est pas le préjudice « social », car la règle de droit opère une sélection dans la lésion des intérêts qui aboutit à la réparation des seuls préjudices jugés réparables.

9. En guise de point de repère, nous retiendrons donc que le préjudice réparable[111] est la lésion d'un intérêt, qui crée un déséquilibre dans la situation normale et la situation effective de la victime, et qui satisfait certaines qualités exigées par le Droit. La réparation est la mesure qui tend à rétablir cet équilibre rompu en compensant les effets néfastes du préjudice.

§2. Définition « négative » de la réparation

10. La réparation ne s'intéresse qu'à la disparition du préjudice réparable. Elle ne doit pas être confondue avec certaines mesures qui viendraient s'attaquer à un autre mal. Elle n'est pas une réaction au comportement faisant naître le dommage (A), ni au dommage faisant naître le préjudice (B), et encore moins l'allocation d'une indemnité en dehors de tout lien de responsabilité (C).

A. Une réaction au comportement illicite

11. La réparation intervient en réaction au préjudice. La créance de réparation naît du constat d'un préjudice, elle ne répond pas à l'inexécution d'une obligation contractuelle

[108] J.-M. Pontier, « Le dommage et le préjudice », *Actes du colloque*, *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, 11 et 12 mai 2001, Sénat.

[109] Ce préjudice a une valeur économique, il atteint le patrimoine de la personne. Pour le dommage corporel, la nomenclature Dintilhac en énumère dix, pour la vicitme directe : dépenses de santé actuelles, frais divers, pertes de gains professionnels actuels, dépenses de santé futures, frais de logement adapté, frais de véhicule adapté, assistance par tierce personne, pertes de gains professionnels futurs, incidence professionnelle, préjudice scolaire, universitaire ou de formation.

[110] Ce préjudice n'atteint pas le patrimoine de la personne. Pour le dommage corporel, la nomenclature Dintilhac en enumère neuf, pour la vicitme directe : déficit fonctionnel temporaire, souffrances endurées, préjudice esthétique temporaire, déficit fonctionnel permanent, préjudice d'agrément, préjudice esthétique permanent, préjudice sexuel, préjudice d'établissement, préjudices permanents exceptionnels.

[111] Autrement dit, reconnu par le Droit.

ou la faute du responsable. Elle n'est ni une mesure d'exécution forcée (1), ni une punition (2).

1) L'exécution forcée d'une obligation contractuelle

12. Selon l'article 1103 du Code civil[112], « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* », offrant ainsi une force contraignante au contrat[113]. La sanction[114] classique du non-respect des dispositions contractuelles est alors l'exécution forcée du contrat[115]. Il convient de condamner le créancier à accomplir la prestation qui forme l'objet de l'obligation. Or, l'existence de l'exécution forcée a fait l'objet d'une controverse doctrinale. Les partisans du « tout réparation »[116] soutenaient qu'à défaut d'exécution volontaire, l'obligation primitive disparaissait et faisait place à une nouvelle obligation, celle de réparer le préjudice subi. À l'inverse, les partisans du « tout exécution »[117] estimaient que toute violation d'une obligation contractuelle se résolvait en exécution, sans aucune place pour la réparation d'un préjudice. Ces deux théories révèlent les deux conceptions qui s'opposent à propos de la responsabilité civile et posent, plus précisément, la question de l'existence, ou non, d'une responsabilité contractuelle. Dire qu'il existe une responsabilité contractuelle, c'est admettre qu'elle possède une fonction

---

[112] Anc. art. 1134 C. civ.

[113] V. A.-S. Dupré-Dallemagne, *La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation)*, PU Aix-Marseille, 2004.

[114] Sur la notion de sanction, V. A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 207. Le professeur Jeammaud explique que la sanction est traditionnellement présentée comme « *un mal, ou au moins un désagrément, infligé par l'autorité sociale instituée – donc l'appareil de l'État dans le cas du droit étatique – […]. Peine, réparation, expulsion, destruction d'un édifice, ou encore annulation d'un acte juridique, elle concrétiserait, tant dans son prononcé que par son exécution forcée, la présence d'une contrainte consubstantielle à la notion de droit. La menace de sa survenance serait le plus sûr facteur de conformation spontanée des comportements aux normes juridiques. En fin de compte, elle fournirait le critère même de la juridicité de ces règles* » ; Suivant ce courant : V. not., J. Rivero, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *in Mélanges P. Raynaud*, Sirey, Paris, 1985, p. 675 ; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997.
Cette corrélation entre la règle de droit et la sanction a pu être remise en cause, V. not., H. Batifol, « La loi et la liberté », *APD*, t. 25, 1980, p. 79 ; Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, p. 197 ; B. Oppetit, « Le droit hors la loi », *Droits*, n° 10, 1989, p. 49 ; A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *op. cit.*.
Il ne nous appartient pas, dans le cadre de notre étude, de trancher les termes de ce débat. Nous retiendrons que la sanction est une réaction à la violation de la norme – légale ou conventionnelle – dont le contenu peut varier.

[115] Art. 1221 C. civ. : « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature […]* » ; art. L. 111-1 C. proc. civ. d'exé. : « *Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard* ».

[116] H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, , 6ème éd. refondue, Montchrestien, Paris, 1970, p. 434.

[117] V. la thèse de R. Dragu, *De l'exécution en nature des contrats*, F. Loviton, Paris, 1936.

de réparation du préjudice[118], alors que certains défendent « *la doctrine du code, selon laquelle les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat sont un effet des obligations contractées et remplissent donc une fonction d'exécution par équivalent* »[119]. Ce débat nous paraît tranché suite à la réforme du droit des obligations. En consacrant « *la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat* »[120], le législateur considère que « *le débiteur a l'obligation de réparer le dommage causé au créancier par l'inexécution (fautive) du contrat, comme tout homme, en général, est tenu de réparer le dommage causé à autrui par sa faute (art. 1382-1383*[121]*)* »[122]. C'est la position que nous retiendrons dans le cadre de cette thèse. Cette dette de réparation n'est toutefois qu'un simple « *prolongement de l'obligation préexistante qui est issue du contrat* »[123] et explique « *l'ambivalence de ce régime de responsabilité – exécution et réparation* »[124]. Leurs effets peuvent parfois se confondre. L'exécution forcée commande « *de se placer du côté du créancier, en analysant ce qu'il reçoit, plutôt que du côté du débiteur* »[125]. Elle consiste en la satisfaction[126] du créancier par l'exécution de l'obligation promise, fondée sur le respect de l'article 1103 du Code civil[127] et non en une compensation de son préjudice, réparé sur le fondement de l'article 1231-1 du Code civil[128]. La différence est importante car réparation et exécution ne suivent pas le même régime[129]. D'abord, les

---

[118] J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse Paris II, 1978 ; P. Jourdain, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », *in 6èmes Journées R. Savatier, Les métamorphoses de la responsabilité civile*, PUF, Paris, 1998, p. 65 et s. ; G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », *in Études J. Ghestin, Le contrat au début du XXI*[e] *siècle*, Paris, LGDJ, Paris, 2001, p. 921 et s. ; G. Durry, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ? », *in* Colloque : la responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, *RCA* 2001, n° 6 bis, p. 19 et s. ; Ch. Larroumet, « Pour la responsabilité contractuelle », *in Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX*[ème] *siècle*, Litec, 2001, p. 543 et s..

[119] Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ*. 1997, p. 323 ; En ce sens, D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223 ; « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *in Écrits en hommage à Gérard Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, Paris, 1995 p. 429 et s. ; Ph. le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2014, n° 802 – 813.

[120] Auj. Art. 1231 C. civ.

[121] Auj. Art. 1240 et 1241 C. civ.

[122] La formule est empruntée au Professeur Carbonnier qui la présente en ces termes, sans toutefois y adhérer pleinement, J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, vol. II, *op. cit*., p. 2185.

[123] J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligations*, 9ème éd., Dalloz, Paris, 2015, n° 233.

[124] *Ibid.*

[125] G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, Paris, 2012, p. 261.

[126] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation, op. cit*., p. 143.

[127] Anc. art. 1134 C. civ.

[128] Anc. art. 1147 C. civ.

[129] Bien que cette différence soit critiquée, V. P. Rémy-Corlay, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005 n° 1, p. 13 et s. L'auteur explique qu'une telle différence s'inscrit en marge de la conception unitaire retenue par les Principes européens : l'article 9. 102 des Principes européens prévoient que le créancier « *a droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution*

juges sont tenus de prononcer la mesure d'exécution forcée[130] demandée par le contractant, alors que la réparation reste soumise à leur appréciation[131]. Ensuite, le créancier n'a pas à justifier d'un préjudice pour obtenir l'exécution forcée[132], par contre, il doit le prouver pour obtenir une mesure de réparation. À travers l'exécution forcée, « *solution la plus naturelle et la plus respectueuse de la convention, ce qui explique qu'elle occupe une position prioritaire* »[133], il y a donc la volonté d'assurer le respect de la force obligatoire du contrat, ce qui ne consiste pas à réparer le préjudice.

2) Une peine privée

13. Sans nier l'existence de la légitimité de la division établie entre « *le droit civil, "droit restitutif" et le droit pénal, « droit répressif » (...) 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* »[134]. Depuis toujours la responsabilité apparaît comme un « *outil de direction des conduites humaines et le garant de la cohésion sociale* »[135] parce qu'elle oblige un individu à assumer les conséquences de la transgression de la règle[136]. En sanctionnant la violation des articles 1231-1[137] et 1240[138] et suivants du Code civil, la responsabilité comporte un caractère répressif et dissuasif[139], elle participe « *à l'œuvre normative de notre système juridique* »[140]. Qu'elle soit une « *manifestation épisodique [ou une] fonction permanente et générale de la*

---

défectueuse » sans distinguer exécution et réparation en cas d'exécution défectueuse (V. Commission Landö, *Les principes du droit européen du contrat. L'exécution, l'inexécution et ses suites,* version française par I. de Lamberterie, G. Rouhette, D. Tallon, La documentation française, Paris, 1997) et l'article 7. 2. 3 des principes UNIDROIT dispose : « *Le droit à l'exécution comprend, le cas échéant, le droit à la réparation ou au remplacement de l'objet, ainsi qu'à tout autre moyen de remédier à une exécution défectueuse* », B. Libonati et A. Mazzoni (sous la dir.) *Principes d'UNIDROIT*¸ Institut international pour l'unification du droit privé, Rome, 2010.

[130] Cass. com., 3 décembre 1985, n° 83-16475, *Bull. civ*. IV, n° 286.

[131] V. not., Cass. civ. 3ème, 28 février 1969, n° 67-10996, *Bull. civ*. III, n° 182 : « *En dehors de l'hypothèse où l'exécution en nature, lorsqu'elle est possible, est offerte par le responsable ou demandée par la victime, les juges déterminent souverainement les mesures de nature à réparer le dommage* ».

[132] Cass. civ. 3ème, 22 mars 2000, n° 98-13345 et 98-15595, *Bull. civ*. III, n° 64.

[133] G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, M. Fontaine et G. Viney (sous la dir.), Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 2001, p. 167 et s.

[134] 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.

[135] S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit*., n° 1.

[136] L.-A. Barrière, « Propos introductifs » *in La sanction* : colloque du 27 novembre 2003 à l'université de Lyon III, L'harmattan, Paris, 2007, p. 13.

[137] Anc. art. 1134 C. civ.

[138] Anc. art. 1382 C. civ.

[139] F. Terré, « Propos sur la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit*, 1977, p. 40.

[140] S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit*., n° 13.

responsabilité »[141] la responsabilité revêt une fonction punitive « *même si c'est implicite* »[142].

14. Plus encore, certains auteurs[143] défendent l'idée que la condamnation à l'encontre du responsable puisse être une véritable peine privée. La peine[144] est en principe « *destinée non à indemniser la victime, mais à faire subir au coupable une souffrance dans sa personne ou ses biens* »[145]. La mesure de réparation ne serait donc parfois qu'un prétexte à la punition du responsable. Lorsque le montant de la mesure de réparation est supérieur à la valeur du préjudice, la condamnation ne vient pas seulement effacer le préjudice, elle punit le responsable[146]. C'est cette intention qui justifie la pratique des dommages-intérêts punitifs dans certains pays[147]. Le Droit français ne les admettant pas, c'est la réparation qui est utilisée au service de la peine.

Recenser l'ensemble des peines privées n'est ni l'objet de notre étude, ni un exercice nouveau. Le Professeur Carval a en effet illustré, de façon méthodique, les « *diverses manifestations de la fonction de peine privée* »[148]. Citons à titre d'exemple, le traitement des atteintes aux droits de la personnalité[149] ou des actes de concurrence[150] qui ouvrent droit à une indemnisation des victimes dès lors que l'atteinte à la loi est constatée. Ce qui intéresse en revanche notre étude est de savoir si les juges du travail utilisent, eux aussi, la réparation pour masquer une punition. Puisque l'existence officieuse de la peine privée a déjà été démontrée en droit civil, il faut confirmer ou infirmer sa présence en droit du

---

[141] S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, LGDJ, Paris, 2009, p. 405.
[142] *Ibid*.
[143] V. L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse Dijon, 1904, p. 17 ; B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.* ; p. 397 et s. ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.* ; A. Jault, *La notion de peine privée en droit français*, LGDJ, Paris, 2005.
[144] La peine est un « *châtiment édicté par la loi (peine prévue) à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social* », G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V. « Peine ».
[145] G. Cornu, (sous la dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V. « Punition ».
[146] L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, *op. cit*., p. 21 et s. : le Professeur Hugueney met en avant trois critères permettant de distinguer la peine privée de la mesure de réparation. Le *critère objectif* qui traduit la corrélation entre l'étendue du dommage et le montant de la condamnation. Là où la réparation correspond au seul préjudice subi, la peine privée peut en différer. Le *critère subjectif* qui se détermine par l'importance de la faute, caractéristique de la peine privée et seulement accessoire pour la réparation. Enfin, le *critère théologique*, selon lequel la réparation s'intéresse à la victime lorsque la peine privée vise l'auteur du dommage.
[147] G. Viney et B. Markesinis, *La réparation du dommage corporel – Essai de comparaison des droits anglais et français*, Economica, Paris, 1985.
[148] S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit*., n° 19 et s.
[149] Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, n° 94-14798, *Bull. civ.* I, n° 378, *JCP* 1997.I.4025, obs. G. Viney et *JCP* 1997.II.22805, note J. Ravanas ; *D*. 1997, p. 403, note S. Laulom et p. 289, obs. P. Jourdain.
[150] V. par ex. Cass. com. 12 février 2008, n° 06-17501, *Bull. civ.* IV, n° 32, *D*. 2008, p. 2573, note Y. Picod ; *LPA* 2008, n° 209, p. 4, note A. Mendoza-Caminade.

travail. La recherche suppose d'apprécier l'équivalence entre le préjudice et la mesure de réparation prononcée. Si cette dernière est parfois supérieure à la valeur du préjudice, il faudra admettre que le droit du travail connaît des peines privées. Dans le prolongement de cette recherche, la question de l'admission des dommages-intérêts punitifs en France apparaît. L'analyse travailliste peut-elle participer au débat relatif à leur admission en droit français ?

B. Une réaction au dommage

15. Le fait générateur de responsabilité cause un dommage qui peut parfois donner lieu à une mesure destinée à le faire disparaître, sans qu'elle ne s'intéresse au préjudice. En s'attaquant au dommage, certaines mesures peuvent se confondre avec la réparation, car elles permettent de faire disparaître le préjudice pour l'avenir (1), d'anéantir les effets du dommage dans l'ordonnancement juridique (2), voire d'empêcher sa réalisation (3).

1) La cessation de l'illicite

16. En matière extracontractuelle, un courant doctrinal[151] appelle à la reconnaissance de l'autonomie de la cessation de l'illicite en tant que fonction de la responsabilité. Elle est dirigée vers le fait illicite mais à l'inverse de la peine, elle « *ne remplit pas sa fonction normative en infligeant un mal à l'auteur mais en lui prescrivant le respect de la règle de droit pour l'avenir* »[152]. De cette fonction corrective et non répressive, il faut dégager l'indépendance de la cessation de l'illicite vis-à-vis de la peine, elle ne vise qu'à la mise en conformité des faits avec la règle de droit dont ils s'écartent[153]. En revanche, poursuivre la cessation du fait illicite revient à faire disparaître pour l'avenir le préjudice[154]. Toutefois, le préjudice passé reste à réparer.

La différence fonctionnelle de ces deux mesures permet pourtant de les distinguer. La réparation sous-entend l'existence d'une créance de la victime, soumise au pouvoir souverain du juge, dans le but de compenser le préjudice sans opérer un effacement réel

[151] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation, op. cit*., p. 161 et 218 ; C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, Dalloz, Paris, 2008, p. 27.
[152] C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, *op. cit*., p. 79
[153] *Ibid*.
[154] R. Savatier, « Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile ? », *D*. 1966, chron. p. 149 et s. ; M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit*., p. 209 ; C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, *op. cit*., p. 74.

de la situation préjudiciable. À l'inverse, la cessation de l'illicite n'est ni une créance, ni une mesure laissée à la libre appréciation des juges. Mme Roujou de Boubée a alors dégagé une véritable *summa divisio* entre la réparation du dommage (compensation) et le rétablissement de la situation juridique à laquelle il a été porté atteinte (satisfaction)[155]. Au sein même de cette catégorie du rétablissement, la suppression du préjudice se distingue de la suppression de la situation illicite. Cette dernière ne saurait être confondue avec la première car « *les mesures tendant à supprimer le préjudice […], agissent directement sur le préjudice lui-même. Les mesures supprimant la situation illicite agissent, elles, sur la cause efficiente du préjudice, elles en tarissent la source* »[156]. La cessation de l'illicite paraît alors investie d'une mission plus noble, « *elle tend au respect de la norme protégeant le droit ou l'intérêt violé : c'est ce qui explique le caractère obligatoire de ces mesures faisant cesser l'illicéité* »[157]. La différence ainsi consacrée recouvre un intérêt particulier, la cessation de l'illicite est obligatoire lorsqu'elle est demandée, alors que la réparation reste facultative.

Cette autonomie de la cessation de l'illicite reste pour le moment[158] sans formulation de principe. Elle est toutefois accueillie en doctrine[159] et l'on trouve, en droit positif, des illustrations[160]. Pour notre étude, la cessation de l'illicite sera appréciée à l'aune de l'exécution du contrat. En matière contractuelle, le pendant de la cessation de l'illicite est en effet l'exécution forcée. La nature contractuelle de la relation de travail nous dispense alors de prendre position quant à l'autonomie de cette fonction en droit de la responsabilité civile extracontractuelle. Nous nous attacherons à distinguer les mesures de réparation et de cessation de l'illicite à travers le critère de satisfaction du créancier : y'a-t-il retour aux conditions d'exécution du contrat, ou compensation d'un préjudice ? L'enjeu est important, car l'exécution forcée, assimilée à la cessation de l'illicite est obligatoire pour le juge alors que la réparation reste soumise à son appréciation souveraine. Le droit du travail s'est longtemps intéressé à la seule réparation du préjudice.

---

[155] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation, op. cit.*, p. 195 et s.
[156] *Ibid.*, p. 211.
[157] *Ibid.*, p. 217.
[158] La réforme du droit de la responsabilité pourrait lui offrir une place dans le Code civil, V. l'art. 1232 du projet de réforme du droit de la responsabilité, avril 2016 : « *Indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur. [Seuls les faits contrevenant à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence ou de diligence peuvent donner lieu à de telles mesures.]* ».
[159] V. not. G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3ème éd. 2010, n° 12 et 34 ; Ph. Le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 2441 et s. ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, Paris, 2014, n° 568.
[160] Pour la présentation de ces manifestations, voir C. Bloch, *La cessation de l'illicite, op. cit*., p. 102.

La cessation de l'illicite n'apparaît, en effet, dans la doctrine travailliste, qu'avec la loi de 1973[161] sur le licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'admission de la réintégration du salarié offre ainsi une place à la cessation de l'illicite, qui n'a cessé de prendre de l'ampleur, dès les années 90, avec la montée en puissance des droits fondamentaux dont le non-respect est sanctionné par la nullité.

2) L'annulation d'un acte juridique.

17. La nullité est une « *sanction encourue par un acte juridique*[162] *[…] entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond, qui consiste en l'anéantissement de l'acte* »[163]. Elle « *ne se confond ni avec la faute, dans laquelle elle peut être contenue, ni avec le préjudice dont elle peut être la source* »[164]. Lorsque cet acte a emporté des conséquences, son annulation suppose de les effacer[165], de façon à revenir à la situation antérieure. Juridiquement, l'annulation emporte restitutions[166]. En principe, une restitution ne répare pas un préjudice[167], elle est une « *opération neutre si l'on met de côté les coûts annexes, les frais liés à l'usage de la chose, la dépréciation, etc. [dans le cas d'une annulation de contrat de vente]. Tous ces éléments supplémentaires constituent des préjudices car ce sont des pertes sans contrepartie* »[168]. Il faut donc différencier parmi les effets de l'annulation, la remise en l'état et la réparation des préjudices distincts. La distinction est parfois compliquée, en attestent les effets de l'annulation du

[161] Art. 24 *p*, L. n° 73-680 du 13 juillet 1973, portant modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée déterminée, *JO* 18 juillet 1973, p. 7763.
[162] V. par exemple, en droit du travail, l'accord collectif qui n'est pas un acte écrit (Art. L. 2231-3 C. trav.), la clause attributive de juridiction contenue dans le contrat de travail (Art. L. 1221-5 C. trav.), les différences de rémunération entre hommes et femmes (Art. L. 3221-7 C. trav.) ou encore toutes les mesures discriminatoires (Art. L. 1132-4 C. trav.).
[163] G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V. « Nullité ».
[164] C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, p. 221.
[165] Selon l'adage « *Quod nullum est, nullum producit effectum* », traduit par la jurisprudence comme « *vu le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé* », Cass. civ., 1ère, 15 mai 2001, n° 99-20597 ; Cass. soc., 9 décembre 2014, n° 13-21766, *à paraître* . V. O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, PU Aix-Marseille, 1999 ; M. Mercier, *La rétroactivité. Essai d'une théorie générale*, Atelier National de Reproduction des Thèses, Villeneuve d'Ascq, 2003.
[166] H. Boucard, « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause », *RDC* 2013, p. 1669. V. aussi les thèses de C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit*. et M. Malaurie, *Les restitutions en droit civil*, éd. Cujas, Paris, 1991.
[167] Cass. civ., 1ère, 10 mai 2005, n° 03-12496, *Bull. civ.* I, n° 203, *D.* 2005, p. 1379 ; *RTD civ*. 2005, p. 778, obs. J. Mestre et B. Fages.
[168] F. Rouvière, note sous Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, n° 13-27397, *à paraître*, *D.* 2015, p. 657, spéc. p. 660.

licenciement[169]. La remise en l'état qu'elle implique suppose la réintégration du salarié dans l'entreprise pour qu'il y poursuive l'exécution du contrat de travail. Or, cette réintégration, conséquence de l'annulation, se révèle n'être que l'exécution du contrat tout en faisant disparaître le préjudice pour l'avenir du salarié qui a retrouvé son emploi. Différencier les restitutions de la réparation suppose donc de savoir quel est l'objectif visé : anéantir le dommage issu de l'acte nul ou faire disparaître le préjudice.

L'exercice se révèle important en droit du travail puisque « *désormais, la nullité est une sanction qui est attachée à bien d'autres protections contre le licenciement [que celle des salariés protégés], celles dont bénéficient les salariées à l'occasion de la maternité (articles L. 1225-4 et L. 1224-5 du Code du travail), les accidentés du travail (article L. 1226-13) et même plus largement les malades (licenciement en raison de l'état de santé condamné dans l'article L. 1132-1) ; elle s'applique sans aucun doute au licenciement pour fait de grève (article L. 1132-2). Elle est une sanction caractéristique des règles en matière de non-discrimination (article L. 1132-4) et de harcèlement (articles L. 1152-3 et L. 1153-4)* »[170]. Le juge a participé à cette extension du champ de la nullité. Dans l'arrêt *Revêt-Sol*[171], il avait affirmé la possibilité d'ordonner la réintégration du salarié irrégulièrement licencié puis dans l'arrêt *Clavaud*[172], il se prononçait en faveur de la nullité du licenciement attentatoire à la liberté d'expression[173] et dans l'arrêt *Samaritaine*[174], il a marqué la place de la nullité dans le régime des licenciements pour motif économique avant qu'elle ne soit consacrée par la loi[175]. L'essor de la nullité du licenciement et, par conséquence, de la réintégration, « *se situe dans la ligne de tendances*

---

[169] B. Gauriau, *La nullité du licenciement*, th. dactyl., Paris I, 1992 ; du même auteur, « La nullité du licenciement et la personne du salarié », *Dr. soc.* 1993, p. 738 ; G. Couturier, « Petites histoires de nullités du licenciement », *Dr. soc.* 2011, p. 1218 ; E. Ballot, « Le conflit des droits fondamentaux lors de la rupture du contrat de travail », *JCP* S 2013.1168.

[170] G. Couturier, « Petites histoires de nullités du licenciement », *op. cit*., p. 1218.

[171] Cass. soc. 14 juin 1972, n° 71-12508, arrêt *Revêt-Sol*, *Bull. civ.* V, n° 425, *Dr. soc*., 1972, p. 465, obs. J. Savatier ; *D*. 1973, p. 114, note N. Catala.

[172] Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41804, arrêt *Clavaux*, *Bull. civ.* V, n° 257, *Dr. soc.*, 1988, p. 428, concl. H. Ecoutin, obs. G. Couturier. Notons toutefois que les juges retiennent cette solution après un subtil raisonnement. La liberté d'expression est retenue dans l'ombre du droit d'expression collective : « *loin de faire application de [l'article L. 461-1 C. trav, devenu L. 2281-1 à 3] à une situation qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel n'en a fait état que pour en déduire que l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude* ».

[173] Sur la protection de cette liberté par la nullité du licenciement qui y porte atteinte, V. aussi Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10557, *à paraître*, *D*. 2016, p. 1502 ; *JCP* S 2016.285.

[174] Cass. soc., 13 février 1997, n° 96-41874 et n° 96-41875, arrêt *La samaritaine*, *Bull. civ.* V, n° 64, *Dr. soc*., 1997, p. 249, concl. Ph. de Caigny, note G. Couturier ; *D*. 1997, p. 171, note A. Lyon-Caen ; *JCP* 1997.II.22843, note F. Gaudu.

[175] Art. 96 L. n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JO* 18 janvier 2002 p. 1008, aujourd'hui codifié à l'article L. 1235-11 C. trav.

qui s'observent à l'échelle du droit français tout entier : tendances en faveur de l'exécution directe en nature des obligations, des pouvoirs d'injonction du juge, etc. Le contexte est celui d'un droit où l'on ne veut plus prendre son parti de l'impuissance de la règle de droit. Consacrer la nullité du licenciement, c'est, en effet, ne pas prendre son parti de l'impuissance de la règle que l'employeur a méconnue en licenciant »[176]. Grâce à la nullité, l'objectif est de « *rétablir la légalité transgressée, par la suppression de la situation juridique illicite* »[177] et d'obtenir une exécution du contrat telle qu'elle ressort de la volonté des parties ; et bien que le salarié soit remis dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit, la réintégration n'est pas une mesure de réparation, son préjudice reste à réparer[178].

3) La prévention du dommage

18. « *Par ses effets, la responsabilité civile n'est plus uniquement le droit de l'indemnisation, du retour à l'indemne […]. C'est également la prise en charge sécuritaire des sujets de droit, leur permettant, d'une part, d'être en sécurité en s'assurant judiciairement d'agir en bonne conformité juridique, et d'autre part, de se sentir en sécurité en palliant les angoisses naissant des risques technologiques, sanitaires et environnementaux* »[179]. Anticiper le fait dommageable, le faire cesser, prononcer des dommages-intérêts anticipatifs[180] ou dissuasifs sont autant de manifestations qui illustrent la fonction de prévention de la responsabilité[181]. Néanmoins, prévenir n'est pas réparer. La réparation prend acte d'un préjudice passé qu'il faut compenser, là où la prévention tente d'anticiper, d'« *empêcher – ou au moins limiter – la réalisation d'un risque, la production d'un dommage, l'accomplissement d'actes nuisibles, etc., [en s'efforçant] d'en supprimer les causes et les moyens* »[182]. Les deux mesures se rejoignent toutefois si la crainte d'une condamnation à « réparer » le dommage incite l'auteur du fait

[176] G. Couturier, « Petites histoires de nullités du licenciement », *op. cit.*, p. 1218.
[177] C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité,, op. cit.*, p. 221.
[178] En atteste la condamnation à payer les salaires que le salarié aurait dû percevoir entre son éviction et sa réintégration effective dans l'entreprise, *cf. infra*, p. 295.
[179] C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, th. dactyl., Montréal, 2009, p. 358.
[180] *Ibid*., p. 428 : les dommages-intérêts anticipatifs peuvent se définir comme les dommages-intérêts versés « *sans égard à la réalisation matérielle future du préjudice réparé. […] La menace d'un trouble suffit, le dommage futur peut avoir une réalisation incertaine sans contrevenir à l'exigence d'un intérêt né et actuel. La menace est actuelle et justifie "une action préventive judiciaire sur le terrain"* ».
[181] S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages, op. cit.*, p. 3.
[182] G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V. « Prévention ».

dommageable à ne pas le causer, la responsabilité exerce, dans ce cas, une certaine « *dissuasion des comportements anti-sociaux* »[183]. C'est « *l'effet prophylactique* »[184] du droit de la responsabilité mais la confusion est très vite clarifiée au regard de l'existence ou non d'un préjudice certain.

C. Une indemnisation déconnectée du préjudice

19. La réparation n'est pas nécessairement une indemnisation. L'analyse courante consiste à dire que ces termes sont équivalents mais la distinction comporte un intérêt. La réparation renvoie à la responsabilité, contractuelle ou délictuelle. L'indemnisation est ce à quoi se ramène souvent la réparation, parce que celle-ci se fait en argent. Cependant, elle ne se résume pas à être une dette de la responsabilité. « *L'avènement de la socialisation de l'indemnisation, c'est-à-dire la prise en charge des dommages par l'ensemble de la collectivité* »[185] explique que l'indemnité ne soit pas toujours réparatrice.

En droit du travail, l'existence de multiples indemnités sème le doute. Toutes les indemnités rencontrées en la matière réparent-elles un préjudice ? Certains auteurs critiquent ce « *gauchissement* »[186] des notions de la responsabilité civile, et l'importance donnée à l' « indemnisation » plutôt qu'à la réparation. Il existe une tension entre le souci d'indemnisation et le maintien des mécanismes traditionnels de responsabilité. C'est pourquoi reconnaître la réparation suppose de ne pas la confondre avec les indemnités qui ne réparent pas (1), ni avec certains mécanismes de solidarité (2).

---

[183] A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements anti-sociaux », *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à M. Ancel*, 1, A. Pedone, Paris, 1975, p. 407.

[184] Ph. Malaurie, « L'effet prophylactique du droit civil», *in Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 669 : « *Le droit dirige […] les comportements des hommes en influençant leurs désirs, et non en leur imposant des ordres ou des interdits*» Pour lui, « *l'exemple le plus patent de la prophylaxie civile est la responsabilité civile, qui exerce une double fonction. D'abord et surtout l'indemnisation de la victime, mais aussi une prophylaxie, une sorte de rôle "normatif" : double fonction, comme la médecine, à la fois thérapie et prophylaxie* ».

[185] D. Mazeaud, Préface, *Lamy Droit de la responsabilité*¸ 2005.

[186] Ph. Le Tourneau, Responsabilité (en général), *Rép. Dalloz Droit civil*, n° 107 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3ème éd., LexisNexis, Paris, 2014, n° 2.

1) L'indemnisation au-delà de la réparation

20. L'indemnité[187] est présentée comme « *la dette de réparation de l'auteur d'un dommage, la compensation du préjudice subi par la victime* »[188]. Elle est donc le moyen de la réparation[189], la créance allouée à la victime du préjudice. Il y aurait une analogie parfaite entre dommages-intérêts et indemnité. Un auteur, Madame Le Gallou, soutient toutefois la thèse selon laquelle « *l'indemnité ne se résume pas aux effets de la responsabilité* »[190]. Il lui semble « *que l'emploi de dommages et intérêts serait inadapté aux applications de l'indemnité étrangère à la responsabilité* »[191]. Elle démontre ainsi que le terme « indemnité » est autonome de la réparation, notamment, en raison de sa présence dans les rapports distributifs. Selon elle, l'indemnité compense une perte, involontaire et passée, qui n'est pas nécessairement un préjudice. Les indemnités peuvent en effet « *relever de la répartition de biens fondée sur la solidarité sociale. Dans ce cas, les distributions s'appliquent à l'indemnisation organisée par les pouvoirs publics* »[192]. Lorsqu'un créancier mérite d'être protégé en raison de ses qualités, de son statut ou de sa participation au sein du groupement considéré, il bénéficie d'une indemnité financée par les biens de ce groupe. On peut donc en conclure que si toute mesure de réparation pécuniaire est une indemnité, l'indemnité ne se résume pas aux mesures de réparation. Notre étude, consacrée à la réparation du préjudice, nous autorise à utiliser les deux termes comme synonymes puisqu'il s'agit d'apprécier les mesures de réparation qui compensent un préjudice, qui n'est autre qu'une perte involontaire et passée. En revanche, il faut s'assurer de l'existence d'un préjudice derrière les indemnités rencontrées en droit du travail, et ne pas se laisser aller à une utilisation extensive du terme.

« *L'emploi du terme "indemnité" par le législateur, le juge ou les parties n'est pas toujours pertinent, car il ne traduit pas nécessairement l'exactitude de sa nature indemnitaire* »[193]. En effet, le terme « indemnité » dissimule parfois « *en réalité, un prix,*

---

[187] Du latin *damnum* qui signifie le dommage.
[188] A. Favre-Rochex, « Prestations indemnitaires forfaitaires ? Ou les subtilités de l'assurance de personne », *Gaz. pal*. 18-19 juin 1999, p. 2 ; G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V. « indemnité ».
[189] C. Le Gallou, *La notion d'indemnité en droit privé*, *op. cit*., p. 9.
[190] *Ibid.*, p. 13.
[191] *Ibid.*
[192] *Ibid*., p. 23.
[193] *Ibid*., p. 19.

une rémunération, une libéralité ou une peine »[194]. Elle sert aussi, parfois, à maintenir des avantages passés pour le futur, alors que la réparation est censée assurer un retour au *statu quo ante*. La qualification d'indemnité devient même un véritable enjeu pour l'employeur qui tente de réduire le montant des sommes dues au salarié dont le licenciement est qualifié sans cause réelle et sérieuse[195]. Le régime social et fiscal de l'indemnité suscite également quelques incertitudes quant à la nature de l'indemnité. Toutes les indemnités ne sont pas soumises au même régime fiscal[196] et social[197], sans qu'un critère pertinent ne justifie ces exonérations[198].

21. La présence de multiples indemnités en droit du travail, aux régimes différents, rend nécessaire la requalification de certaines créances[199]. Certaines d'entre elles ne réparent aucun préjudice à l'instar de l'indemnité de garantie d'emploi[200], de l'indemnité

---

[194] C. Le Gallou, *La notion d'indemnité en droit privé*, *op. cit*., p. 29.

[195] Cass. soc., 9 juillet 2015, n° 14-14654, *à paraître*, *Dr. ouvr*. 2016, p. 32 : l'employeur joue avec le terme d'indemnité pour contester sa condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Suite à un plan de sauvegarde de l'emploi, il a versé « *en plus de l'indemnité conventionnelle de licenciement, une indemnité complémentaire substantielle d'un minimum de 30 000 euros, une indemnité préjudicielle pour fermeture du site portée à 20 000 euros, outre une indemnité extra-conventionnelle de non-reclassement interne égale à 1 750 euros par année d'ancienneté ainsi qu'une indemnité complémentaire éventuelle de 20 000 euros pour les salariés n'ayant pas trouvé de solution effective externe à l'issue de la période antenne-emploi* », il soutient que ces indemnités « *visaient à prendre en compte l'entier préjudice des salariés licenciés pour motif économique* ». Il en conclut qu'elles doivent être prises en compte pour le calcul de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, puisqu'elles réparent toutes les conséquences de la perte d'emploi. Les juges ne succombent pas à la confusion et distinguent, au contraire « *les mesures prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi destinées à faciliter le reclassement des salariés licenciés et compenser la perte de leur emploi* » des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse « *qui réparent le préjudice résultant du caractère injustifié de la perte de l'emploi* ».

[196] V. l'art. 80 *duodecies* CGI. Sont, par exemple, soumises à l'impôt sur le revenu, l'indemnité compensatrice de préavis, l'indemnité compensatrice de congés payés, l'indemnité de non-concurrence, l'indemnité de fin de contrat versée à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée (Art. L. 1243-8, C. trav.) ou encore l'indemnité de fin de mission versée au salarié temporaire à l'issue d'une mission (Art. L. 1251-32, C. trav.). À l'inverse, sont exonérées d'impôts, les indemnités accordées par le juge en cas de licenciement irrégulier, sans cause réelle et sérieuse, nul ou encore les indemnités versées dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi.
Pour un tableau récapitulatif, V. le Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts : http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/ext/pdf/createPdfWithAnnexe/BOI-RSA-CHAMP-20-40-10-30-2014-03-07.pdf?id=4935-PGP&ve=34&br=2&la=2&wtAnx=true

[197] Pour un tableau récapitulatif : https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/synthese.html

[198] Avant l'entrée en vigueur de l'article 80 *duodecies* du CGI le 1er janvier 2000, la jurisprudence administrative opérait pourtant la distinction entre les indemnités versées en compensation d'une perte de revenus, qui étaient imposées sur la base de l'article 12 CGI, et les indemnités versées en compensation de préjudices distincts de la perte de rémunération, qui étaient entièrement exonérées (CE 24 mai 1978, n° 8191 ; CE 31 mai 2000, n° 182616 ; CE 27 octobre 2010, n° 315056.

[199] « *Le mot indemnité est loin d'avoir […] le sens clair et précis qu'il a dans le Droit de la responsabilité civile : certaines indemnités n'ont aucune fonction réparatrice* », G. Lyon-Caen, *Le salaire*, Dalloz, Paris, 1981, p. 206.

[200] Lorsqu'une clause de garantie d'emploi est insérée au contrat de travail, indépendamment des indemnités dues pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'employeur doit verser le solde des salaires restant dus jusqu'à l'expiration de la garantie à titre de dommages-intérêts (Cass. soc., 27 octobre 1998, n° 95-43308, *Bull. civ.* V, n° 455). En dehors de tout licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc.,

compensatrice de congés payés[201], ou de l'indemnité de départ en retraite[202]. Il en est de même des frais professionnels[203], qui prennent, par exemple, la forme d'indemnités de salissure[204]. En revanche, deux indemnités sont plus difficiles à qualifier, l'indemnité compensatrice de préavis (a) et l'indemnité de précarité (b).

a) L'indemnité compensatrice de préavis[205]

22. Le préavis, qu'il soit effectué ou non, a le caractère de salaire[206]. Il est un délai de prévenance[207], entre le moment où le salarié a été informé de la résiliation du contrat de travail par l'employeur et la rupture effective. Les parties demeurent donc liées par le contrat de travail qui continue de s'exécuter. En revanche, l'inexécution du préavis donne

---

22 janvier 1998, n° 95-45400, *Bull. civ.* V, n° 29, *Dr. soc*. 1998, p. 375, note G. Couturier ; *Dr. ouvr.* 1998, p. 321), cette indemnité ne vient pas compenser un préjudice lié à la perte d'emploi (bien que l'on puisse avoir du mal à différencier les deux préjudices, V. J. Mouly, note sous Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-42640, *Bull. civ.* V, n° 215, *D.* 2009, p. 528), elle est le prix de l'obligation contractuelle.

[201] Art. L. 3141-26 C. trav. Cette indemnité compense le droit acquis aux congés payés, elle est donc une contrepartie de l'exécution du contrat de travail. Bien que le Code du travail ait prévu son exclusion en cas de licenciement pour faute lourde, le juge constitutionnel est revenu sur cette exception (V. Cass. soc., 2 décembre 2015, n° 15-19597, *à paraître*, *SSL* 2015, n° 1701, p. 15 ; *JSL* 2016, n° 402-7 puis Cons. const., n° 2015-523 QPC, 2 mars 2016, *SSL* 2016, n° 1713, p. 13, obs. F. Champeaux ; *RDT* 2016, p. 352, obs. M. Véricel). L'article L. 3141-28 du Code du travail prévoyant que les dispositions de l'article L. 3141-26 du même code ne sont pas applicables dans l'hypothèse où l'employeur est tenu d'adhérer à une caisse de congés, le juge constitutionnel y voit une différence de traitement entre des personnes se trouvant dans la même situation. Notons que la solution est ainsi en harmonie avec le droit de l'Union européenne (CJUE, 24 janv. 2012, C 282/10, *Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique* : « *le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière auquel il ne saurait être dérogé* »). Notons toutefois que la privation de ce droit à congés payés peut causer un préjudice à part entière : le salarié en arrêt maladie, qui n'a pas pu acquérir ses congés payés pendant cette durée, peut engager la responsabilité de l'État pour préjudice subi en raison du défaut de transposition en droit interne des dispositions de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, TA Clermond-Ferrand, 1ère ch., 6 avril 2016, n° 1500608, *Liaisons soc. Quotidien*, n° 17072, p. 1.

[202] Art. L. 1237-9 C. trav. ; Cass. Soc., 30 janvier 2008, n° 06-17531, *Bull. civ.* V, n° 29, *D.* 2008, p. 490, obs. B. Inès ; *JCP*S 2008.1221, note F. Dumont.

[203] « *qui s'entendent des charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi du travailleur salarié ou assimilé que celui-ci supporte au titre de l'accomplissement de ses missions* », article 1er de l'arrêté du 20 décembre 2002, *JO* 27 décembre 2002, p. 21758. Cette opération de remboursement est prévue par la loi sans que la dette compensée ne soit ni une créance salariale, ni une créance de réparation ; le remboursement est dû à une répartition particulière des charges en droit du travail.

[204] Cass. soc., 17 octobre 1991, n° 89-14969.

[205] Art. L. 1234-5 C. trav.

[206] Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-28238, *RJS* 3/14, n° 219 : « *l'indemnité de préavis a un caractère salarial* ». Même due suite à la requalification de CDD en CDI, cette indemnité conserve le caractère de salaire, V. Cass. soc. 16 décembre 2015, n° 14-15999.

[207] Il est un délai préfix qui, sauf convention contraire ou exceptions jurisprudentielles, ne peut être interrompu ou suspendu, V. par ex., Cass. soc., 16 juin 2004, n° 04-40620, *RJS* 10/2004, n° 1034. Il en va différemment en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle (Cass. soc., 18 juillet 1996, n° 93-43581, *Bull. civ.* V, n° 299, *D.* 1998 p. 253, obs. A. Lyon-Caen) sauf s'il s'agit du préavis afférant au départ volontaire à la retraite, ce dernier n'est pas suspendu (Cass. soc., 25 mai 2016, n° 15-10637, *à paraître*, *D.* 2016, p. 1205).

parfois[208] droit à une indemnité compensatrice. Cette dernière est-elle réparatrice ? Ou est-elle une contrepartie contractuelle ?

Si le salarié ne peut exécuter son préavis, en raison d'un arrêt maladie par exemple, aucune indemnité compensatrice[209] ne lui est due[210]. Pourtant, cette indemnité reste due lorsque l'employeur a lui-même dispensé le salarié d'exécuter son préavis[211]. Comment justifier alors son octroi ? Le calcul de cette indemnité s'effectue sans référence à un quelconque préjudice[212] et ne contrevient pas à une action en réparation des circonstances préjudiciables entourant la rupture[213]. C'est donc l'exécution du préavis qui est le critère déterminant l'attribution de l'indemnité. Le salarié doit exécuter le préavis, en contrepartie, il perçoit un salaire. S'il ne peut l'exécuter, il ne bénéficie d'aucun salaire. Si l'employeur l'en dispense, le préavis subsiste juridiquement, il ouvre donc droit à une indemnité compensatrice de ce salaire à percevoir. Parallèlement, si le salarié se dispense lui-même de l'exécution[214], il doit une indemnité compensatrice à l'employeur[215]. Dans ces deux dernières hypothèses, bien qu'un préjudice soit reconnaissable – perte de gains pour le salarié et manque à gagner pour l'employeur dont le poste reste vacant pendant l'absence du salarié – l'indemnité ne le répare pas ; elle compense l'inexécution de l'obligation de respecter le préavis[216].

23. En revanche, l'indemnité compensatrice de préavis change de nature lorsque les juges décident qu'elle est due lorsque le licenciement est nul « *sans qu'il y ait lieu de*

---

[208] L'obligation de respecter un préavis est conditionnée à l'ancienneté du salarié.

[209] Cass. soc., 3 juin 1997, n° 94-45184, *Bull. civ.* V, n° 205, Cass. soc., 18 juin 1997, n° 94-42325, *Bull. civ.* V, n° 230.

[210] Sauf dispositions conventionnelles plus favorables.

[211] Cass. soc., 12 mars 1991, n° 89-40708, *Bull. civ.* V, n° 124 ; Cass. soc., 15 décembre 1993, n° 90-43514, *Bull. civ.* V, n° 314.

[212] Cass. soc., 28 février 1995, n° 91-42379.

[213] Cass. soc., 21 mars 1979, n° 77-41547, *Bull. civ.* V, n° 254 : « *l'indemnité de préavis présente un caractère forfaitaire et est indépendante de la réparation du préjudice supplémentaire causé en cas d'abus de rupture* ».

[214] Contrairement à son état de santé qui peut l'empêcher d'exécuter le préavis et qui n'ouvre pas droit à indemnité compensatrice pour l'employeur : Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 11-21907, *Bull. civ.* V, n° 18, *D.* 2014, p. 216. Les juges décident que « *le salarié s'était trouvé, du fait de sa maladie, dans l'incapacité d'effectuer le préavis […], aucune indemnité compensatrice de préavis ne pouvait être mise à sa charge* » ; V. aussi, Cass. soc., 28 juin 1989, n° 86-42931, *Bull. civ.* V, n° 473.

[215] « *L'obligation de respecter le délai-congé s'impose aux parties au contrat ; il s'en déduit que lorsqu'il n'en a pas été dispensé, le salarié qui n'a pas exécuté son préavis doit à l'employeur une indemnité compensatrice* », Cass. soc., 24 mai 2005, n° 03-43037, *Bull. civ.* V, n° 174, *RJS* 8-9/2005, n° 835 ; Cass. soc., 18 juin 2008, n° 07-42161, *Bull.* civ. V, n° 135, *JCP* S 2008.1493, note F. Dumont ; *Dr. ouvr.* 2008, p. 578, note P. Legeard.

[216] En témoigne l'évaluation des juges de cette indemnité sans référence à un quelconque préjudice : Cass. soc., 24 mai 2005, n° 03-43037, préc. : « *la cour d'appel n'avait pas à rechercher l'existence d'un préjudice* » ; Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-13891, *RJS* 8-9/13, n° 603.

statuer sur les motifs de la rupture »[217]. Les juges admettent le versement automatique de cette indemnité sans chercher si le salarié était ou non en mesure d'exécuter le préavis. Une telle généralité du bénéfice de l'indemnité révèle plus que le versement d'une indemnité salariale. Elle est, dans cette hypothèse, un outil de punition du licenciement nul. C'est en effet la nullité du licenciement qui justifie le versement de l'indemnité et non plus l'exécution possible ou non du préavis. Les juges s'intéressent davantage à l'illicéité constatée qu'à la prestation de travail qui devait être exécutée. Finalement, l'employeur est tenu de verser l'indemnité compensatrice de préavis à un salarié qui aurait peut-être été en incapacité d'exécuter le préavis. Il se dessine un mouvement selon lequel le juge utilise l' « indemnité » pour punir l'employeur.

b) L'indemnité de précarité.

24. La rupture d'un contrat de travail à durée déterminée s'accompagne, parfois, d'une indemnité destinée à compenser « *la précarité de la situation* »[218]. Si le législateur mentionne, expressément, son caractère salarial[219], la Cour de cassation use d'une formule ambiguë. Elle considère que « *l'indemnité de précarité compense pour le salarié la situation dans laquelle il est placé du fait de son contrat à durée déterminée* »[220]. Si, selon la définition retenue, la réparation compense un préjudice, cette indemnité pourrait alors ressembler à une mesure de réparation. Or, toute compensation n'est pas nécessairement une réparation. Rompant avec l'assimilation traditionnelle indemnité/dommages-intérêts, l'indemnité de précarité ne vient pas compenser un préjudice. La conclusion d'un contrat à durée déterminée, conformément à la loi, n'est pas préjudiciable. On ne saurait en effet considérer qu'une situation régulièrement constituée en vertu d'une disposition légale caractérise, en soi, un préjudice pour l'un de ceux qui s'y trouve valablement engagé. En revanche, le fait de ne pouvoir bénéficier d'un contrat à durée indéterminée place certains salariés dans une situation de précarité, que le législateur a voulu compenser. C'est donc le statut précaire qui justifie l'attribution d'une telle indemnité sans qu'elle ne soit assimilable à un préjudice. Il peut alors y avoir « *des différences de traitement fondées sur une différence de situation en rapport direct*

[217] Cass. soc., 5 juin 2001, n° 99-41186, *Bull. civ*. V, n° 211, *JSL* 2001, n° 83-5, obs. L. Seguin.
[218] Art. L. 1243-8 C. trav.
[219] Art. L. 1243-8 *in fine* C. trav.
[220] Cass. soc., 9 mai 2001, n° 98-44090 et 98-46205, *Bull. civ*. V, n° 153, *Dr. soc*. 2001, p. 925, obs. Cl. Roy-Loustanau.

avec la particularité des emplois en cause »[221]. L'indemnité doit compenser la précarité de certains salariés, et non de tous les salariés sous contrat à durée déterminée[222]. Ainsi, ni l'étudiant, destiné à reprendre ses études après les vacances scolaires, ni le salarié qui a refusé un contrat à durée indéterminée, ni celui dont le contrat s'est poursuivi en contrat à durée indéterminée[223], ne subissent la précarité[224]. Il y a donc avec l'indemnité de précarité une indemnité qui ne répare pas un préjudice mais une situation jugée devoir être compensée pour ce qu'elle est, la précarité, un « mal nécessaire » pour certains salariés précaires. Et cette précarité ne peut être qualifiée de préjudice car elle est organisée par le Droit. Or, le préjudice n'est pas créé par le Droit, il est, au contraire, une situation pathologique auquel le Droit répond, parfois, par une mesure de réparation.

25. Ces deux exemples confirment la subtilité de certaines indemnités en droit du travail et avertissent de l'effort à fournir pour reconnaître les véritables indemnités réparatrices, au regard du critère qu'est le préjudice. Cette utilisation extensive du terme « indemnité » traduit aussi un mouvement qui anime le droit de la responsabilité français, celui de la socialisation de l'indemnisation.

2) La solidarité au-delà de la réparation

26. « *Alors que la responsabilité civile, assurée*[225] *ou non, est longtemps apparue comme l'unique procédé possible de réparation des dommages, il est remarquable de constater qu'aujourd'hui la plupart des dommages corporels et même certains dommages matériels sont garantis, au moins partiellement, par des mécanismes de réparation*

---

[221] Cons. const., n° 2014-401 et n° 2014-402, DC, 13 juin 2014, *Liaisons soc. Quotidien*, n° 16612, 18 juin 2014, p. 1 ; *D.* 2014, p. 1282 ; *RJS* 8-9/2014, n° 612 ; pour la CJUE aussi, les dispositions de l'article L. 1243-10 C. trav. ne sont pas contraires au principe de non-discrimination en fonction de l'âge : CJUE, 1er octobre 2015, C-432/14, Aff. *O. c. France*, *D.* 2015, p. 2016 ; *JSL* 2015, n° 397-6, note F. Taquet.

[222] Art. L. 1243-10 C. trav. Les jeunes sous CDD durant leurs vacances scolaires, les salariés sous contrats à durée déterminée saisonniers et contrats à durée déterminée d'usage ne bénéficient pas de cette indemnité.

[223] Cass. soc., 20 septembre 2006, n° 04-43068, *Bull. civ.* V, n° 270 ; *JSL* 2006, n° 198-9 ; Cass. soc., 7 juillet 2015, n° 13-17195, *à paraître*, *D.* 2015, p. 1648.

[224] Selon le législateur. L'on peut penser que certains étudiants sont contraints de travailler pendant les vacances universitaires pour atténuer leur précarité lorsqu'ils ont cours.

[225] L'assurance de responsabilité reste dans le sillon de la responsabilité, n'étant ainsi qu'un procédé de socialisation indirecte d'indemnisation. Il faut toutefois reconnaître l'influence de l'assurance sur l'évolution du droit de la responsabilité : le responsable ne supporte plus directement la charge de la réparation, sa responsabilité peut alors être retenue plus facilement, « *en somme, Dis-moi si tu es assuré ou si tu pouvais t'assurer, je te dirai si tu es responsable* » (D. Mazeaud, Préface, *Lamy Droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*). C'est également l'action directe de la victime contre l'assureur qui illustre la force de l'assurance sur la responsabilité : la victime apparaît comme le créancier de l'assureur, et l'assurance comme « *la garantie de la créance d'indemnisation de la victime* » (L. Cadiet, « Les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit.*, p. 499).

collective dont le déclenchement est affranchi de toute condition relative à l'existence d'une responsabilité quelconque »[226]. Les idées socialistes[227] et les doctrines solidaristes[228] du XIXème siècle ont en effet influencé l'avènement de l'État providence[229] et le désir de justice sociale. L'indemnisation de la victime est devenu un véritable impératif social[230] que la responsabilité ne pouvait atteindre seule. Le développement de la solidarité s'est alors mis en marche. Sécurité sociale[231], fonds de garantie[232] ou offices[233] se sont multipliés, élargissant le domaine de la solidarité[234]. Ces mécanismes sont détachés de la responsabilité et n'exigent plus de la victime qu'elle démontre avoir subi un préjudice en lien avec le comportement d'un responsable. L'État et les organismes sociaux prennent en charge son préjudice. La solidarité et la responsabilité cohabitent donc sans se confondre. Elles entretiennent des liens indispensables pour pallier les carences de la responsabilité : débiteur irresponsable, insolvable ou indéterminable.

---

[226] G. Viney, « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », *APD* 1977, p. 5, spéc., p. 17. V. aussi, G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Paris, 1965 ; Ph. Pierre, *Vers un droit des accidents : le report de la responsabilité sur l'assurance*, th. dactyl. Rennes, 1992 ; Ch. Radé, « Responsabilité et solidarité : propositions pour une nouvelle architecture », *RCA* 2009, n° 3, mars 2009, dossier n° 5.

[227] Sur l'avènement des idées socialistes, V. A. Fouillée, *Le socialisme et la sociologie réformiste*, Félix Alcan, Paris, 1909 ; J.-C. Caron, *La France de 1815 à 1848*¸ A. Colin, Paris, 2002, spéc. p. 143 et s.

[228] F. Ewald, *L'État providence*¸ Grasset, Paris, 1986, p. 358 et s.

[229] Aujourd'hui « *à bout de souffle* » toutefois, selon A. Robinet et J. Bichot, *La mort de l'État providence*, Manitoba/Les belles lettres, Paris, 2015, qui proposent le passage à de « *vraies assurances sociales* », p. 119 et s.

[230] G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*¸ LGDJ, Paris, 1936, p. 159 : « *Ouvriers mutilés par une explosion de machine, voyageurs blessés au cours d'un transport, passants renversées sur une route, se voyaient dire par les tribunaux que les cas fortuits doivent être supportés sans recours par les victimes. Notre sensibilité n'admet plus la cruauté de cette solution. […] Celui qu'il accuse d'être directement ou indirectement l'auteur de l'accident, ayant des moyens de nuire, est en général dans une situation de fortune qui lui permet de payer. Entre le pauvre et le riche l'esprit démocratique ne saurait hésiter* ».

[231] Ordo. n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, *JO* du 6 octobre 1945 p. 6280 et n° 45-2453 du 19 octobre 1945 modifiant et codifiant la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles et adaptant cette législation à l'organisation de la sécurité sociale, *JO* du 20 octobre 1945 p. 6714, complétées par la loi n° 46-2426 du 30 octobre 1946 sur la prévention et la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, *JO* du 31 octobre 1946 p. 9273.

[232] J. Knetsch, *Les fonds d'indemnisation et la responsabilité*, *op. cit.*, qui recense l'ensemble des fonds d'indemnisation créés en France, n° 21 et s.

[233] L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* 5 mars 2002, p. 4118, qui crée l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux.

[234] Bien que la façon du législateur de créer ces institutions soit critiquable : V. Ch. Radé, « Responsabilité et solidarité : propositions pour une nouvelle architecture », *RCA*¸ mars 2009, dossier 5, n° 5 : l'auteur rappelle que ces régimes sont « éparpillés », que le maillage est imparfait laissant certaines victimes sans solutions ou au contraire concurrençant certaines institutions.

27. À l'issue de ce tour d'horizon des mécanismes venant compenser un « mal », un constat s'impose : la réparation est concurrencée par d'autres mécanismes. L'étudier suppose d'en retenir une définition précise, de façon à guider notre recherche. Un point de repère s'impose à nous : le préjudice. La réparation consiste à supprimer un préjudice. Cependant, tous les préjudices, autrement dit toutes les lésions à un droit qui créent un déséquilibre entre la situation « normale » de la victime et la situation effective, ne sont pas reconnus par le Droit. Le préjudice réparable se distingue en effet du préjudice « social », en ce qu'il répond à des critères de juridicité. Affinons ainsi notre définition : la réparation est une mesure qui compense un préjudice réparable.

Rechercher les particularités de la réparation du préjudice en droit du travail suppose, dans un premier temps, de reconnaître le préjudice réparable dans ce champ disciplinaire. Il faut se demander si l'analyse travailliste retient les mêmes conditions que le droit civil pour le qualifier. L'étude des qualités du préjudice « civiliste » permettra d'apprécier les ressemblances et les différences entre ces deux préjudices (Partie 1). La réflexion se poursuit, dans un second temps, par l'appréciation des mesures de la réparation, car reconnaître un préjudice réparable reste vain s'il n'est pas effectivement réparé. La réparation du préjudice repose, en droit civil, sur quelques grands principes. À la recherche d'un équilibre entre la protection du salarié et les contraintes économiques, il convient de se demander si l'analyse travailliste les respecte ou si elle a parfois dû s'en affranchir (Partie 2).

Partie 1. Le préjudice réparable

Partie 2. Le préjudice réparé

PARTIE I . LE PRÉJUDICE RÉPARABLE

28. Cette première partie doit permettre de reconnaître le préjudice réparable en droit du travail. L'exercice participe de la compréhension de l'analyse travailliste mais aussi à l'exercice de comparaison du droit du travail au droit civil. C'est en effet au regard des notions civilistes que peut être menée la recherche du préjudice « travailliste ».

Il a été précisé, en introduction, que toutes les atteintes matérielles, corporelles ou morales qu'une personne peut subir, ne sont pas des préjudices reconnus par le Droit. Il faut qu'elles soient qualifiées[235] comme tels. Celui qui se prétend créancier d'une dette de réparation doit démontrer au juge qu'il a subi un préjudice réparable. Ce dernier est une atteinte aux intérêts d'une personne qui remplit plusieurs qualités : être directement liée au fait générateur[236], être certaine, licite, personnelle[237] et prévisible[238]. Par cette

[235] Sur l'opération de qualification, V. F. Terré, « Retour sur la qualification », *in La procédure en tous ses états - Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, LGDJ, Paris, 2004, p. 419.

[236] Art. 1151 C. civ. (nouv. 1231-4) : « *les dommages et intérêts ne doivent comprendre […] que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention* ». Il s'agit moins d'une qualité du préjudice que d'un rappel du lien de causalité qui doit exister entre le fait générateur et le préjudice. « *L'inexécution du contrat ne saurait [en effet] être un prétexte pour faire supporter au fautif le poids d'un dommage qui a coïncidé avec sa défaillance mais est indépendant de celle-ci* » (E. Garraud, Étude 381 « La responsabilité contractuelle » *Lamy droit des contrats*, n° 381 et s. spéc. 381-156).

[237] Ces quatre qualités sont présentées, par tous les auteurs, comme les qualitiés générales du préjudice réparable. V. par exemple, Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, 1982, p. 3 ; G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 2006, p. 5 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, vol. II, *op. cit*., p. 2270 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 11e éd., Précis Dalloz, Paris, 2013, n° 698 et s. ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 2014, p. 476.

[238] Art. 1231-3 C. civ. (anc. 1150) : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ».

qualification, le préjudice n'est pas « *un simple baromètre de l'indemnisation* »[239], il participe aussi à l'encadrement de la responsabilité en limitant le champ de la réparation par la mise à l'écart de certains préjudices[240]. L'admission plus ou moins étendue du préjudice réparable dévoile donc l'importance accordée à certains préjudices ou à certaines victimes, et nous renseigne sur les dynamiques qui animent le droit de la réparation. Toutefois, le préjudice n'étant pas défini par la loi, il est laissé à l'appréciation des juges. C'est donc la comparaison de l'attitude des juges travaillistes à celle des juges civilistes qui nous permettra de définir les périmètres du préjudice réparable en droit du travail.

Pour apprécier l'existence d'un éventuel écart, deux réflexions sont à mener. D'abord, l'analyse des qualités du préjudice est indispensable. Les juges travaillistes exigent-ils les mêmes qualités qu'en droit civil ? Dans l'affirmative, les définitions retenues sont-elles celles que connaît le droit civil ? Ensuite, il pourra être question de la démonstration du caractère réparable du préjudice devant le juge. Les juges travaillistes favorisent-ils la démonstration de ces qualités ? On peut aussi se demander si ces qualités sont toujours suffisantes à la démonstration du caractère réparable, ou s'il faut parfois démontrer davantage.

La découverte du préjudice réparable en droit du travail suppose une étude en deux temps. Après avoir étudié les qualités du préjudice réparable (Titre 1), sa démonstration devant le juge pourra être appréciée (Titre 2).

[239] A. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable*, – *Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, PUAM, Aix-en-Provence, 2014, p. 141.
[240] J.-S. Borghetti, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *in Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, Paris, 2008, p. 145, spéc. p. 148.

TITRE I. L'ANALYSE DES QUALITÉS DU PRÉJUDICE RÉPARABLE

29. La notion de préjudice apparaît largement ouverte[241], et serait même, pour certains, diluée[242]. Or, loin de perdre toute cohérence[243], le préjudice réparable doit toujours être direct, certain, personnel, licite et prévisible. Ces critères cumulatifs font de lui une catégorie juridique[244] unitaire. Ce qui pose en revanche question, ce sont les définitions retenues de ces qualités. Une définition stricte permet de limiter l'admission des préjudices réparables, alors qu'une souple interprétation l'étend. Quelle appréciation des qualités du préjudice retiennent les juges travaillistes ? Est-elle la même qu'en droit commun ?

La démonstration suppose d'apprécier la définition civiliste des qualités du préjudice pour la comparer à celle retenue en droit du travail, afin de mesurer un éventuel écart. Suivant les conceptions civilistes, nous avons fait le choix d'apprécier le caractère direct du préjudice sous l'angle de la causalité[245] à travers l'existence de préjudice présumé. Cette qualité sera donc étudiée au sein de la question relative à la démonstration du préjudice réparable[246]. En revanche, s'agissant des quatre autres qualités exigées du préjudice en droit civil, la comparaison révèle l'adoption parfaite de l'analyse civiliste de certaines qualités (Chapitre 1), alors que d'autres ont été adaptées au préjudice « travailliste » (Chapitre 2).

---

[241] V. par ex., le « préjudice affectif des fans de Michael Jackson : « La justice française reconnaît le "préjudice affectif" de fans de Michael Jackson », *Le monde*, 11 février 2014.

[242] L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », *op. cit.*, spéc. p. 39 : « *L'histoire de la responsabilité est par faveur pour les victimes celle d'une dissolution continue des qualités requises du préjudice pour ouvrir droit à réparation* ».

[243] À l'instar de notre voisin transatlantique : D. Gardner, « La réparation : le point de vue nord-américain », travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et les Assurances : www.grerca.univ-rennes1.fr ; L. Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité – Le droit français face à la dérive américaine », *in Esprit*, Paris, juin 1993, p. 5.

[244] C'est-à-dire un cadre dans lequel prennent place les éléments de la vie juridique. Le droit repose en effet sur l'existence de concepts (V. J.-L. Bergel, « À la recherche de concepts émergents en droit », *D.* 2012, p. 1567), de définitions et de classements qui permettent de qualifier juridiquement un fait.

[245] Ph. Le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 1410 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 228 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 703. V. aussi C. Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2010.

[246] Sur cette démonstration, *cf. infra*, p. 131 et s.

Chapitre 1. L'analyse civiliste adoptée

30. Parmi les qualités exigées du préjudice réparable, la légitimité et la prévisibilité sont des qualités qui ont connu une évolution particulière en droit civil. Elles ne sont plus que de faibles limites du préjudice réparable. La légitimité a connu une évolution qui a libéré le préjudice de certaines considérations morales. La prévisibilité est, quant à elle, souvent renvoyée à l'appréciation souveraine des juges du fond, et ne tient que rarement un rôle contraignant de définition du préjudice. Souple appréhension de la légitimité (Section 1) et indifférence à l'égard de la prévisibilité (Section 2) en droit commun, le droit du travail partage-t-il ces conceptions ?

Section 1. L'appréhension extensive de la légitimité

31. La nécessité d'un préjudice « légitime » semble n'être que « *la transposition dans le droit de la responsabilité civile d'un principe général de procédure civile qui fait de l'intérêt légitime une condition nécessaire de l'action en justice* »[247]. Le droit ne saurait protéger une situation que l'ordre public condamne[248]. Toutefois, l'exigence de légitimité[249] ne se cantonne pas à l'ordre public. Le professeur Marty la présentait sous deux angles : la licéité et la moralité[250]. Cette conception plus large permet de l'apprécier comme une véritable qualité du préjudice réparable (§1), à l'origine d'un certain assouplissement licite et moral (§2).

[247] P. Maistre du Chambon, fasc. 220 « Régime de la réparation – action en réparation – parties à l'instance », *JCl Civil Code, Art. 1382 à 1386*, n° 14.
[248] Les articles 6 et 1131 du code civil viennent protéger l'ordre public et les bonnes mœurs en droit des obligations.
[249] Pour une étude approfondie : M. Puech, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, Paris, 1974 ; V. aussi, G. Wicker, « La légitimité de l'intérêt à agir », *in Mélanges en l'honneur d'Y. Serra, Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2005, p. 455.
[250] G. Marty, note sous Cass. civ., 27 juillet 1937, *Métenier*, *S*. 1938, I, p. 321.

§1. La légitimité, une condition de fond du droit à réparation

32. La difficile appréhension de la légitimité tient, d'une part, à sa proximité avec des concepts mouvants – elle demeure en effet soumise à l'évolution des idées, à la préoccupation de la répression et à la recherche de la réparation – et d'autre part, à sa place au sein de la théorie générale du préjudice : caractère réparable du préjudice ou concept inhérent à l'action en justice[251] ?

La mission de la condition de légitimité est de ne faire accéder à la réparation que les préjudices « *socialement dignes de protection* »[252]. Les juges ont affirmé cette volonté en considérant les seuls « *intérêts légitimes juridiquement protégés* »[253] comme réparables. Il n'est pas seulement question d'imposer une règle de procédure mais d'offrir un cadre au préjudice réparable. « *Dire d'un préjudice qu'il est illicite peut, en effet, d'abord signifier qu'il prend sa source dans une situation, de fait ou de droit, illicite ainsi en est-il par exemple […] quand le contrat invoqué a une cause ou un objet immoraux* »[254]. C'est ce sens de l'illicéité qui a longtemps permis d'opposer une fin de non-recevoir à l'action de certaines victimes « immorales », à l'instar des concubins[255]. « *Mais parler de préjudice illicite peut aussi vouloir signifier que la victime a eu, lors de l'événement qui lui a donné naissance, un comportement illicite* »[256]. On peut toutefois constater une appréciation extensive de la légitimité de l'action de la part de la chambre criminelle[257] et « *c'est ainsi qu'en pratique, lors même que l'intérêt invoqué est né d'une situation illicite ou immorale* »[258], la victime peut se constituer partie civile et obtenir des dommages-intérêts.

33. La deuxième chambre civile, en posant le principe selon lequel « *une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si celles-ci sont*

---

[251] L'article 31 C. P. civ. : « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ».
[252] A. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable*, *op. cit*., p. 141.
[253] Cass. civ., 27 juillet 1937, *Métenier*, préc.
[254] Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, *op. cit.*, p. 6.
[255] Appréciation désormais surannée : Cass. ch. mixte, 27 février 1970, n° 68-10276, *Bull. ch. mixte*, n° 1, *D.* 1970, p. 201, note R. Combaldieur, *JCP* 1970.II.16305, concl. R. Lindon et note P. Parlange ; *JCP* 1971.I.2390, note J. Vidal.
[256] Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, *op. cit.*, p. 6.
[257] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – tome 2. Procédure pénale*, 5e éd., Cujas, Paris, 2001, n° 891 et s. Les auteurs expliquent que « *d'une façon tout à fait discutable, la Cour de cassation ne sépare pas la recevabilité et le droit à réparation : elle déclare la victime à la fois recevable à se constituer et fondée à obtenir des dommages-intérêts* ».
[258] Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, *op. cit*., p. 15.

licites »[259], a confirmé le rôle de la légitimité en tant que qualité du préjudice réparable. En rejetant la réparation du préjudice, sur le seul fondement de l'article 1240[260] du Code civil, les juges de la Cour de cassation ont fait de l'exigence de légitimité du préjudice une condition de « réparabilité »[261] et non pas seulement une condition de recevabilité de l'action en justice.

Les faits de l'espèce ont contraint la Cour de cassation à prendre position sur le rôle de l'illégitimité dans la reconnaissance du préjudice. Une salariée, victime d'un accident de la circulation, demandait la réparation intégrale de son préjudice constitué par la perte de ses revenus déclarés et non déclarés. Son action est légitime puisqu'une partie de ses revenus est parfaitement licite. Aucune fin de non-recevoir ne pouvait lui être opposée[262]. Son comportement n'est pas fautif, elle est victime d'un accident de la circulation, aucune cause d'exonération ne peut pas, non plus, lui être opposée[263]. Pour ne pas admettre la réparation du préjudice subi par la perte de revenus obtenus de façon illicite, les juges étaient donc contraints d'apprécier la licéité du préjudice en tant que qualité du préjudice. La solution, bien que critiquée[264], est ferme. L'équité ne peut permettre une violation de la réglementation en vigueur. Le simple constat de la situation illicite suffit à refuser l'indemnisation : les raisons de cette illicéité ne sont donc pas à prendre en compte[265] pour revenir sur ce refus. Ces solutions[266] affirment la place de la légitimité au sein des critères du préjudice réparable et imposent une question : l'avantage dont les victimes

---

[259] Cass. civ., 2ème, 24 janvier 2002, n° 99-16576, *Bull. civ.* II, n° 5, *JCP* G 2002.II.10118, note Ch. Boillot ; *RTD civ*. 2002, p. 306, obs. P. Jourdain ; *Rép. Def.*, 2002, p. 789, note R. Libchaber ; *D.* 2002, p. 2559, note D. Mazeaud ; *JCP* G 2003.152, obs. G. Viney.

[260] Anc. art. 1382 C. civ.

[261] Nous utiliserons ce néologisme pour désigner l'état du préjudice qui satisfait aux critères juridiques lui permettant d'être considérés, par le Droit, comme réparable.

[262] À l'inverse de la solution rendue le 27 mai 1999 par la deuxième chambre civile qui rejette la demande en réparation à défaut d'intérêt légitime à agir : Cass. civ., 2ème, 27 mai 1999, n° 97-19234, *Bull. civ.* II, n° 105, *JCP* G 2000.I.197, obs. G. Viney ; *RTD civ*. 1999, p. 637, obs. P. Jourdain.

[263] La solution ne s'inscrit donc pas en rupture avec celle que la première chambre civile a rendue à propos de l'adage *nemo auditur* et de son inopposabilité en matière délictuelle : Cass. civ., 1ère, 17 novembre 1993, n° 91-15867, *Bull. civ.* I, n° 326, *RTD civ.* 1994, p. 115, obs. P. Jourdain, V. aussi, Ph. Le Tourneau, *La règle Nemo auditur…*, LGDJ, Paris, 1970.

[264] G. Viney, obs. sous Cass. civ., 2ème, 24 janvier 2002, préc. : « *En effet l'application du principe de non-indemnisation de la perte d'un profit illicite à l'ensemble des rémunérations non déclarées nous semble pêcher par excès, car ce ne sont pas les rémunérations non déclarées qui sont illicites, mais seulement le profit tiré par le salarié de la non déclaration, ce qui est bien différent* ».

[265] La Cour d'appel avait accueilli la demande de la salariée considérant que la situation de travail illicite avait été demandée et imposée par l'employeur.

[266] Pour une confirmation de la solution, V. Cass. civ., 2ème, 22 février 2007, n° 06-10131, *Bull. civ.* II, n° 49, *JCP* G 2007.I.185, n° 1, obs. Ph. Stoffel-Munck.

réclament compensation est-il légitime[267] ? Même si certains n'y voient toujours qu'une prolongation d'une règle de droit processuel[268], on peut aujourd'hui distinguer la légitimité du préjudice de la légitimité de l'intérêt à agir[269]. Il serait, en effet, « *anormal, que sous couvert d'apprécier la légitimité de l'intérêt à agir, les juges saisis de l'action apprécient déjà la légitimité de la prétention, […], car ça serait confondre le droit et l'action, faire découler l'existence de l'action de considérations tenant au fond même du droit* »[270]. L'intérêt à agir peut donc être légitime, ouvrant l'accès au juge, sans que le préjudice ne soit ensuite réparable.

34. « *Nécessaire limite à l'étendue du droit à réparation* »[271], la légitimité en tant que condition de la « réparabilité » du préjudice participe à la dissuasion des actions émanant de certaines victimes, mais une interrogation demeure quant au contenu de cette exigence. L'approche retenue, plus ou moins libérale, influence les contours du préjudice réparable. Une appréciation souple de la légitimité peut en effet permettre d'étendre les limites du préjudice réparable, et ainsi permettre une reconnaissance plus large de préjudices.

§2. La légitimité, une condition appréciée avec souplesse

35. La légitimité du préjudice a pu être qualifiée de « *qualité indifférente de principe* »[272] en raison de l'approche libérale des juges vis-à-vis de la notion de préjudice. Un tel affaiblissement de l'exigence de légitimité, tant dans sa dimension morale (A) que légale (B) en fait un filtre moins efficace en droit commun et en droit du travail.

---

[267] Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. civ., 2ème, 22 février 2007, n° 06-10131, *op. cit.* : « *[la solution] exprime en particulier que la source du refus d'indemnisation ne réside pas dans un jugement de valeur sur la personne ou la situation du demandeur mais dans une appréciation de l'objet de sa demande* ».

[268] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit*., n° 704 ; G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité, op. cit*., n° 271.

[269] Une distinction déjà avancée en 1970 : J. Vidal, « L'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », *JCP* 1971.I.2390.

[270] Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit*., n° 1392.

[271] Ch. Boillot, note sous Cass. civ., 2ème, 24 janvier 2002, *op. cit*.

[272] L.-F. Pignarre, « La notion de préjudice », *Lamy Droit de la responsabilité*, n° 214.

A. Un affaiblissement de la dimension morale

36. La légitimité « *devient le concept fondamental qui va permettre de trier au cœur de la théorie du préjudice les intérêts lésés qui pourront être indemnisables* »[273], elle participe ainsi à la désignation des contours du préjudice réparable. Et si, initialement, l'illégitimité permettait à la Cour de cassation de refuser l'indemnisation de certains préjudices, « *depuis la fin des années 1980, [elle] a changé radicalement son approche. Il ressort des décisions les plus récentes que l'indignité de la victime ne constitue plus ni une cause de non-responsabilité ni une fin de non-recevoir* »[274]. Le Professeur Maistre du Chambon relève, à cet effet, que l'attitude des juges de la chambre criminelle est sans doute « *parfois, dictée par des considérations d'opportunité tenant à sa volonté d'augmenter le nombre des victimes recevables afin d'accroître sensiblement les chances de voir dénoncer les infractions* »[275]. Les chambres civiles connaissent, elles-aussi, un « *déclin de la constante de légitimité* »[276], illustré par des étapes désormais célèbres : reconnaissance du préjudice de la concubine[277] et du préjudice lié à la naissance[278]. Ces appréciations ne retirent pas à la constante de légitimité sa place au sein de la responsabilité[279]. Le juge la contrôle, mais il faut bien admettre que les décisions rendues forment un ensemble « *hétéroclite* »[280] sans apparente cohérence[281].

---

[273] X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, op. cit.*, p. 135.
[274] *Ibid.*
[275] P. Maistre du Chambon, fasc. 220, *JCl Civil Code, Art. 1382 à 1386, op. cit.*
[276] X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, op. cit.*, p. 140.
[277] Cass. ch. mixte, 27 février 1970, préc..
[278] Le préjudice résultant du handicap est illustré dans l'affaire Perruche. Dans un arrêt du 26 mars 1996, la première chambre civile décide que le dommage subi par l'enfant né handcapé est réparable (Cass. civ. 1ère 26 mars 1996, *D*. 1997, p. 35, note J. Roche-Dahan, p. 322, obs. J. Penneau ; *RTD civ*. 1996, p. 623, obs. P. Jourdain, et p. 871, obs. J. Hauser). La Cour d'appel de renvoi résiste et refuse d'indemniser l'enfant qu'elle considère comme non titulaire du droit de naître ou ne pas naître, de vivre ou ne pas vivre (CA Orléans, 5 février 1999). C'est donc en assemblée plénière que le débat sera tranché, les juges affirment le préjudice réparable de l'enfant né handicapé (Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13701, *Bull. ass. plén.*, n° 9, *D*. 2001, p. 336, note D. Mazeaud et P. Jourdain, *op. cit.* ; V. aussi, Ch. Radé, « Être ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question ! », *RCA* 2001, chron., p. 4 ; J.-L. Aubert, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas du être », *D*. 2001, p. 489 ; L. Aynès, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D*. 2001, p. 492 ; P. Kayser, « Un arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique », *D*. 2001, p. 1889 ; G. Mémenteau, « L'action de vie dommageable », *JCP* G 2000.I.279 ; Ch. Radé, « Retour sur le phénomène Perruche : vrais enjeux et faux-semblants », *in Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 231). Le législateur est finalement intervenu pour préciser que le seul fait de sa anaissance ne justifie pas d'invoquer un préjudice. En revanche, la responsabilité du médecin en cas de faute peut être engagée (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé et l'insertion de l'article L. 114-5 C. de l'action sociale.)
[279] R. Libchaber, note sous Cass. civ., 2ème, 24 janvier 2002, n° 99-16576, *op. cit.*, p. 789.
[280] Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit*., n° 193.

37. Des explications sociologiques peuvent sans doute justifier ces évolutions. Suivant l'évolution des mœurs, elles-mêmes transformées[282], la légitimité du préjudice a changé de valeur. L'idéal divin[283] ou philosophique[284] a été abandonné, au profit d'une appréciation plus factuelle des bonnes mœurs[285]. « *Dans une telle conception "moralo-sociale" des bonnes mœurs, celles-ci ne peuvent condamner qu'une conduite minoritaire. Si une conduite se trouve répandue et généralisée, elles doivent nécessairement changer ou s'adapter* »[286]. C'est ainsi que le concubinage n'est plus perçu comme illégitime dans une société qui ne fait plus du mariage la règle. La notion de bonnes mœurs dépend désormais de la liberté des individus, laissant certains penser qu'elles sont condamnées à mourir[287]. Les valeurs morales ou philosophiques semblent « *incapables de réfréner certaines demandes indemnitaires* »[288], telles que l'illustre la jurisprudence relative aux préjudices de naissance.

38. Savoir si la naissance et la vie sont des préjudices réparables posait une question éthique. En décidant que la naissance en bonne santé ne constitue pas un préjudice moral[289], les juges affirmaient « *symboliquement la valeur intrinsèque de la vie et sa supériorité sur le respect des convenances personnelles de la mère et pour éviter à l'enfant, qui découvrirait plus tard la vérité, l'humiliation de constater qu'il n'a été pour ses parents qu'"un préjudice" dont ils ont cherché à se faire indemniser, après avoir tenté en vain de se débarrasser de lui* »[290]. *Cette « disqualification du préjudice* »[291]

---

[281] Pour une liste non-exhaustive des préjudices réparables et rejetés en raison de la licéité, V. Ph. Brun, *ibid*.

[282] V. B. Lavaud-legendre, *Où sont passées les bonnes moeurs ?*, PUF, Paris, 2005.

[283] G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4e éd., 1949, n° 23 et s.

[284] R. Demogue, *Traité de droit des obligations*, t. II, Rousseau, Paris, 1923, p. 598.

[285] J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », *in* Ch. Perelman et R. Vander Elst (sous la dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 77.

[286] O. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable, op. cit*., p. 144.

[287] Si elles ne le sont pas déjà : D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes, vive l'ordre public philanthropique », *in Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XXème siècle*, Litec, Paris, 2001, p. 493. La réforme du droit des obligations supprime la notion (V. M. Fabre-Magnan, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », *SSL* 2016, n° 1715, p. 5) et les remplace par une référence à l'ordre public : on retrouvait la notion de bonnes mœurs aux articles 1133 et 1172 du Code civil, désormais les nouveaux articles 1102 et 1162 font référence à l'ordre public.

[288] O. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable, op. cit*., p. 144.

[289] Cass. soc., 1ère, 25 juin 1991, n° 89-18617, *Bull. civ.* I, n° 213, *D.* 1991, p. 566, note Ph. Le Tourneau ; *JCP* G 1992.II.21784, note J.-F. Barbieri ; *RTD civ*. 1991, p. 753, obs. P. Jourdain. Pour la jurisprudence administrative non plus : CE 2 juillet 1982, n° 23141, *D*. 1984, p. 425, note J.-B. D'Onorio.

[290] G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité, op. cit*., n° 249-2.

[291] M. Paillet, « L'enfant-préjudice devant le juge administratif et la dignité de la personne », *in Mélanges Bolze, Éthique, Droit et Dignité de la personne*, Économica, Paris, 1999, p. 261.

résultait toutefois de présupposés éthiques et restait fragile juridiquement[292]. D'autant plus que la naissance d'un enfant handicapé causait, en revanche, un préjudice réparable à l'enfant[293]. Fallait-il comprendre qu'il existe « *une hiérarchie entre les différentes vies : celles "normales", valant la peine d'être vécues, et celles "diminuées" physiquement ou intellectuellement, "ne valant pas la peine d'être vécues* »[294] ? Le législateur a mis fin au débat en énonçant la règle selon laquelle « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* »[295]. Il n'empêche que le déclin de la dimension morale de l'illégitimité ne fait plus de doute. Ce déclin s'accompagne aussi d'un relâchement de l'aspect légal, auquel participent les juges travaillistes.

B. Un affaiblissement de la dimension légale

39. « *On aurait pu penser que le respect dû à la loi était plus important que le respect de considérations morales dont l'origine est souvent religieuse. Il n'en est rien. Et, depuis de nombreuses années, la jurisprudence se montre conciliante à l'égard des victimes, que leur dommage soit intrinsèquement illicite ou entaché d'illicéité en raison de la situation de la victime qui l'invoque* »[296]. Réparation des dettes de jeu[297], admission des chèques sans provision[298], remboursement de sommes à une prostituée[299], réparation du préjudice causé par un train à une victime sans titre de transport[300] sont autant de situations qui

---

[292] D. Mazeaud, « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de "l'idéologie de la réparation") », *in Le droit privé français à la fin du XX*ème *siècle, Études offertes à Pierre Catala, op. cit*, p. 569.
[293] Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, préc.
[294] O. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable, op. cit*., p. 159.
[295] Art. L. 114-5 C. de l'action sociale.
[296] O. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable, op. cit*., p. 162.
[297] L'article 1965 C. civ. interdit au créancier d'une dette de jeu de réclamer la réparation de son préjudice lorsqu'il est constitué par le fait de ne pas avoir obtenu le paiement de sa créance. La jurisprudence a toutefois relativisé cette interdiction en admettant le recouvrement de certaines créances de jeux organisés par l'État, V. not., Cass. mixte, 14 mars 1980, n° 79-90154, *Bull. ch. mixte*, n° 3, *D*. 1980, p. 434, obs. M. Cabrillac ; Cass. crim., 29 avril 1996, n° 95-85079 et n° 95-85084, *Bull. crim*. n° 169, *RTD com*. 1997, p. 154. Ces jeux de hasard, organisés et réglementés par l'État expliquent la jurisprudence, « *ne pas autoriser certains établissements de jeu à recouvrer les dettes de leurs joueurs aurait d'ailleurs quelque chose de contradictoire, alors que l'activité qu'ils exercent est expressément promue par l'État* », O. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable*, *op. cit*., p. 164.
[298] Le porteur d'un chèque sans provision peut obtenir une somme égale au montant du chèque, sans préjudice des dommages et intérêts, art. L. 131-81 II C. mon. fin. Le texte ne distingue pas le porteur de bonne ou de mauvaise foi. Dans la mesure où la réception de chèque sans provision est un délit (art. L. 163-2 C. mon. fin.), il semble que le préjudice du porteur de mauvaise foi soit illicite. Pourtant, la Cour de cassation a déjà pu admettre l'action du porteur de mauvaise foi : Cass. com., 12 janvier 1993, n° 90-17015, *Bull. civ*. IV, n° 3 ; *JCP* E 1993.425, note M. Cabrillac.
[299] Cass. crim., 7 juin 1945, *D*. 1945, p. 149, note R. Savatier.
[300] Cass. civ., 2ème, 19 février 1992, n° 90-19237, *Bull. civ*. II, n° 54, *JCP* 1993.II.22170, note G. Casile-Hugues.

témoignent de l'indifférence des juges à la situation de légalité dans laquelle se trouve, ou non, les victimes.

40. Le droit du travail est particulièrement confronté à la question du préjudice licite dans le contentieux du travail dissimulé. Il y a d'abord une question d'intérêt légitime à agir. C'est notamment l'hypothèse d'un arrêt du 27 mai 1999[301]. L'employeur souhaitait obtenir réparation du préjudice causé par l'absence de l'une de ses salariées qu'il n'avait jamais déclarée à l'URSSAF. Les juges décidèrent que « *la société ne justifiait pas d'un intérêt à agir* » sur le fondement de l'article 31 du Code de procédure civile.

Sur le droit à réparation ensuite, les juges sont venus préciser, au visa de l'article 1240[302] du Code civil, que les préjudices liés à des revenus obtenus de façon illicite ne peuvent être réparés[303]. Or, le salarié qui travaille pour un employeur qui n'a pas déclaré l'emploi, ou n'a pas versé la rémunération correspondant au temps de travail effectif, est victime de travail dissimulé[304]. Il subit donc une situation illicite. Est-ce dire qu'il ne peut demander réparation du préjudice subi du fait de ce travail illicite ? Lui refuser une telle action reviendrait à favoriser le travail illicite plutôt que le salarié qui en est victime. C'est pourquoi, il peut réclamer devant le conseil de prud'hommes le rétablissement de ses droits[305], mais aussi des dommages-intérêts pour le préjudice résultant de la dissimulation de son emploi. Plus encore, une indemnité forfaitaire est prévue dans le Code du travail[306], une indemnité qui « *répare le préjudice subi par le salarié du fait du travail dissimulé, [et qui] a un caractère indemnitaire* »[307]. La Cour de cassation considère, en effet, que « *si la législation sur le travail clandestin a été édictée en vue de l'intérêt général, elle n'en tend pas moins également à la protection des particuliers, qui peuvent, lorsque sa méconnaissance leur a causé un préjudice personnel et direct, en obtenir réparation* »[308]. La réparation du préjudice subi en raison du travail illicite est donc commandée par la volonté de sanctionner cette pratique, érigée en délit[309]. On comprend que cette volonté dépasse l'exigence de licéité du préjudice, sans quoi, les juges ne

[301] Cass. civ., 2ème, 27 mai 1999, n° 97-19234, préc.
[302] Anc. art. 1382 C. civ.
[303] Cass. civ., 2ème, 24 janvier 2002, préc.
[304] Art. L. 8221-1 et s. C. trav.
[305] Bulletins de paie, rémunération,…
[306] Art. L. 8223-1 C. trav. L'indemnité forfaitaire est fixée à six mois de salaire, sauf dispositions conventionnelles plus favorables.
[307] Cass. soc., 20 février 2008, n° 06-44964 à 06-44967, *Bull. civ*. V, n° 42, *JCP* S 2008.1235, note A. Martinon.
[308] Cass. crim., 6 février 2001, n° 00-81526, *Bull. crim*. n° 32, *D*. 2002, p. 1457, obs. J. Pradel.
[309] Art. L. 8224-1 C. trav.

pourraient accorder une réparation aux salariés victimes de ces pratiques. Et, même informé de la situation, le salarié conserve l'intégralité de ses créances[310].

41. La sanction du travail illicite témoigne ainsi de la distance prise par le droit du travail vis-à-vis de la qualité de licéité du préjudice. Justifiée par une volonté politique[311], la classique démonstration d'un préjudice licite est écartée. À la question posée par le Professeur Stoffel-Munck, « *l'avantage dont les victimes réclament compensation est-il licite ?* »[312], il aurait fallu répondre par la négative puisque le travail dissimulé est illicite. Mais, parce qu'on veut lutter contre le travail dissimulé, la réparation des préjudices en découlant devient un moyen de dissuasion qui justifie la reconnaissance des préjudices qu'il fait naître.

42. L'analyse travailliste ne vide pas de sens la qualité de légitimité du préjudice, mais s'en affranchit, afin d'assurer l'admission des préjudices réparables. Cette même liberté d'appréciation se retrouve dans l'étude de la prévisibilité.

Section 2. La mise à l'écart de la prévisibilité

43. L'article 1150 du Code civil est « *traditionnellement présenté par la doctrine comme une conséquence inéluctable de l'autonomie de la volonté* »[313] : seuls les dommages prévisibles seront réparés par le contractant. Toutefois, une application devant les tribunaux qui se raréfie[314] et un faible intérêt doctrinal[315] ont peu à peu raison de l'attention portée au caractère prévisible du préjudice. L'observation des arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation n'échappe pas au même constat. Les références à l'article 1150 du Code civil par les juges de la chambre sociale restent rares et lorsque certains plaideurs s'aventurent à soulever cet argument dans leurs moyens, ils

[310] Cass. soc., 4 avril 1990, n° 87-42418, *Bull. civ*. V, n° 158.
[311] Circulaire interministérielle relative à la mise en œuvre du plan national de lutte contre le travail illégal 2013-2015 du 11 février 2013 : « *Le poids du travail illégal et de l'économie informelle appelle des actions de l'État et des partenaires sociaux afin de mettre fin à des abus inacceptables qui empêchent l'accès aux droits des personnes concernées* ».
[312] Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. civ., 2ème, 22 février 2007, *op. cit.*, n° 1.
[313] M. Bacache, note sous Cass. civ., 1ère 28 avril 2011, n° 10-15056, *D.* 2011, p. 1725, spéc. p. 1729.
[314] G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 319 ; P. Jourdain, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », *op. cit.*, p. 76.
[315] À l'exception d'une thèse : I. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel - (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, th. dactyl., Paris, 1979.

se voient opposer l'appréciation souveraine des juges du fond[316]. La règle, quelque peu « vieillissante »[317], demeure pourtant dans le code après la réforme du droit des obligations[318]. Elle ne peut donc être considérée comme une condition oubliée du droit de la responsabilité. Elle s'inscrit, au contraire, comme le critère de distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (§1), malgré une faible mobilisation par les juges (§2).

§1. La prévisibilité, une condition du préjudice réparable en matière contractuelle

44. Le dommage prévisible est celui « *dont l'éventualité n'a pas pu être ignorée par le débiteur au moment de la formation du contrat* »[319]. Il ne concerne donc que les contractants, et le contrat serait d'ailleurs l'un de ses fondements[320]. Si la responsabilité délictuelle sanctionne la violation d'un devoir général, la responsabilité contractuelle, quant à elle, sanctionne un engagement dont les parties sont censées avoir conscience. C'est donc la volonté des parties, antérieure au dommage, qui exige que le dommage réparé soit le seul qu'elles aient pu prévoir[321]. Ne considérer que le dommage prévisible peut donc signifier deux choses. La prévisibilité peut être un élément de désignation du préjudice réparable – *est-ce que ce préjudice est réparable ?* – (B) ou être un élément de sa réparation – *dans quelle limite ce préjudice sera réparé ?*- (A).

A. Un élément de la réparation

45. La prévisibilité est un élément de la réparation pour ceux qui y voient la négation du principe de réparation intégrale. Pour les Professeurs Mazeaud et Tunc, « *c'est dans l'article 1150 que se trouve contenue la plus importante dérogation au principe de non-*

[316] V. par exemple, Cass. soc., 4 avril 2006, n° 04-47454, « *le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par les juges du fond, de l'existence et de l'importance du préjudice subi par le salarié* ».
[317] Y. Chartier, *La réparation du préjudice, op. cit*., p. 83.
[318] Art. 1231-3 C. civ. (anc. Art. 1150 C. civ.).
[319] O. Gout, obs. sous Cass. civ., 1ère 28 avril 2011, n° 10-15056, *D.* 2012, p. 47.
[320] Chacun doit pouvoir calculer les risques qu'il prend en s'engageant, J. Flour, J.-L. Aubert, et E. Savaux, *Les obligations- Le rapport d'obligations*, Sirey, 5ème éd., 2007, n° 218.
[321] Ch. Radé, « Fasc. 10 : Droit à réparation. – Conditions de la responsabilité contractuelle . – Dommage », *JCl Civil*, art. 1146 à 1155, n° 20.

proportionnalité de l'indemnité à la faute, celle qui fait, en matière contractuelle, presque entièrement disparaître la règle »[322]. Selon eux, la prévisibilité du dommage « *empêche que la victime soit entièrement indemnisée* »[323]. L'article 1150 du Code civil, en limitant le dommage réparable au seul dommage prévisible ou prévu « *conduit inéluctablement à présenter l'article 1150 comme une exception au principe de réparation intégrale* »[324]. Elle est une stratégie des plaideurs qui utilisent « *cette exigence, souvent invoquée par les débiteurs pour tenter de limiter l'étendue de la réparation* »[325].

46. Par un arrêt du 7 juillet 1924[326], la Cour de cassation avait adopté une interprétation qui confirmait cette position. Les juges décidaient que l'article 1150 du Code civil « *ne faisait aucune allusion à la prévision de la cause du dommage et que, loin de mettre à la charge du débiteur de bonne foi, des dommages et intérêts dont la quotité dépasserait ses prévisions, il déclarait explicitement que, hors le cas de dol, le débiteur n'était tenu que des dommages et intérêts qui avaient pu être prévus dans le contrat* »[327]. La solution revenait donc à limiter les dommages et intérêts prévisibles et non le dommage prévisible. La prévisibilité n'était pas une condition que devait remplir le préjudice, mais un instrument de mesure de la réparation. L'interprétation ne pouvait résister aux périodes d'instabilité monétaire[328] : « *pour assurer au créancier une indemnité satisfactoire, [le dommage devait être] défini indépendamment de sa valeur variable et que celle-ci fût évaluée par le juge au moment le plus proche possible de la réparation* »[329]. Plus qu'un élement de la réparation, la prévisibilité doit être considérée comme un vértiable élément du préjudice réparable.

B. Un élément de la réparabilité

47. Par un arrêt du 16 février 1954[330], la Cour de cassation change d'interprétation et décide que si « *les termes généraux de l'article 1150 du Code civil ne permettent pas de*

---

[322] H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, *op. cit*., p. 509.
[323] H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, *op. cit*., p. 522.
[324] M. Bacache, note sous Cass. civ., 1ère, 28 avril 2011, *op. cit*., spéc. p. 1727.
[325] Ch. Radé, note sous CA Dijon, 29 janvier 2008, *RCA* mai 2008, comm. 158.
[326] Cass. civ., 7 juillet 1924, *S*. 1925.I.321, note R. Lescot.
[327] *Ibid*.
[328] I. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel*, *op. cit*., p. 109.
[329] *Ibid.*
[330] Cass. com., 16 février 1954, *D*. 1954, p. 534, note R. Rodière.

mettre à la charge du débiteur contractuel des dommages et intérêts dont la quotité dépasserait les prévisions des contractants, […] ce texte ne concerne pas une […] variation [monétaire], une fois le dommage déterminé dans sa nature et dans son étendue ». Ce n'est plus l'évaluation des dommages-intérêts que commande cet article, mais l'étendue des conséquences de la défaillance contractuelle[331]. Les juges expliquent en effet qu'« *une fois le dommage déterminé dans sa nature et dans son étendue, il importe uniquement d'assurer à la victime une indemnisation intégrale par le versement de l'équivalent monétaire dudit dommage au jour de sa réparation* »[332]. La prévisibilité ne limite donc pas la réparation intégrale mais la reconnaissance du dommage réparable. Une fois le dommage considéré comme réparable au regard de l'exigence de prévisibilité, il doit être réparé intégralement. La prévisibilité est ainsi une condition de la réparabilité du préjudice et non de sa réparation[333]. En effet, « *ce que doit prévoir le débiteur à la conclusion du contrat est qu'un dommage peut se produire en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution* »[334] et non seulement l'étendue de cette réparation.

48. La doctrine s'est également intéressée au sens de la prévisibilité sous l'angle de la nature que l'on confère aux dommages-intérêts contractuels. Si l'on considère que les dommages-intérêts contractuels ne sont que l'exécution par équivalent de l'engagement convenu[335], alors le caractère prévisible ne limite pas la réparation, il fait coïncider le dommage à l'obligation initiale. L'article 1150 apparaît « *dans cette analyse comme une règle évidente, voire inutile* »[336]. À l'inverse, s'ils ont une véritable fonction indemnitaire[337], le texte marque la spécificité du régime contractuel en limitant la réparation au seul dommage prévisible.

---

[331] Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit*., n° 1043.

[332] Cass. com., 16 février 1954, préc. ; Cass. civ. 1ère, 1er juin 1976, n° 75-11611 et 75-11976, *Bull. civ*. I, n° 208, *JCP* 1976.II.18483, note R. Savatier.

[333] I. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil), op. cit.* p. 109 : « *il faut cesser de considérer l'article 1150 comme une règle portant limitation du montant de la réparation et l'interpréter ouvertement comme une disposition ayant pour objet de définir le dommage contractuel juridiquement réparable* ».

[334] J. Falin, « La réparation du dommage contractuel prévisible », *Rev. droit et patrimoine*, mai 2009, p. 50.

[335] V. L. Leturmy, « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ*. 1998, p. 839 ; Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.* ; D. Tallon, « Pourquoi parler de responsabilité contractuelle? », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard cornu*, PUF, Paris, 1995, p. 429 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2010/2011, n° 6 et s.

[336] M. Bacache, note sous Cass. civ., 1ère, 28 avril 2011, *op. cit*., spéc. p. 1726.

[337] V. G. Durry, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ? », *op. cit*., p. 22 ; P. Jourdain, « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », *in 6èmes Journées R. Savatier*, *Les métamorphoses de la responsabilité civile*, Paris, PUF, Paris, 1998, p. 65; C. Larroumet, « Pour la responsabilité contractuelle », *in Études offertes à P. Catala*, *op. cit*., p. 543 ; E. Savaux, « La fin

Selon Pothier, l'inexécution du contrat peut causer des dommages intrinsèques et extrinsèques[338], ou selon une analyse plus récente, des dommages consubstantiels et consécutifs à l'exécution[339]. Pour ceux qui nient l'idée d'une responsabilité contractuelle, seuls les dommages intrinsèques ou consubstantiels peuvent être réparés. Pour les défenseurs de la conception indemnitaire de la responsabilité contractuelle, une partie des dommages extrinsèques ou consécutifs peut être réparé à condition qu'ils aient été prévisibles. La prévisibilité peut alors devenir « *une condition du dommage réparable, spécifique à la responsabilité contractuelle. Ce n'est plus une notion inhérente à la nature même de l'action. Contrairement à la responsabilité délictuelle où la prévisibilité ne joue plus de rôle, une fois établi le lien causal entre le dommage et le fait générateur, elle permet, en matière contractuelle, d'écarter la réparation de certains dommages pourtant reliés par un lien de causalité à la faute du débiteur* »[340].

49. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 avril 2011[341] apporte quelques précisions sur le choix opéré par les juges. Un couple demandait à la SNCF la réparation du dommage causé par le retard du train, soit le remboursement des frais liés au voyage qu'ils avaient manqué. La Cour de cassation rejette leur demande considérant que rien n'expliquait « *en quoi la SNCF pouvait prévoir, lors de la conclusion du contrat, que le terme du voyage en train n'était pas la destination finale de M. et Mme X… et que ces derniers avaient conclu des contrats de transports aérien* ». En cassant la décision des juges du fond pour défaut de base légale, la Cour ne condamne pas l'existence d'un dommage s'étendant aux conséquences de l'inexécution, mais censure une démonstration insuffisante du caractère prévisible de ces conséquences pour le débiteur. Ce faisant, les juges admettent l'existence d'une responsabilité contractuelle, puisqu'ils acceptent que la réparation puisse s'étendre au-delà de la seule obligation inexécutée, charge à la victime de prouver que le préjudice était prévisible.

---

de la responsabilité contractuelle ? » *RTD civ*. 1999, p. 1. ; G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question » *in Études J. Ghestin, op. cit.*, p. 921.

[338] Pothier, *Traité des obligations*, tome I, tome I, Nouvelle édition, P. DIDOT L'AINÉ, Paris, 1830, n° 161 et 162 : le débiteur n'est tenu que des dommages soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation, « *damni et interesse, propter nem ipsan non habitam* », mais peut parfois, être tenu des dommages extrinsèques.

[339] V. P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat, essai de classification*, th. dactyl., Paris, 2000.

[340] M. Bacache, note sous Cass. civ., 1ère, 28 avril 2011, *op. cit.*, spéc p. 1727.

[341] Cass. civ. 1ère, 28 avril 2011, préc. ; V. aussi, O. Bustin, « Les présomptions de prévisibilité du dommage contractuel », *D.* 2012, p. 238.

50. Responsabilité contractuelle et délictuelle ont ainsi une fonction indemnitaire dont le critère de distinction est la prévisibilité. Il semble toutefois que ce critère soit écarté de l'appréciation des juges travaillistes.

§2. La prévisibilité du préjudice, une condition écartée

51. La prévisibilité n'est pas une condition du préjudice réparable mobilisée par les juges (A), car il semble que ce soit moins au préjudice qu'au dommage de devoir être prévisible (B).

A. La prévisibilité, une limite relative

52. Dans la mesure où la prévisibilité s'inscrit comme une condition de la reconnaissance du caractère réparable du préjudice, elle joue un rôle de filtre à l'admission du préjudice réparable. Pourtant, cette restriction ne paraît avoir qu'un rôle très limité.

53. D'abord, la prévisibilité perd de sa force en tant que condition de la réparabilité dans la mesure où l'article 1231-3 du Code civil contient, en lui-même, une exception. Dès lors qu'une faute lourde ou dolosive est commise, le préjudice n'a plus besoin d'être prévisible pour être réparable. La spécificité du contrat explique cette exception. La matière contractuelle est régie par le principe de bonne foi, admettre le dommage imprévisible oblige « *le débiteur malhonnête, qui n'a pas craint de bafouer la confiance qui lui était accordée, à couvrir toutes les conséquences de l'inexécution du contrat* »[342]. En droit commun, une faute lourde permet donc d'écarter cette qualité et d'étendre le préjudice réparable au-delà de la prévisibilité.

Or, en droit du travail, les juges ont tendance à assimiler la faute lourde à la faute intentionnelle[343], ce qui la rend plus rarement qualifiée. Echapper à la prévisibilité en demontrant l'existence d'une faute lourde serait donc moins facile en droit du travail. Cette qualité pourrait donc, plus qu'en droit commun, restreindre le préjudice réparable.

[342] Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit*., n° 1038.
[343] Sur les notions de faute lourde et intentionnelle, *cf. infra*, p. 205 et s.

L'hypothèse ne se vérifie pourtant pas. Ni les juges travaillistes[344], ni la doctrine, n'y font référence[345].

54. La mise à l'écart de la prévisibilité est aussi à l'œuvre en matière de dommage corporel. « *Cette exigence est lettre morte lorsqu'il s'agit de réparer les dommages corporels consécutifs à des manquements à une obligation de sécurité, compte tenu des intérêts en cause* »[346]. L'obligation de sécurité, en tant que l'un des « *devoirs généraux intégrés de force au contrat* »[347] s'oppose à la restriction qui pourrait être apportée par la prévisibilité. Cette application « *presque résiduelle de la condition* »[348] ne signifie pas sa disparition du domaine contractuel mais invite à la repenser[349], en la confrontant à la distinction entre dommage et préjudice.

55. Finalement, « *l'examen de la jurisprudence montre […] que cette exigence, souvent invoquée par les débiteurs pour tenter de limiter l'étendue de la réparation, n'est presque jamais retenue* »[350]. Faut-il alors penser que le préjudice est toujous prévisible ?

---

[344] Une recherche sur www.legifrance.gouv.fr permet d'accéder à seulement 13 arrêts dont l'objet du litige porte sur le caractère prévisible du préjudice.

[345] Les principaux manuels de droit du travail ne comportent aucune occurrence au mot préjudice et font encore moins état de son caractère prévisible, V. not., G. Couturier, *Droit du travail*¸ 3ème éd., PUF, Paris, 1996 ; B. Bossu, F. Dumont et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*¸ Montchrestien, Paris, 2011 ; P. Lokiec, *Droit du travail*, PUF, Paris, 2011 ; A. Coeuret, B. Gauriau et M. Miné, *Droit du travail*, 3e éd., Sirey, 2013 ; A. Mazeaud, *Droit du travail*, 9ème éd., Domat, LGDJ, Paris, 2014 ; B. Teyssié, J.-F. Cesaro et A. Martinon, *Droit du travail – Relations individuelles*, LexisNexis, Paris, 2014 ; G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, 30ème éd., Précis, Dalloz, Paris, 2015 ; E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail 2016*, 10ème éd., Hyper Cours, Dalloz, Paris, 2015 ; F. Favennec-Héry et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, 5ème éd., LGDJ, Paris, 2016 ; J.-E. Ray, *Droit du travail, droit vivant 2016*, 24ème éd., Wolters Kluwer, Paris, 2015.

[346] Ch. Radé, note sous CA Dijon, 29 janvier 2008, *op. cit.*

[347] M. Bacache, note sous Cass. civ., 1ère, 28 avril 2011, *op. cit*., spéc. p. 1729.

[348] A. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable*, *op. cit*., p. 369.

[349] Pour A. Bascoulergue, le renouvellement du concept passe par son extension au domaine extracontractuel. Il ne s'agit plus de parler de préjudice prévisible, puisque cette notion renvoie au contenu du contrat. Il propose la seule prise en compte des « *atteintes légitimes* ». « *Peu importe que la personne, qui devient débitrice, soit ou non engagée contractuellement avec sa victime, qu'elle ait ou non commis une faute. Elle n'en devient pas moins débitrice du fait de cette attente légitime du créancier. Le fondement de la réparation se trouve d'abord, dans ces attentes que ressent la victime. […] La légitimité de l'attente, dans une situation déterminée, renverra le plus souvent à ce que la victime aurait pu normalement attendre de cette situation* ». Le préjudice réparable se verrait alors soumis à critère de restriction. V. A. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable*, *op. cit*., p. 373.

[350] Ch. Radé, note sous CA Dijon, 29 janvier 2008, *op. cit*. L'auteur présente quelques exemples : « *C'est ainsi qu'ont été considérés comme normalement prévisibles, pour le garant à première demande, les frais financiers dus à un retard de paiement (Cass. com., 4 juill. 2006, n° 04-19.577), pour le cabinet de recrutement les malversations financières commises par un salarié recruté, quelques mois plus tard (Cass. 1ère civ., 2 nov. 2005, n° 03-10.909), pour le franchiseur les dépenses rendues nécessaires par la reconversion du franchisé à la suite de la rupture anticipée du contrat de franchise (Cass. com., 28 juin 2005, n° 04-10.038), ou encore, pour l'expert-comptable, les majorations fiscales imposées à ses clients qu'il avait oublié d'informer sur l'obligation de déclarer à l'administration fiscale leurs plus-values (Cass. com., 11 mars 2003, n° 99-17.112).*

B. La prévisibilité du dommage et non du préjudice réparable.

56. En adoptant la distinction entre dommage et préjudice, on peut considérer que le dommage doit être prévisible, sous peine de ne pas faire naître de préjudices réparables. En revanche, les préjudices qui en découlent restent, quant à eux, soumis à l'appréciation souveraine des juges, laissant imaginer des préjudices imprévisibles réparés. Le Professeur Chartier affirme « *que le dommage qui consiste dans l'inexécution même des obligations contractuelles est, par nature, prévisible. Ce qui peut être imprévisible ce sont les conséquences que cette inexécution va avoir pour le débiteur* »[351]. Confrontant cette thèse à la distinction entre dommage et préjudice, nous pensons qu'il faut considérer qu'un dommage doit être prévisible mais qu'il fait naître divers préjudices imprévisibles. Le droit du travail conforte cette idée. La perte du bénéfice de la situation antérieure suite à une modification irrégulière du contrat de travail est un dommage prévisible et réparable, dont les préjudices demeurent appréciés souverainement par les juges[352]. Il en va de même pour la perte injustifiée de l'emploi, dommage prévisible et réparable, auquel s'attachent des préjudices variés[353].

57. Cette analyse rejoint celle qui refuse de réduire la prévisibilité du dommage à sa quotité. « *La quotité du dommage est la quantification de l'atteinte faite aux intérêts du créancier. Elle permet de déterminer le montant des dommages et intérêts. […] L'étendue du dommage est donc déterminée à la conclusion du contrat et est actualisée au jour de la liquidation des dommages et intérêts* »[354]. Mais la jurisprudence, tout en considérant la quotité comme l'un des éléments indispensables de la prévisibilité, a étendu son appréciation à la survenance du dommage[355]. Le débiteur doit prévoir qu'un dommage peut se produire en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution. S'il veut limiter la quotité du dommage, il lui appartient d'insérer une clause limitative de responsabilité[356], à défaut, il appartient aux juges du fond d'apprécier l'étendue du dommage prévisible. Les

---

[351] Y. Chartier, *La réparation du préjudice, op. cit.*, p. 100.
[352] Cass. soc., 4 avril 2006, n° 04-47454, préc.
[353] Cass. soc., 19 avril 1989, n° 87-42137 : le licenciement sans cause réelle et sérieuse a entraîné un préjudice particulier pour le salarié : il a perdu l'octroi de conditions avantageuses du crédit immobilier lié à sa condition de salarié. Il demande réparation du préjudice financier. L'employeur est condamné à « *réparer le préjudice résultant pour celui-ci de la perte d'avantages accessoires à son contrat de travail* », le moyen tiré de l'article 1150 du code civil est rejeté.
[354] J. Falin, « La réparation du dommage contractuel prévisible », *op. cit*.
[355] Cass. civ., 7 juillet 1924, *S.* 1925, I, p. 321, note Lescot ; plus récemment : Cass. com., 24 septembre 2002, n° 00-16245, 00-16408, 00-17443 et 00-17503, *Bull. civ.* IV, n° 130, *D.* 2003, p. 235, Cass. com., 4 juillet 2006, n° 04-19577, *Bull. civ*. IV, n° 164, *D*. 2006, p. 2097 ; *RTD com*. 2006, p. 901, note D. Legeais.
[356] Cass. civ., 1ère, 3 juin 1998, n° 95-16887, *Bull. civ*. I, n° 199, *JCP* G 1999.II.10010, note N. Rzepecki.

juges ont ainsi refusé de limiter la prévisibilité à la quotité du dommage, offrant un argument à l'idée selon laquelle le dommage prévisible ne se confond pas avec tous les préjudices qu'il peut faire naître. Sans doute faut-il « *n'admettre le jeu de l'article 1150 du Code civil que dans les seules hypothèses où la cause du dommage serait imprévisible lors de la conclusion du contrat ce qui est extrêmement rare ; en revanche, dans l'hypothèse où le dommage aurait pu être prévu, il serait réparable dans son intégralité même si, à la suite de circonstances exceptionnelles, sa quotité devait dépasser les prévisions des parties* »[357].

58. Voici peut-être une raison à l'apparente vieillesse de la prévisibilité : aujourd'hui, il est acquis que le dommage doit être prévisible et le débat autour de son caractère obligatoire s'essouffle. Le dommage prévisible n'a pas disparu. En revanche, l'intérêt se porte désormais sur les préjudices qu'il fait naître. L'article 1231-3 du Code civil n'est pas nié mais il est supplanté par les préjudices à réparer. Cette « mise à l'écart » n'étire pas, en tant que telle, la notion de préjudice, mais elle a le mérite de ne pas limiter la reconnaissance de son caractère réparable, plus encore, de la favoriser. Puisque le dommage est prévisible, le critère n'est pas mis à mal. Mais il ne vient pas limiter l'appréciation des préjudices réparables qui reste soumise à l'appréciation souveraine des juges[358].

59. Dire que les juges et la doctrine travailliste interprètent la prévisibilité serait sans doute trop audacieux, dans la mesure où, ni la chambre sociale, ni la doctrine travailliste, n'en donnent de définition. Les quelques moyens soulevant l'argument laissent entrevoir l'indifférence des juges, au profit d'une appréciation souveraine des préjudices, de façon à assurer une reconnaissance des préjudices réparables. Même les planchers[359] et les plafonds[360] de réparation prévus par le Code du travail ne s'opposent pas au constat d'une telle indifférence. Même en supposant qu'ils soient présentés comme des limites à la désignation du préjudice réparable, ces mesures prévoient la quotité du dommage réparable : en cas de plafond de réparation, le préjudice ne sera pas évalué au-dessus ; en

[357] Ch. Radé, « Droit à réparation – Conditions de la responsabilité contractuelle – Dommage », *JCl Responsabilité civile et assurances*, Fasc. 170, n° 21.
[358] V. par ex., Cass. soc., 8 octobre 1997, n° 95-40009 : « *qu'ayant constaté que la société avait manqué à son obligation […], et que M. X... avait subi à la suite de ce comportement fautif un préjudice qui était né et actuel, la cour d'appel a fixé souverainement le montant du dommage* » Cass. soc., 4 avril 2006, n° 04-47454, préc. ; Cass. soc., 5 avril 2006, n° 03-45888, *Bull. civ*. V, n° 137, *D.* 2006, p. 1189 ; *RJS* 6/06, n° 780 : « *la cour d'appel a pu décider que celui-ci avait ainsi commis une faute génératrice d'un préjudice qu'elle a souverainement évalué* ».
[359] Art. L. 1235-3 C. trav.
[360] Art. L. 1235-2 C. trav.

cas de plancher de réparation, il ne sera pas inférieur. Ces dispositions marquent la place de la prévisibilité dans le code du travail, puisque l'étendue du dommage est ainsi strictement encadrée. Mais ces « bornes » n'empêchent pas le juge de rechercher les préjudices subis, elles ne viennent que l'encadrer strictement. La prévisibilité apparaît donc dans le Code du travail, mais le juge conserve son pouvoir d'appréciation quant à l'étendue des préjudices subis.

60. Conclusion du chapitre.

Plutôt que d'interpréter les définitions civilistes de la légitimité et de la prévisibilité du préjudice, les juges travaillistes les retiennent telles quelles. Nul besoin de les adapter puisqu'ils préfèrent, en réalité, les écarter de leur analyse. Ces qualités ne sont pas niées, mais elles n'ont qu'une portée limitée dans le rôle de balise du préjudice réparable. Le constat est très net s'agissant de la prévisibilité, qui est une notion presque inconnue de l'analyse travailliste.

Notre recherche du préjudice réparable en droit du travail connaît là une première directive : il doit être légitime et prévisible, au sens du droit commun. Il nous reste à savoir si la ressemblance persiste au regard des autres qualités du préjudice réparable.

Chapitre 2. L'analyse civiliste adaptée

61. Les caractères certain et personnel du préjudice jouent un rôle important dans le contrôle du préjudice réparable. D'abord, la certitude apparaît comme une exigence de « *bon sens* » [361]. Bien que le droit commun admette aujourd'hui la perte de chance ou le préjudice futur comme des préjudices réparables, il ne saurait admettre la prise en compte du préjudice incertain[362]. Ensuite, le caractère personnel du préjudice apparaît comme une évidence tant au regard du droit civil – la victime doit avoir éprouvé le préjudice, directement ou « par ricochet » –, qu'au regard de la procédure civile et l'exigence de l'intérêt à agir[363]. L'analyse travailliste offre-t-elle cette même vigueur aux caractères certain et personnel du préjudice ?

Admettre qu'en droit du travail, la certitude est appréciée de façon plus souple nécessite de rechercher si, plus qu'en droit commun, sont admis des préjudices éventuels (Section 1). L'interprétation du caractère personnel du préjudice impose, pour sa part, de savoir à qui les juges travaillistes reconnaissent un préjudice personnel réparable, et si ces personnes présentent des particularités par rapport à celles rencontrées en droit commun (Section 2).

Section 1. La remise en cause du caractère certain du préjudice

62. « *Que, pour être réparable, le préjudice doive être certain, relève tout simplement du bon sens. Vouloir retenir un préjudice éventuel, ce serait prendre le risque d'un*

[361] « *Vouloir retenir un préjudice éventuel, ce serait prendre le risque d'un enrichissement sans cause* » : Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, *op. cit*., p. 15.

[362] Admettre le préjudice incertain comporte le risque de créer un nouveau déséquilibre entre une victime indûment enrichie et un responsable injustement appauvri, là où la réparation est censée compenser le déséquilibre qui existe.

[363] Art. 32 CPC. V. M. Bandrac, « Vérification de l'intérêt à agir », *in* S. Guinchard, (sous la dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, Paris, 2014, n° 101-11 : « *L'exigence d'un intérêt qui soit personnel au demandeur caractérise le contentieux subjectif. Elle traduit l'idée que nul n'est admis, en principe, à défendre les intérêts d'autrui, et notamment l'intérêt collectif* ». Appliqué à l'action en réparation, cette condition suppose que la victime ait subi personnellement le préjudice.

enrichissement sans cause »[364] et créer un nouveau déséquilibre entre une victime indûment enrichie et un responsable injustement appauvri, là où la réparation est censée compenser le déséquilibre qui existe. « *Il n'est donc pas possible d'indemniser un préjudice incertain, pas plus d'ailleurs – et c'est en quelque sorte la contrepartie – que de tenir compte d'un événement futur hypothétique pour réduire le montant des dommages-intérêts* »[365].

Le droit du travail s'est-il saisi du caractère certain ? Au préalable, précisions le sens accordé à la certitude. En tant que qualité du préjudice, elle suppose d'abord et avant tout, que le préjudice existe, il doit y avoir un préjudice subi. Ensuite, elle se décline en deux types de préjudices : le préjudice actuel que la victime a subi ou subit encore et le préjudice futur qui « *apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et comme étant susceptible d'estimation certaine* »[366]. La certitude peut aussi être imparfaite, sans disparaître totalement, c'est la perte de chance[367]. Elle permet la prise en compte de l'éventualité et par analogie, celle du risque. Puisque le risque professionnel justifie certaines adpatations spécifiques au droit du travail[368], on peut se demander s'il appelle une évolution de la notion de perte de chance, de façon à considérer comme réparable, plus qu'en droit commun, le préjudice éventuel (§1). La certitude est aussi l'occasion d'apprécier les préjudices causés par la perte d'emploi. La perte de gains pour l'avenir est sans aucun doute un préjudice « social », mais est-il un préjudice réparable ? Le droit commun admet la rupture unilatérale du contrat non fautive[369]. Or, on trouve en droit du travail, la présence d'indemnités pour de nombreuses ruptures du contrat de travail. Il est alors tentant de considérer qu'elles réparent ce préjudice. Il a pourtant été précisé en introduction que l'indemnité n'est pas toujours synonyme de réparation. Il faut donc vérifier que les indemnités, versées à l'occasion de la fin du contrat de travail, réparent un préjudice lié à la perte de l'emploi (§2).

---

[364] Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, *op. cit*., p. 15.
[365] *Ibid*., p. 9.
[366] Cass. req. 1er juin 1932, *D*. 1932, I, p. 102, rapport Pilon ; *S*. 1933. 1, p. 49, note H. Mazeaud. La définition est reprise par le projet de réforme du droit de la responsabilité, art. 1236 : « *Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel* ».
[367] V. A. Bénabent, *La chance et le droit*, LGDJ, Paris, 1973 ; I. Vacarie, « La perte d'une chance », *RRJ* 1987, p. 927 ; C. Ruellan, « La perte de chance en droit privé », *RRJ* 1999, p. 729.
[368] La réparation des accidents et maladies professionnelles par exemple.
[369] Art. 1210 et 1211 C. civ.

§1. La perte de chance

63. La jurisprudence civiliste a admis[370] le concept de la perte de chance[371] parce qu'elle est une probabilité : « *il est vraisemblable que la chance se serait réalisée, il est certain que l'avantage escompté est perdu, et il en est résulté un dommage* »[372]. Bien qu'équivoque dans son application – elle peut désigner la disparition de la probabilité d'obtenir un avantage[373] ou désigner la disparition de la possibilité d'éviter une perte[374] – elle est toujours entendue comme la disparition d'une « *éventualité favorable* » [375], qui présente en elle-même « *un caractère direct et certain* » [376], aussi bien en matière délictuelle que contractuelle[377]. Sa reconnaissance étend les préjudices réparables grâce à un allégement de la preuve du caractère certain du dommage[378], tout en restant soumise à des conditions strictes. Ainsi, il faut démontrer l'existence de la chance antérieure au dommage, une chance réelle et sérieuse[379], dont la perte a causé un préjudice[380]. En contrepartie, la réparation n'est évaluée qu'à hauteur de la chance perdue[381] et non du préjudice tel qu'il aurait été ressenti si la chance était effectivement survenue.

---

[370] Elle est même soutenue par l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile, art. 1238 : « *Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* ».

[371] La première décision favorable date du 17 juillet 1889 : Cass. req., 17 juillet 1889, *S.* 1889, I p. 399 : un client, qui avait perdu une chance de gagner un procès à la suite de la faute d'un officier ministériel, se vit reconnaître un droit à réparation.

[372] Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, *op. cit.*, p. 14.

[373] La réussite à un examen ou les gains à un jeu par exemple.

[374] La perte d'un procès ou d'une chance de guérir par exemple.

[375] Cass. civ., 1ère, 21 novembre 2006, n° 05-15674, *Bull. civ*. I, n° 498, *D*. 2006, p. 3013, *JCP* G 2006.IV.3475.

[376] Cass. crim., 9 octobre 1975, n° 74-93471, *Bull. crim*, n° 212, *Gaz. Pal*. 1976, 1, jur., p. 4 ; plus récemment, Cass. civ., 1ère, 22 mars 2012, n° 11-10935 et n° 11-11.237, *Bull. civ*. I, n° 68, *D*. 2012. 877, *RTD civ.* 2012 p. 529, obs. P. Jourdain ; Cass. civ., 1ère, 3 juillet 2013, n° 12-23161; Cass. civ., 3ème, 7 avril 2016, n° 15-14888.

[377] Cass. civ., 1ère, 4 juin 2007, n° 05-20213, *Bull. civ*. I, n° 217.

[378] Il demeure incertain que le dommage final se serait réalisé même si la chance n'avait pas été perdue.

[379] Qu'importe que la chance soit faible, elle est réparable, V. par ex., Cass. civ. 1ère, 16 janvier 2013, n° 12-14439, *Bull. civ.* I, n° 2, *D*. 2013, p. 619, note M. Bacache ; *RCA* 2013, comm. 108, note F. Leduc.

[380] J. Boré, « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité du fait dommageable », *JCP* 1974.I.2620.

[381] La chance étant par nature aléatoire, la réparation de la perte d'une chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'elle aurait procuré si elle s'était réalisée, V. par ex., Cass. civ. 1ère, 27 mars 1973, n° 71-14587, *Bull. civ*. I, n° 115, *JCP* G 1974.II.17643, note R. Savatier ; plus récemment, Cass. civ., 3ème, 7 avril 2016, n° 15-11342.

Suivant cette définition, les salariés peuvent demander la reconnaissance de leur perte de chance. Est ainsi perdue la chance de lever les options d'achat d'actions[382], la chance de bénéficier d'un entretien annuel d'évaluation[383], la chance de promotion au poste de responsable de division par discrimination[384], la chance de bénéficier des prestations prévues par la législation relative aux accidents du travail et à la maladie professionnelle[385], la chance de recevoir un avantage de retraite[386] ou de continuer à bénéficier d'un avantage de prévoyance[387].

64. Il existe pourtant des hypothèses qui s'éloignent de cette conception traditionnelle en droit civil et en droit du travail. Les juges tentent d'aller au-delà d'une réparation proportionnelle à la chance, en découvrant des préjudices autonomes (A), mais, ils pourraient aussi être tentés de confondre risque de dommage et perte de chance pour obtenir la réparation du préjudice incertain (B).

A. Perte de chance et autonomie du préjudice

65. La reconnaissance d'une perte de chance favorise la réparation de certains préjudices dont le caractère certain est difficile à prouver. Il ne faut toutefois pas retenir la perte de chance, là où un préjudice entier existe[388]. Dans certaines hypothèses, la perte de chance ne suffit plus, l'on veut la remplacer par un préjudice intégralement réparable, car une obligation d'information (1) ou une obligation contractuelle (2) a été violée.

---

[382] G. Bélier et A. Cormier, « Stock-options et droit du travail », *Dr. Soc.* 2000, p. 838 ; V. aussi : Cass. soc., 6 juillet 2011, n° 09-71044.
[383] Cass. soc., 2 décembre 2009, n° 08-40360, *RJS* 2010, n° 271-29.
[384] Cass. soc., 16 décembre 2008, n° 06-45262, *Bull. civ.* V, n° 249, *D.* 2009, p. 171 ; *Dr. soc.* 2009. 363, obs. Ch. Radé.
[385] Cass. civ., 2ème, 12 septembre 2012, n° 11-15534 et n° 11-19371, *Dr. soc.* 2013 p. 90, note S. Hocquet-Berg.
[386] Cass. soc., 31 mai 2011, n° 09-71350, *Bull. civ.* V, n° 130, *D.* 2011. 1623 ; *JCP* S 2011.1428, obs. B. Bossu.
[387] Cass. soc., 16 avril 2008, n° 06-44361 ; Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-42741, *Bull. civ.* V, n° 119, *D.* 2011, p. 1955, note M. Robineau.
[388] Cass. civ., 2ème, 23 juin 1993, n° 91-20728, *Bull. civ.* II, n° 233, *RTD civ.* 1994, p. 110 ; Cass. crim., 20 novembre 1996, n° 95-85013, *Bull. crim.*, n° 417, *RCA* 1997, comm. n° 41 ; Cass. civ., 1ère, 13 mai 1997, n° 95-15303, *RCA* 1997, comm. n° 274.

1) Perte de chance et obligation d'information

66. L'obligation d'information[389], ce « *devoir de parler* »[390], ne figurait pas initialement dans le Code civil. Ses rédacteurs avaient seulement prévu la sanction du consentement vicié. Le droit positif, à l'inverse, tend vers davantage de prévention, en exigeant que le contractant soit suffisamment informé avant la conclusion du contrat. Désormais, les obligations d'information sont mentionnées dans divers textes[391] et posent avec elles la question de la sanction de leur non-respect. En tant qu'obligation précontractuelle, leur violation entraîne une responsabilité de nature délictuelle[392] qui exige la détermination d'un préjudice réparable. Or, il est difficile à déterminer car il dépend d'une question elle-même incertaine : avec la transmission de l'information, le contrat aurait-il été ou non conclu ? et par conséquent, la conclusion du contrat peut-elle constituer un préjudice réparable ? ou à l'inverse, le défaut de conclusion du contrat l'est-il ? La jurisprudence répond de façon partielle en admettant la « *perte de chance de ne pas contracter* »[393].

67. Il peut toutefois être soutenu que le préjudice consiste dans le fait même de ne pas avoir été informé[394] et se constitue de tout le gain manqué ou de toute la perte subie[395]. Cet « *effet obligatoire de l'information* »[396] (a), laissant place à une « *indemnisation au-delà de la perte de chance* »[397] est-il défendu en droit du travail (b) ?

---

[389] Entendue comme l'obligation de transmettre une information exacte et utile au créancier, V. M. de Juglart, « L'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD civ*. 1945, p. 1.

[390] L. Josserand, *Cours de droit civil français, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil*, t. II, Sirey, 1939, n° 98.

[391] V. not., art. L. 441-6 C. com., art. L. 111-1 et L. 111-2 C. conso., et surtout, le nouvel art. 1112-1 C. civ. qui intègre l'obligation d'information dans le Code civil.

[392] V. par ex., Art. L. 111-1 C. conso. Il faut toutefois relever que les juges retiennent parfois une obligation contractuelle d'information, considérant l'existence d'un contrat de conseil préparatoire, Cass. com., 25 juin 1980, n° 78-15121, *Bull. com*., n° 275, *RTD civ*. 1981, p. 157, obs. G. Durry ; Cass. civ., 3ème, 6 mars 2002, n° 99-20637, *RGDA* 2002, p. 386, note L. Mayaux.

[393] Cass. com., 20 octobre 2009, n° 08-20274, *Bull. civ*. IV, n° 127, *D*. 2009, p. 2971, note D. Houtcieff.

[394] Cass. civ., 1ère, 3 juin 2010, n° 09-13591, *Bull. civ*. I, n° 128, *JCP* G 2010.788, note S. Porchy-Simon ; *D*. 2010, p. 1484, obs. I. Gallmeister ; *D*. 2010, p. 1522, note P. Sargos ; *LPA* 17-18 août 2010, n° 164, p. 9, note R. Mislawski ; RDC 2011, n° 1, p. 357, note Ph. Pierre.

[395] J. Mestre, « De quelques avancées de l'obligation de renseignement », *RTD civ*. 1990, p. 465.

[396] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 1992.

[397] M. Bacache, « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D*. 2008, p. 1908.

a) L'autonomisation de l'obligation d'information

68. La doctrine s'intéresse particulièrement à l'obligation d'information en matière médicale, et suggère de consacrer un droit à l'information, érigé en droit subjectif[398]. En cette matière, « *le défaut d'information qui infantilise le patient est souvent ressenti comme une atteinte à la dignité de la personne, constitutive d'un préjudice moral spécifique, dont l'indemnisation demeurerait en tout état de cause à la victime* »[399]. Le lien indissociable, entre le défaut d'information et la dignité de la personne, se justifie par l'interdiction faite d'attenter à l'intégrité physique d'une personne sans son consentement éclairé. Or, ce consentement ne s'éclaire qu'à la lueur d'une obligation d'information correctement exécutée dont la sanction constituerait « *une avancée de la déontologie et de l'humanisme médical* »[400].

Reconnaître ainsi un nouveau droit subjectif comporte l'intérêt de s'affranchir des conditions de la responsabilité civile : la violation d'un droit subjectif se suffit à elle-même pour obtenir la réparation du préjudice qui en découle[401]. En effet, « *n'y aurait-il pas un préjudice moral inhérent à la violation de ce "droit du patient à l'information" ? […] La privation d'information sur les risques d'un acte médical pourrait donc bien représenter en toute hypothèse un préjudice réparable* »[402].

69. La reconnaissance d'un véritable droit à l'information impose donc un choix à faire quant au fondement de la condamnation de sa violation. Faut-il consacrer une sanction de la violation d'un droit subjectif ou admettre la reconnaissance systématique d'un préjudice moral ? Le législateur n'a pas répondu lorsqu'il a codifié certaines obligations d'information. Qu'il s'agisse de l'obligation générale d'information des articles 1194[403] et 1602 du Code civil, ou de l'obligation légale d'information de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, jamais les sanctions civiles ne sont expressément prévues[404]. Il revient à la jurisprudence d'en dessiner les lignes.

---

[398] Cass. civ. 1ère, 7 février 1990, n° 88-14797, *Bull. civ*. I, n° 39, *D.* 1991, somm., p. 183, note J. Penneau ; S. Porchy, « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », *D.* 1998, p. 379.
[399] Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Le droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, *op. cit*, p. 704 et 716.
[400] *Ibid.*
[401] Sur la violation d'un droit subjectif « nécessairement » préjudiciable, *cf. infra*, p. 168.
[402] P. Jourdain, obs. sous Cass. civ., 1ère, 20 juin 2000, n° 98-23046, *D.* 2000, p. 471.
[403] Anc. art. 1135 C. civ.
[404] En revanche, des sanctions pénales sont envisagées, art. R. 113-1 C. conso.

70. La Cour de cassation s'en tient, la plupart du temps, à la reconnaissance de la seule perte d'une chance « *d'échapper au risque qui s'est réalisé* »[405]. Cette position est clairement celle de la chambre commerciale[406], bien qu'elle marque parfois une hésitation en droit de la consommation[407], et celle de la troisième chambre civile[408]. La première chambre civile est plus partagée. Réparant, classiquement, la perte d'une chance en cas de manquement à l'obligation d'information[409], elle semble plus généreuse lorsqu'est en cause un dommage corporel[410]. Accueillant un moyen audacieux[411], les juges de la première chambre civile ont, en effet, consacré l'obligation systématique de réparer le préjudice moral subi en cas de manquement à une obligation d'information en matière médicale[412]. Ils paraissent toutefois revenir sur la généralité de leur formule, en décidant désormais que seul le défaut de préparation au risque est réparé et non plus l'atteinte au droit de la personnalité que serait le droit à l'information[413].

---

[405] Cass. civ.1ère, 6 décembre 2007, n° 06-19301, *Bull. civ*. I, n° 380, *D*. 2008, p. 192, obs. P. Sargos ; *RTD civ*. 2008, p. 272, note J. Hauser ; *RTD civ.* 2008, p. 303, obs. P. Jourdain: « *le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé*. V. aussi, Cass. civ. 1ère, 13 février 2007, n° 06-12372, *D*. 2008, p. 2765, obs. S. Porchy-Simon ; Cass. civ., 1ère, 19 juin 2013, n° 12-19195.

[406] V. par ex., Cass. com., 20 octobre 2009, n° 08-20274, préc. ; Cass. com., 29 novembre 2011, n° 11-10933, *Rev. des soc*. 2012, p. 37 ; Cass. com., 10 juillet 2012, n° 11-11891, *D*. 2012, p. 2020 ; *RTD Com*. 2012, p.826, obs. D. Legeais ; Cass. com., 9 juillet 2013, n° 12-20691 ; Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-18419.

[407] En droit de la consommation, l'obligation de fournir ces informations vise à rééquilibrer les relations entre professionnels et consommateurs (J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, 9ème éd., Dalloz, Paris, 2015, n° 51). Cette particularité explique qu'il appartienne au juge « *d'apprécier si l'intérêt que la loi entend protéger est suffisamment important pour que la nullité soit retenue* » (Y. Picod, *Droit de la consommation*, 3ème éd., Sirey, Paris, 2015, n° 234). Cet intérêt l'est parfois (Cass. com., 13 mars 2012, n° 11-13077, *JCP* G 2012.561, obs. Y.-M. Serinet) mais les juges peuvent aussi seulement reconnaître la responsabilité contractuelle et ordonner l'octroi de dommages-intérêts (Cass. civ., 1ère, 8 mars 2012, n° 10-21239, *Bull. civ.* I, n° 49, *D*. 2012, p. 735).

[408] Cass. civ., 3ème, 3 décembre 2013, n° 12-23918 ; Cass. civ., 3ème, 25 mars 2014, n° 13-16181.

[409] V. par ex., Cass. civ., 1ère, 13 novembre 1996, n° 94-16863, *D*. 1998, p. 48, obs. Cl.-J. Berr ; Cass. civ., 1ère, 9 décembre 2010, n° 09-69490, *Bull. civ*. I, n° 255.

[410] P. Sargos, « Deux arrêts "historiques" en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information », *D*. 2010, p. 1522, à propos des arrêts du 28 janvier (Cass. civ., 1ère, 28 janvier 2010, n° 09-10992, *Bull. civ*. I, n° 20, *D*. 2010, p .440 ; *RDSS* 2010, p. 375, obs. F. Arhab-Girardin) et du 3 juin 2010 (Cass. civ., 1ère, 3 juin 2010, n° 09-13591, préc.).

[411] Cass. civ., 1ère, 3 juin 2010, préc. La troisième branche du moyen était formulée ainsi : « *l'obligation du médecin d'informer son patient avant de porter atteinte à son corps est fondée sur la sauvegarde de la dignité humaine ; que* ***le médecin qui manque à cette obligation fondamentale cause nécessairement un préjudice*** *à son patient, fût-il uniquement moral, que le juge ne peut laisser sans indemnisation ; qu'en décidant au contraire que M. S. n'aurait perdu aucune chance d'éviter le risque qui s'est réalisé et auquel le docteur P. l'a exposé, la cour d'appel a violé les articles 16-1, 16-2 et 1147 du code civil* ».

[412] Une réparation commandée par divers textes ayant trait à la protection des personnes ; en particulier, l'art. 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne impose en effet le consentement libre et éclairé de la personne dans le cadre de la médecine et de la biologie.

[413] Cass. civ. 1ère, 23 janvier 2014, n° 12-22123, *Bull. civ.* I, n° 13, *D*. 2014, p. 584, rapport L. Bernard de la Gatinois ; *D.* 2014, p. 590, comm., M. Bacache.

b) La réponse du droit du travail

71. En droit du travail, l'obligation d'information est prise en compte par la chambre sociale, à travers la réparation d'une perte de chance. S'agissant de la perte de chance de bénéficier d'un avantage de prévoyance retraite, la Cour de cassation a déclaré que « *la formation et l'expérience du salarié ne lui conféraient aucune qualification particulière pour apprécier lui-même l'étendue de sa couverture sociale* ». C'est donc « *la défaillance de l'obligation d'information [qui] a causé un préjudice au salarié, consistant en une perte de chance de s'assurer volontairement contre le risque vieillesse* »[414]. De la même façon, lorsqu'est en cause la perte de chance de suivre une formation dans le cadre du droit individuel à la formation[415], la Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui a condamné l'employeur « *aux motifs qu'elle [la salariée] n'avait pas été mise en mesure, du fait de l'employeur, de solliciter le bénéfice d'une action de bilan de compétences, de validation des acquis de l'expérience ou de formation* »[416]. L'admission de la perte de chance comme préjudice réparable suppose, dans ces deux espèces, la reconnaissance d'une obligation d'information à la charge de l'employeur. Or, il s'agit non pas d'obligations pré-contractuelles, mais d'obligations d'information en cours d'exécution du contrat. Le manquement à ces obligations[417] est alors susceptible d'avoir causé un préjudice certain, sans se limiter à la seule perte de chance.

C'est notamment le cas pour l'obligation d'informer le salarié de son droit individuel à la formation. Si l'employeur manque à cette information, le salarié peut prétendre à la réparation de tout son préjudice sans qu'aucune allusion ne soit faite à la perte de chance[418]. L'on peut y voir les prémices[419] d'un changement de perspectives quant à l'importance de l'obligation d'information[420]. Si elle était consacrée comme une

---

[414] Cass. soc., 25 janvier 2012, n° 11-11374, *Bull. civ.* V, n° 19 ; V. aussi : Cass. soc., 28 janvier 2014, n° 12-20662, *Dr. soc*. 2015, p. 271.
[415] Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69175, *Bull. civ.* V, n° 117, *RDT* 2011, p. 503, obs. A. Fabre.
[416] Cass. soc., 19 mai 2010, n° 08-45090, *RJS* 2010, n° 695.
[417] Cass. soc., 20 novembre 2013, n° 12-21999 : « *Pour débouter la salariée de sa demande de dommages-intérêts au titre du défaut d'information sur la portabilité de l'assurance, l'arrêt retient qu'aucune obligation d'information n'est mise à la charge de l'employeur ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». Cette solution résonne particulièrement par rapport à la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 : en portant la durée maximale de la portabilité des garanties complémentaires santé et prévoyance, de neuf à douze mois, cette obligation change de teneur. Les employeurs qui ne l'exécuteraient pas seront sanctionnés.
[418] Cass. soc., 12 mars 2014, n° 12-28991 : « *la lettre de licenciement ne précisait pas les droits du salarié en matière de formation, la cour d'appel a retenu à bon droit que ce manquement avait porté préjudice au salarié* ».
[419] L'arrêt, inédit, ne peut être considéré comme un arrêt de principe.
[420] Plutôt que la seule sanction du formalisme de la lettre de licenciement.

obligation autonome, sa violation ne causerait plus seulement une perte de chance. Certes, il n'est jamais acquis que le salarié aurait modifié son comportement s'il avait eu l'information nécessaire, il est cependant « *tentant de franchir un pas supplémentaire en considérant que l'information inexacte [ou manquante] est en elle-même source d'obligation et que la réparation ordonnée constitue l'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle ainsi établie* »[421].

72. Reconnaître aux salariés un véritable droit subjectif à l'information participerait à la recherche d'un rééquilibre au sein du contrat de travail. Ce rééquilibre est nécessaire au regard de la situation d'infériorité du salarié vis-à-vis de son employeur, qui a, par ailleurs, toujours été prise en considération dans la tradition française[422]. Le Professeur Couturier a relevé différents aspects de l'infériorité[423] au nombre desquels l' « *infériorité-ignorance* », car, « *dans les relations de travail, il est à craindre que le salarié manque d'informations sur les conditions d'embauche et les caractéristiques de l'emploi concerné. Il faudrait pourtant que le consentement soit donné en toute connaissance de cause […]. C'est cette "infériorité-ignorance" du salarié qui explique le développement dans le régime du contrat de travail d'obligations d'information et d'un formalisme informatif* »[424].

Sanctionner à part entière le manquement à des obligations d'information précises[425], en admettant la réparation de tout le préjudice subi, permettrait aux salariés d'opposer leurs droits à l'employeur et contribuerait ainsi à garantir l'équilibre contractuel. Il semble donc qu'une admission plus souple des préjudices réparables ne passe pas par une interprétation extensive du caractère certain via la perte de chance, mais, bel et bien, par

[421] B. Petit et S. Rouxel, fasc. 50, « Article 1136 à 1145 », *JCl Code Civil*, n° 88.
[422] A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 69 ; A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc*. 1990, p. 485 ; G. Lyon-Caen, « Divagations sur un adjectif qualitatif », *in Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 348 ; J.-M. Verdier, « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme », *in Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du Professeur J. Savatier, op. cit.*, p. 427 ; A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations du travail », *D*. 1998, p. 359.
[423] G. Couturier, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Paris, 1996, p. 143, spéc. p. 148 et s. Sont présentées « *l'infériorité-contrainte* », « *l'infériorité-ignorance* », « *l'infériorité-vulnérabilité* », et même « *des inégalités dans l'inégalité* ».
[424] *Ibid.*, p. 149.
[425] Droit individuel à la formation, portabilité des droits sociaux, …

la reconnaissance d'une obligation d'information[426], considérée comme un droit subjectif à l'information.

73. Le droit du travail peut laisser place à une indemnisation au-delà de la perte de chance car l'obligation d'information est intégrée dans le contrat de travail. Il n'est plus seulement question d'une obligation pré-contractuelle. C'est l'existence du contrat qui incite à reconnaître un préjudice certain. La conclusion du contrat est ainsi « une chance » de revendiquer des préjudices dans leur intégralité. Ne pas le conclure pourrait alors faire perdre cette chance et être revendiqué comme un préjudice autonome.

2) Perte de chance et conclusion du contrat

74. La conclusion du contrat de travail peut être perçue comme une « chance »[427] pour le salarié. Ne pas être embauché (a) ou être licencié (b) sont alors des chances perdues de travailler qui pourraient causer un préjudice réparable au-delà de la seule perte de chance.

a) La perte de chance de conclure le contrat

75. Avant toute exécution du contrat, encore faut-il l'avoir conclu. En droit du travail, au stade du recrutement, il semble que la perte de chance d'obtenir l'emploi, autrement dit, de bénéficier du contrat, puisse déjà être réparée. L'affirmation, si elle était vérifiée, s'inscrirait en marge du droit commun, qui ne laisse pas de place à la perte de chance au stade précontractuel. Les juges civilistes admettent en effet la réparation de la perte subie, c'est-à-dire des dépenses engagées en vue de conclure le contrat, mais refusent de réparer la perte de chance de réaliser les gains espérés par la conclusion du contrat[428].

---

[426] Sur cette question, V. M. Bouny, *L'obligation d'informer le salarié à la charge de l'employeur*, Th. dactyl., Paris I, 2013 ; F. Bizeur, *L'information du salarié dans les relations individuelles de travail*, th. dactyl. Lille II, 2013.

[427] La chance étant un événement favorable, il faut admettre que trouver un emploi est un événement heureux pour le salarié, sur cette question, V. Ch. Baudelot, C. Bessière, M. Gollac, I. Coutant, O. Godechot, *Travailler pour être heureux ? : le bonheur et le travail en France*, Fayard, Paris, 2003 ; M. Meissonnier, *Le bonheur au travail*, Reportage ARTE France, Productions Campagne Première, 2014.

[428] Cass. Com., 26 novembre 2003, n° 00-10243, *Bull. Civ.* IV, n° 186, *JCP* E, 2004.3.738, note Ph. Stoffel-Munck, *RTD civ*. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages , *RDC* 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud ; *JCP* G 2004.I.163, n° 18, obs. G. Viney. V. aussi, O. Deshayes, « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004, p. 187 ; O. Barret, « Variations autour du refus de contracter », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, Paris, 2005, p. 3. La jurisprudence a été confirmée : Cass. com., 18 septembre 2012, n° 11-19629, *Bull. civ.* IV, n° 163, *D.* 2012, p. 2241 ; *RTD civ*. 2012, p. 721, obs. B. Fages.

76. En droit du travail, il est admis que les candidats à l'embauche, victimes de discrimination, puissent saisir le conseil de prud'hommes[429] et obtenir le versement de dommages-intérêts[430]. Or, que réparent ces dommages-intérêts ? Le dommage consiste en une discrimination à l'embauche, le préjudice subi est donc la perte de chance d'être embauché[431] en raison de cette discrimination. Même si le montant des dommages-intérêts risque d'être faible[432], en admettant la perte de chance de conclure le contrat, le droit du travail offre une interprétation particulière de la phase précontractuelle, et consacre un préjudice réparable plus large que celui reconnu en droit commun.

Le juge pourrait aller encore plus loin et céder à la tentation des dommages-intérêts punitifs. Il ne serait plus seulement question de réparer la perte de chance d'être embauché, mais de fixer des dommages-intérêts en fonction de la gravité de la faute, et non du préjudice, pour sanctionner l'employeur qui porte gravement atteinte au principe de non-discrimination. Sur ce point, l'article L. 1132-1 du Code du travail n'ajoute rien à la réglementation spécifique, il appartiendrait donc au juge de consacrer une telle condamnation pour donner au préjudice lié à la discrimination à l'embauche une vigueur supplémentaire.

b) La perte de chance de bénéficier du contrat pour l'avenir

77. Il existe en droit des assurances un préjudice particulier qui consiste en la perte du bénéfice du contrat pour l'avenir[433]. Ce préjudice résonne particulièrement en droit du travail. Les salariés licenciés perdent, en effet, la chance de bénéficier du contrat de travail pour l'avenir. Le « *préjudice résultant de la perte d'une chance de conserver leur emploi* » a d'ailleurs été reconnu aux salariés par un arrêt du 6 mai 1998[434]. Les juges ont considéré que *« les engagements pris par l'employeur de sauvegarder des emplois en application d'un plan social devaient être exécutés de bonne foi* »[435]. La perte de chance

[429] Cass. soc., 20 décembre 2006, n° 06-40864, *Bull. civ*. V, n° 404, *D*. 2007, p. 446, obs. A. Favre.
[430] Cass. soc., 15 décembre 2011, n° 10-15873, *RDT* 2012, p. 291, obs. J. Bouton.
[431] Pour voir réparée la perte de chance d'être embauché, il faudra auparavant réussir à établir des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination (Directive 1997/80, 15 décembre 1997/CE ; directive 2000/78/CE, 27 novembre 2000; directive 2000/43/CE, 29 juin 2000 ; directive 2006/54/CE, 5 juillet 2006).
[432] La chance d'être recruté dépend du nombre de candidats postulant à la même offre.
[433] Cass. civ., 3ème, 13 novembre 2002, n° 01-01362 ; Cass. civ., 3ème, 7 avril 2010, n° 08-21439.
[434] V. aussi, Cass. soc., 18 juin 2014 n° 12-18589, *JCP* S 2014.250.
[435] Cass. soc., 6 mai 1998, n° 95-45464, *Bull. civ*. V, n° 231, *RJS* 6/1998, n° 715 ; *JCP* G 1998.IV.2418.

permet ainsi, au juge, de « *dépasser le droit spécial de la rupture du contrat* »[436]. Les salariés pourraient l'invoquer pour demander la réparation de la perte de chance de bénéficier de certains avantages, tels que des options sur action, des régimes de retraite à prestations définies, des primes établies au regard d'objectifs appréciés sur plusieurs années,… Ces avantages ne sont pas pris en compte par les dispositions assurant des indemnités de rupture du contrat ou les revenus de remplacement. La perte de chance peut donc venir les compléter.

Plus encore que la perte de chance, les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation ont reconnu que le non-respect d'un plan de sauvegarde de l'emploi entraîne les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse[437]. La reconnaissance de la perte de chance n'a donc été que le tremplin pour accéder à une reconnaissance plus importante du préjudice réparable.

78. Une autre chance peut être perdue, celle de retrouver un emploi[438]. Ce préjudice est subi à l'occasion d'une rupture illicite du contrat de travail mais aussi à chaque fois que le salarié aura subi une perte d'employabilité du fait de son employeur. Il est désormais admis que l'employeur est titulaire d'une obligation de formation du salarié[439]. S'il ne la respecte pas, le salarié peut demander la réparation d'un préjudice distinct de celui résultant de la rupture, faisant l'objet d'une réparation spécifique[440]. Or, cette réparation ne vise pas « *à réparer la perte d'emploi, mais la perte d'"employabilité" du salarié, c'est-à-dire la perte d'une chance de ce dernier de retrouver un emploi* »[441]. Les

---

[436] B. Dorin, « La perte de chance d'une rémunération à la suite de la rupture du contrat de travail », *Cah. soc.* 2014, p. 383.

[437] Cass. soc., 6 juin 2000, n° 98-42860 et n° 98-42861, *Bull. civ*. V, n° 219, *LPA* 20 juillet 2000 n° 144, p. 7, note G. Picca et A. Sauret : « *qu'en ne respectant pas les engagements pris dans ce plan, l'employeur viole nécessairement l'obligation de reclassement et le licenciement du salarié, victime de cette violation, se trouve de ce fait dépourvu de cause réelle et sérieuse* ».

[438] Cass. soc., 23 octobre 2012, n° 11-19210, *Bull. civ*. V, n° 270, *JCP* S 2013.1037, comm. C. Puigelier.

[439] Dès 1992, la Cour de cassation consacre l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation des salariés à leur emploi : Cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41334, *D*. 1992, p. 390, note M. Défossez ; *D*. 1992, p. 294, obs. A. Lyon-Caen ; *RTD civ*. 1992. 760, obs. J. Mestre. Le législateur poursuit en consacrant l'autonomie de cette obligation : loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 *relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, *JO* du 5 mai 2004 p. 7983, et spéc. son art. 7 qui insère l'art. L. 930-1 (anc.) C. trav. (devenu art. L. 6321-1) : « *L'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations. Il peut proposer des formations qui participent au développement des compétences* ». La Cour de cassation contribue encore à rendre cette obligation contraignante en considérant que cette « *obligation de veiller au maintien de la capacité des salariés à occuper un emploi relève de l'initiative de l'employeur* », peu importe l'absence de demandes formulées par le salarié, V. Cass. soc., 18 juin 2014, n° 13-14916, *Bull. civ.* V, n° 148, *D*. 2014, p. 1386.

[440] Cass. soc., 23 octobre 2007, préc.

[441] L. Perrin, obs. sous Cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-40950, *D*. 2007, p. 2874.

solutions jurisprudentielles le confirment[442] et laissent penser que c'est « *un droit fondamental à l'employabilité, droit objectif corollaire du droit constitutionnel subjectif au travail qui se construit. […] Il ne s'agit plus seulement d'adapter les salariés aux exigences de leur poste mais plus largement de veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi, c'est-à-dire pas uniquement celui auquel le salarié est affecté* »[443]. Si pour l'heure le manquement à cette obligation est sanctionné par la réparation d'une perte de chance, reste à savoir, s'il ne connaîtra pas, à l'avenir, une reconnaissance supérieure dans la mesure où l'employeur viole une obligation légale.

79. Pour conclure, la perte de chance constitue un allégement du caractère certain qui participe d'une reconnaissance favorisée du préjudice réparable. Toutefois, cette reconnaissance est « *nécessairement inférieure à l'avantage que la victime escomptait retirer de l'évènement en question* »[444]. Il appartient au juge d'apprécier la valeur de cette chance[445]. Afin de favoriser l'admission de l'entier préjudice, il peut alors être tentant de reconnaître de véritables obligations derrière les fondements de la perte de chance. Elle reste, malgré tout, un des préjudices réparables qui modifient la perception de la certitude du préjudice. Les juges peuvent-ils aller encore plus loin, en admetttant le risque de dommage ?

B. Perte de chance et risque de dommage

80. « *Le droit du travail suit une évolution parallèle à celle du droit de la responsabilité […]. À une logique de réparation succède une politique de prévention des dommages, voire, selon le vocable privilégié par le législateur, de prévention des*

---

[442] Cass. soc., 2 mars 2010, n° 09-40914 à 917, *Dr. ouvr.* 2010, p. 537, obs. A. Mazières ; *Dr. soc*. 2010, p. 714, obs. J. Barthélémy.
[443] J. Barthélémy, obs. sous Cass. soc., 2 mars 2010, n° 09-40914, *ibid.*
[444] Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit*., n° 1420.
[445] Cass. civ., 1ère, 18 juillet 2000, n° 98-20430, *Bull. civ*. I, n° 224 : « *L'indemnité de réparation de la perte de chance […] ne saurait présenter un caractère forfaitaire* » car, elle « *doit correspondre à une fraction des différents chefs de préjudice supportés par la victime* », Y. Chartier, « Indemnisation d'une perte de chance et recours de la sécurité sociale », *D*. 2000, p. 853. Par cette formule, la Cour de cassation apporte une importante précision qui intéresse le droit de la réparation dans son ensemble. En considérant que l'indemnité correspond à une fraction des différents chefs de préjudice, elle invite en effet les juges à préciser l'évaluation des préjudices poste par poste, annonçant une meilleure motivation des jugements, encore soumis, pour la plupart, à une évaluation tous chefs de préjudices confondus. La perte de chance s'inscrit ainsi dans le mouvement déjà amorcé en matière de dommage corporel, qui tend à distinguer les chefs de préjudices et à favoriser une meilleure lisibilité de notre droit de la réparation. La deuxième chambre civile a d'ailleurs eu l'occasion d'encadrer la possibilité d'accorder une indemnisation au titre de la perte de chance de promotion professionnelle (Cass. civ., 2ème, 20 septembre 2012, n° 11-20798, *JSL* 2012, n° 331-2, comm. G. Bœuf).

risques »[446]. Le risque, par opposition à la chance – probable événement heureux –, désigne la possible réalisation d'un événement défavorable[447]. « *Dans la mesure où un risque anormal ou illicite est identifié, il crée un déséquilibre qui doit être pris en compte et réparé par la suppression du danger et l'indemnisation du préjudice causé* »[448]. S'il ne fait aucun doute que le risque est saisi par le droit (1), la question du caractère réparable du risque de dommage, en tant que telle, demeure (2).

1) Le risque, une notion saisie par le droit

81. Dès lors que le risque est réel et les dépenses pour y pallier raisonnables, la jurisprudence civiliste est encline à reconnaître comme réparable le préjudice qui est né des dépenses nécessaires à le faire cesser. Par exemple, le maintien d'un étang à un niveau artificiellement élevé, exposant le fonds voisin à un risque d'inondation[449], ou le risque d'effondrement d'un rocher sur une résidence[450] sont des préjudices actuels qui justifient l'indemnisation des mesures préventives que les propriétaires en danger ont pu prendre. Dans cette hypothèse, certes, « *la réparation a une finalité préventive en regard du préjudice hypothétique, [mais] elle a bien pour objet un préjudice certain* »[451]. Le risque est donc saisi par le droit pour éviter le dommage qu'il pourrait causer. C'est d'ailleurs en ce sens que se prononce l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité[452].

82. En droit du travail, le risque professionnel est également pris en compte. L'on pense, en particulier, au droit de retrait[453], qui permet aux salariés de prendre des mesures tendant à échapper à un danger[454]. Chaque fois que le salarié a un motif raisonnable de

---

[446] P. Lokiec, *Droit du travail – Tome 1, Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris, 2011, n° 432.
[447] Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit*., n° 1418 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit*., n° 182.
[448] F.-G. Trébulle, note sous Cass. civ., 2ème, 24 février 2005, n° 04-10362, *Bull. civ*. II, n° 50, *JCP* G 2005.II.10100.
[449] Cass. civ., 3ème, 17 décembre 2002, n° 01-14179, *JCP* G 2004.I.101, n° 5, obs. G. Viney.
[450] Cass. civ., 1ère, 28 novembre 2007, n° 06-19405, *Bull. civ*. I, n° 372, *JCP* G 2008.I.125, n° 7, obs. Ph. Stoffel-Munck ; Cass. civ., 2ème, 15 mai 2008, n° 07-13483, *Bull. civ*. II, n° 112, *JCP* G 2008.I.186, obs. Ph. Stoffel-Munck.
[451] Ph. Stoffel-Munck, « Le fait de s'imaginer exposé à un risque dont rien ne démontre l'existence, est-il un préjudice réparable ?… », *JCP* G 2009.I.248.
[452] Art. 1237 Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité présenté le 29 avril 2016 par le gouvernement et soumis à consultation publique : « *Les dépenses exposées par le demandeur pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées* ».
[453] M. Miné, note sous Cass. soc., 28 janvier 2009, n° 07-44556, *RDT* 2009, p. 167.
[454] Le droit de retrait du salarié, art. L. 4122-1 et L. 4131-1 C. trav.

penser que la situation présente un « *danger grave et imminent* »[455], il peut user de son droit de retrait. Mais le danger ne se confond pas avec le risque. Lorsque le salarié apprécie la situation comme dangereuse pour sa vie ou sa santé, il est déjà en danger. Il se retire non pas pour éviter un risque, mais pour éviter le danger auquel il lui semble devoir faire face[456]. Ce faisant, il devance certainement le préjudice qui aurait pu résulter de cette exposition au danger, faisant de son action un acte de prévention, mais il n'a pas subi de préjudice de cette exposition. Dès lors, l'employeur qui ne doit pas amputer la rémunération correspondant à la durée du retrait[457] ne répare ni l'exposition à un risque, ni un préjudice. Le maintien de la rémunération est une mesure incitative, tendant à contraindre l'employeur d'assurer la sécurité de ses salariés, de leur éviter une exposition aux risques, faisant du droit de retrait un outil de prévention et non de réparation.

83. Dans ces deux hypothèses, le danger qui permet de retenir un préjudice réparable comporte un degré de certitude supérieur à celui du risque. Or, éviter « *le danger immédiat n'appelle pas le même type de dispositif que la prévention, à long terme, des risques* »[458]. C'est donc la question de l'admission du risque de dommage en tant que préjudice réparable qui se pose.

2) Le risque de dommage

84. Lorsque les frais engagés pour éviter le danger sont réparés, il ne s'agit pas de réparer le préjudice final, mais un préjudice distinct, situé en amont. La réparation du risque de dommage suppose, quant à elle, que le risque soit réparé pour ce qu'il est, sans préjudice distinct. Or, le risque est potentiel, et le droit refuse la réparation du préjudice hypothétique. Pourtant la Cour de cassation semble sensible au risque, et il est permis de se demander si « *le fait de s'imaginer exposé à un risque dont rien ne démontre l'existence, est un préjudice réparable* »[459].

---

[455] Art. L. 4131-1 C. trav.
[456] A. Coeuret, B. Gauriau et M. Miné, *Droit du travail*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 768. : « *Le salarié a droit à l'erreur d'appréciation* ».
[457] Art. L. 4131-3 C. trav.
[458] P. Lokiec, *Droit du travail, Tome I, op. cit*., n° 434.
[459] Ph. Stoffel-Munck, « Le fait de s'imaginer exposé à un risque dont rien ne démontre l'existence, est-il un préjudice réparable ?… », *op. cit*.

Bien que l'expression soit paradoxale, la question se retrouve en doctrine : « *le risque peut [-il] parfois être* ***en soi*** *un dommage* »[460] ? La réponse est positive si l'on considère le risque en lui-même comme certain, indépendamment de sa réalisation qui, elle, est incertaine. Autrement dit, l'existence d'un risque peut causer un préjudice patrimonial, et un préjudice moral : « *la crainte du préjudice éventuel crée d'ores et déjà une insécurité, qui est un préjudice actuel* »[461]. Mais moins que le risque en lui-même, c'est le « sentiment d'angoisse » lié à ce risque[462] qui est réparable. Le droit du travail en offre une parfaite illustration lorsqu'est réparable le préjudice d'anxiété des personnes exposées à l'amiante qui risquent de développer une maladie qui y est liée[463]. Pour ses victimes, le préjudice est certain : le sentiment d'angoisse. En revanche, la raison de ce préjudice, le risque de développer une pathologie, est incertaine.

85. Il peut être avancé l'idée selon laquelle l'exposition à un risque est un dommage qui peut causer un préjudice réparable[464]. La formule introduite par la loi de 2008[465] relative au dommage environnemental conforte cette idée. L'article L. 162-2 du Code de l'environnement admet en effet la réparation d'« *un préjudice résultant d'un dommage environnemental ou d'une menace imminente d'un tel dommage* ». La formule traduit clairement l'intention de considérer la menace du dommage, donc le risque, comme constitutive d'un préjudice réparable.

---

[460] P. Jourdain, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *RCA* 2010, dossier 11 : « *L'expression semble paradoxale : si le dommage, pour être réparable, doit être certain, comment le risque pourrait-il être préjudiciable (et réparable) ?*».

[461] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, vol. II, *op. cit*., n° 1127.

[462] P. Jourdain, « Risque et préjudice : indemnisation des pertes de revenus volontairement subies par des salariés pour échapper à la réalisation du risque créé par l'exposition à l'amiante » *RTD civ*. 2009 p. 325 ; à propos de CA Paris, 18e ch. C, 18 septembre 2008, n° 07/00454 : les salariés demandaient la réparation du préjudice subi par leur perte de revenu en raison de leur cessation anticipée d'activité liée à leur exposition à l'amiante. Ce préjudice était certain pour la rémunération immédiatement perdue mais aussi futur pour les salaires à venir et lié au risque de contamination les ayant incités à quitter leur emploi.

[463] Cass. soc., 11 mai 2010, n° 09-42241, préc. ; Cass. civ., 2ème, 2 avril 2014, n° 12-29825 et n° 12-28616, *Bull. civ*. V, n° 95, *Liaisons sociales quotidien*, n° 16568, p. 1 ; *D*. 2014, p. 876 et p. 1312, note Ch. Willmann ; *JCP* S 2014.1271, note D. Asquinazi-Bailleux ; *JCP* G 2014.686, note J. Colonna et V. Renaux-Personnic ; *SSL* 2014, n° 1626, p. 15 ; *JSL* 2014, n° 366-1, obs. S. Gallage-Alwis et C. Massiera ; *RJS* 6/14, n° 512. Dans cette espèce,les salariés « *pouvaient prétendre à l'indemnisation d'un préjudice d'anxiété réparant l'ensemble des troubles psychologiques* ***induits par*** *l'exposition au risque* ». En décidant que le préjudice est induit de l'exposition au risque, les juges présument son existence, sur cette question du préjudice présumé, *cf infra*, p. 133 et s.

[464] La distinction entre dommage et préjudice se justifie une fois de plus, car sans elle, jamais le préjudice hypothétique n'aurait pu être réparé.

[465] L. n° 2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, *JO* n° 0179 du 2 août 2008, p. 12361.

86. Il faut toutefois relever une tendance jurisprudentielle qui dépasse cette exigence de certitude du risque. Le principe de précaution[466] devient parfois le fondement justifiant le préjudice réparable. Des riverains d'antennes de téléphonie mobile, en dépit de l'absence de preuve de l'exposition à un risque quelconque, ont vu leur préjudice être reconnu comme réparable[467]. Or, « *le caractère incertain du risque sanitaire est-il compatible avec l'exigence d'un trouble ou d'un dommage certain et légitime ?* »[468]. Dans cette affaire, la cour d'appel estime que, « *bien que la réalisation du risque reste hypothétique, l'incertitude sur l'innocuité d'une exposition aux ondes est sérieuse et raisonnable* ». Dans un second temps, elle en déduit que l'opérateur n'a pas suffisamment pris de mesures aptes à réduire le risque et que, ne pouvant se « *voir garantir une absence de risque sanitaire généré par l'antenne relais implantée sur la parcelle (...) située à proximité immédiate de leur domicile familial* », les victimes justifiaient « *être dans une crainte légitime constitutive d'un trouble* »[469]. Tout comme le préjudice d'anxiété, il y a une véritable angoisse qui matérialise le préjudice.

Moins que d'admettre qu'il existe une responsabilité sans préjudice[470], il faut considérer que l'exposition à un risque incertain est un dommage qui cause un préjudice réparable[471]. Cette conception de la responsabilité participe d'une « *extension des exigences traditonnellement rattachées à l'obligation générale de prudence* »[472]. En droit du travail, l'approche d'une telle responsabilité préventive[473] se dessine déjà. « *La volonté de protéger les travailleurs contre tous les risques susceptibles de porter atteinte à leur santé* »[474] pourra amener le juge à reconnaître la responsabilité d'un employeur pour

---

[466] Sur ce principe, M. Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, Paris, 2005. V. aussi O. Godard (sous la dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Maisons des sciences de l'homme, Paris, 1997 ; D. Bourg et J.-L. Schlegel, *Parer aux risques de demain, le principe de précaution*, Seuil, Paris, 2001 ; L. Baghestani-Perrey, « Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science », *D.* 1999, p. 457.

[467] V. not., CA Versailles, 4 février 2009, n° 08/08775, *SA Bouygues Télécom c/ L*, *JCP* E 2009.1336, obs. J.-V. Borel ; *D.* 2009, p. 819, obs. M. Boutonnet ; *RTD civ.* 2009, p. 327, obs. P. Jourdain ; *AJDA* 2009, p. 712, note S. Bourillon ; CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004, *Roquette-sur-Siagne (Cne)*, *D.* 2004, p. 2678, note M. Boutonnet ; *RTD civ*. 2005, p. 146, obs. P. Jourdain. *Contra*, CA Bordeaux, 26 octobre 2004, *RCA* 2005. comm. 3, obs. Ch. Radé ; CA Chambéry, 4 février 2010, n° 09/00731, *JCP* G 2010. 531, note B. Parance.

[468] Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit*., n° 1413.

[469] CA Versailles, 4 févirer 2009, préc.

[470] D. Mazeaud, « Responsabilité civile et précaution », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle*, *RCA* juin 2001, comm. 72, n° 19 et s.

[471] Ch. Radé, « Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2001, n° spéc., p. 75.

[472] *Ibid*.

[473] G. Canivet, « Le principe de précaution dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Risques. Les cahiers de l'assurance*, 2004, n° 57.

[474] C. Vanuls, « Regards sur la précaution en droit du travail », *RDT* 2016, p. 16, spéc. p. 26.

l'exposition au risque qu'il a causé, et ce, malgré les doutes qui subsitaient au moment de l'exposition.

87. Si la réparation de la perte de chance a nécessité l'interprétation de la certitude du préjudice, parce qu'elle est à elle seule un préjudice, il semble que le risque de dommage se dirige vers une autre logique. Ce n'est pas la réparation du risque qui est possible, mais celle d'un préjudice distinct et certain, constitué par l'angoisse d'être atteint par le risque. Le caractère certain du préjudice demeure intact.

Un autre risque, non plus lié à la santé du salarié, se rencontre en droit du travail, celui de perdre son emploi. Lorsqu'il se réalise, quel préjudice réparable subit le salarié ?

§2. La perte d'emploi et la recherche d'un préjudice certain

88. Le contrat de travail assure le revenu du salarié et son extinction implique une perte économique. Mais, de cette perte économique à la revendication d'un préjudice patrimonial devant le juge[475], l'écart existe, car toutes les pertes économiques ne sont pas nécessairement des préjudices réparables. Or, le vocabulaire utilisé en droit du travail incite parfois à les confondre. L'utilisation étendue du terme indemnité, souvent assimilé à celui de réparation, nous invite à penser qu'un préjudice certain est réparé lorsque ces indemnités sont versées. L'hypothèse mérite toutefois d'être vérifiée. Peu importe la notion d'indemnité utilisée par le rédacteur du Code, ne sont réparatrices que les indemnités venant compenser un préjudice certain. La perte d'emploi involontaire et injustifiée est sans aucun doute un dommage préjudiciable (A). En revanche, la perte d'emploi volontaire ou justifiée ne paraît pas l'être (B).

A. La perte injustifiée de l'emploi, un dommage préjudiciable

89. Si la rupture injustifiée d'un contrat de travail « définitif » constitue un dommage préjudiciable (1), la rupture d'un contrat au cours de la période d'essai pose davantage la question du préjudice subi (2).

[475] Pour une étude de la perte d'emploi, V. M. Keller, « La réparation du préjudice né de la perte d'emploi », *Dr. ouvr.* 1996, p. 224.

1) La rupture du contrat de travail involontaire et injustifiée

90. « *La perte injustifiée est la condition nécessaire et suffisante de l'indemnité [qui répare]* »[476]. Dès lors, la rupture injustifiée d'un contrat cause un préjudice réparable, tant en droit civil[477] qu'en droit du travail. Ainsi, en cas de licenciement nul, irrégulier, sans cause réelle et sérieuse, de rupture anticipée abusive du contrat de travail à durée déterminée, ou encore de mise à la retraite forcée, les salariés sont victimes d'un même dommage, la perte d'emploi. Ce dommage engendre un préjudice patrimonial important : la perte de leur revenu pour l'avenir[478].

Les indemnités prévues par le code du travail peuvent donc être envisagées comme la compensation de ce préjudice[479]. Cet arsenal législatif d'indemnités[480] ne suffit pourtant pas à appréhender l'ensemble des préjudices qui en découle. La perte de l'emploi cause, en effet, divers préjudices non compensés par ces indemnités pour lesquels le salarié peut demander réparation au juge. Il en est ainsi de l'espoir de garder son emploi en raison des déclarations de l'employeur[481] ou de l'espoir d'être embauché à l'issue de la période d'essai[482]. La perte de l'emploi est donc un dommage faisant naître différents postes de préjudices[483], qui seront réparés par une indemnité, fixée par le juge[484].

91. Ce critère qu'est la perte injustifiée de l'emploi reste toutefois insuffisant pour saisir l'hypothèse de la rupture du contrat au cours de la période d'essai. Cette rupture n'ayant pas à être motivée, elle n'est pas *a priori* justifiée ou non. Elle donne pourtant droit à une indemnité dont la nature mérite alors d'être précisée.

---

[476] C. Le Gallou, *La notion d'indemnité en droit privé, op. cit*., p. 36.

[477] Pour un contrat à durée déterminée, V. not., Cass. com., 22 octobre 1996, n° 94-15410, *Bull. civ*. IV, n° 260, *RTD civ*. 1997, p.123, obs. J. Mestre ; Cass. civ., 1ère, 20 février 2001, n° 99-15170, *Bull. civ*. I, n° 40, *D*. 2001. 1568, obs. Ch. Jamin ; pour un contrat à durée indéterminée, V. not., Cass. com., 17 juillet 2001, n° 99-11666,

[478] On trouve aussi des préjudices extrapatrimoniaux, V. par exemple le préjudice subi par la délivrance d'une attestation « pôle emploi » erronée, CA Douai, 31 janvier 2013, RG n° 11/04296 ; le préjudice lié aux conditions vexatoires de la rupture, CA Douai, 21 décembre 2012, RG n° 12/00642.

[479] Leur évaluation prédéfinie permettra néanmoins de s'interroger sur leur réelle fonction, entre réparation et peine privée, *cf. infra*, p. 166.

[480] Art. L. 1235-2 et s. C. trav. pour le licenciement, art. L. 1243-3 et 4 C. trav. pour la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée.

[481] CA Versailles, 30 mai 2013, n° 12/03044, 12/03085.

[482] Cass. soc., 23 janvier 2013, n° 11-23428, *Bull. civ*. V, n° 14, *D*. 2013, p. 313, obs. L. Perrin ; *Dr. Soc*. 2013, p. 275, obs. J. Mouly.

[483] Par ex., l'indemnité de transition industrielle compense « *la pénibilité et l'effort liés au maintien des exigences en matière d'activité et la conduite en parallèle des projets personnels de mutation et de reclassement* », V. Cass. soc., 15 février 2005, n° 03-30568.

[484] Dans la limite des prescriptions législatives, sur la notion de plafond et de plancher de certaines indemnités, *cf. infra*, p. 311 et s.

2) La rupture du contrat de travail en cours de période d'essai

92. Jusqu'à la loi du 25 juin 2008[485] relative à la modernisation du marché du travail, « *la rupture du contrat de travail n'[était] pas subordonnée, pendant la période d'essai, au respect du délai de préavis* »[486], sauf dispositions conventionnelles particulières. Désormais, un délai de prévenance doit être respecté[487]. La question des conséquences du non-respect de cette nouvelle obligation légale a été résolue par la Cour de cassation, qui a affirmé que la « *rupture ne s'analysait pas en un licenciement, alors même que cet employeur n'avait pas respecté le délai de prévenance* »[488]. Cette solution, déjà formulée par le Conseiller Frouin au lendemain de la loi[489], consiste à ne faire peser aucune incidence sur la nature de la rupture du contrat de travail[490], mais ne résout pas celle de la nature de l'indemnité pécuniaire qui est due.

93. Le Professeur Mouly formule l'option : la somme versée au salarié peut correspondre au « *paiement des salaires correspondant à ce délai, si l'on admet d'assimiler sur ce point le délai de prévenance du préavis* ». Dans cette logique, il serait possible de fixer un plancher d'indemnisation « *au niveau du montant des salaires correspondant à la durée du délai de prévenance qui excède le terme de la période d'essai* »[491], qui permettrait de concilier « *le principe de libre rupture du contrat de travail durant la période d'essai et l'effectivité de l'obligation de respecter un délai de prévenance* »[492]. Mais cette somme peut aussi être considérée comme « *une indemnité correspondant au préjudice subi* »[493].

Chaque proposition a été accueillie par la doctrine travailliste. Certains considèrent que « *l'employeur qui ne notifie pas la rupture suffisamment tôt pour permettre le respect du délai de prévenance doit alors simplement verser au salarié une indemnité compensatrice égale au montant des salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'au terme du délai de*

[485] L. n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, *JO* 26 juin 2008, p. 10224.
[486] Cass. soc., 10 octobre 1957, n° 57-04605, *Bull. ch. soc.*, n° 925, *JCP* 1958.II.10402.
[487] Art. L. 1221-25 C. trav.
[488] Cass. soc., 23 janvier 2013, préc.
[489] J.-Y. Frouin, « La période d'essai après la loi du 25 juin 2008 », *RJS* 2010, p. 419.
[490] Une solution qui reprend les solutions classiques s'agissant des délais de prévenance qui pouvaient être imposés par les conventions collectives, V. par ex., Cass. soc. 15 mars 1995, n° 91-43642 et 91-43653, *Bull. civ*. V, n° 88, *RJS* 4/95 n° 353 ; Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-41132, *Bull. civ*. V, n° 311, *RJS* 10/99 n° 1223 ; Cass. soc., 9 janvier 2008, n° 06-45100.
[491] L. Perrin, obs. sous Cass. soc., 23 janvier 2013, *op. cit.*, p. 313.
[492] *Ibid*.
[493] J. Mouly, obs. sous Cass. soc., 23 janvier 2013, *op. cit.*, p. 275.

prévenance »[494]. D'autres estiment que l'inobservation de ce délai « *est de nature à conférer à la rupture de l'essai un caractère abusif, le salarié ayant pu croire que son embauche était "définitive" du seul fait que la rupture ne lui a pas été notifiée en temps utile, a fortiori si elle est très tardive* »[495]. Dans cette hypothèse, le versement d'une indemnité, simplement compensatrice d'un préavis non effectué, ne constitue pas une réparation adéquate à tout le préjudice subi. Le salarié pourrait prétendre à des dommages-intérêts, pour rupture abusive de l'essai, sensiblement supérieurs au montant d'une indemnité compensatrice de préavis non effectué.

94. Entre indemnisation et rémunération, il appartenait « *au Juge du travail d'en décider* »[496]. Il a toutefois été précisé que le salarié a droit, sauf faute grave, « *à une indemnité compensatrice […] égale au montant des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du délai de prévenance, indemnité compensatrice de congés payés comprise* »[497]. Il faut donc y voir une assimilation à l'indemnité de préavis, et lui reconnaître ainsi la nature de rémunération[498]. La solution est sans doute la plus simple[499], car décider de réparer un préjudice aurait laissé en suspens la question du préjudice réparable et supposait d'en laisser la charge de la preuve au salarié.

95. Il est pourtant possible d'imaginer quel préjudice viendrait compenser une indemnité réparatrice. Certes, il ne s'agit pas de réparer la perte de l'emploi car le non-respect du délai de prévenance n'est pas à l'origine de la perte de l'emploi, c'est la rupture de l'essai qui l'est[500]. Toutefois, sur le fondement de l'article 1103 du Code civil[501], on peut d'abord considérer un préjudice lié à l'absence de loyauté de l'employeur. Sur le fondement des articles L. 1221-25 du Code du travail et 1231-1 du Code civil[502], le préjudice lié au non-respect d'une obligation contractuelle peut ensuite

---

[494] X. Carsin, Fasc. 17-16 « Période d'essai », *JCl Travail*, n° 48.
[495] J.-Y. Frouin, « La période d'essai après la loi du 25 juin 2008 », *op. cit.*, spéc. p. 423.
[496] Rapport n° 789 du 8 avril 2008 de M. Dord *sur le projet de loi (n° 743) portant modernisation du marché du travail*, 2008.
[497] Art. 19 de l'ordonnance n° 2014-699 du 26 juin 2014 portant simplification et adaptation du droit du travail, *JO* 27 juin 2014, complétant l'art. L. 1221-25 C. trav.
[498] Sur la nature de l'indemnité compensatrice de préavis, *cf. supra*, p. 39.
[499] Et la plus utile pour les employeurs, car « *mieux vaut passer outre le délai de prévenance plutôt que de dépasser la période d'essai* », selon le Professeur Dumont (note sous Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-18114, *JCP* S 2015.1123). Les juges ont en effet décidé que « *la poursuite de la relation de travail au-delà du terme de l'essai donne naissance à un nouveau contrat de travail à durée indéterminée qui ne peut être rompu à l'initiative de l'employeur que par un licenciement* ».
[500] Et le motif de rupture de l'essai n'est pas une condition du droit de rompre la période d'essai.
[501] Anc. art. 1134 C. civ.
[502] Anc. art. 1147 C. civ.

être revendiqué, auquel on peut adjoindre le préjudice extrapatrimonial lié à l'espoir de garder son emploi. Ces différents fondements permettent donc de penser que l'indemnité versée en cas de non-respect du délai de prévenance possède un caractère indemnitaire. Un préjudice certain est ressenti[503] et pourrait être revendiqué devant les juges[504].

96. À l'inverse, il existe des hypothèses dans lesquelles il est difficile de justifier le versement de l'indemnité réparatrice, dans la mesure où la perte de l'emploi est justifiée.

B. La perte justifiée de l'emploi, l'absence de préjudice réparable

97. En droit du travail, la perte involontaire mais justifiée de l'emploi ouvre parfois droit au versement d'une indemnité (l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement). Pourtant, la rupture unilatérale est une règle admise par le Code civil et la jurisprudence[505], qui n'ouvre pas systématiquement droit à réparation. En prévoyant le versement d'une indemnité en cas de licenciement avec cause réelle et sérieuse (1), ou de rupture conventionnelle (2), le Code du travail s'intéresse à la rupture justifiée du contrat, mais y'a-t-il un préjudice réparable derrière ces indemnités ?

1) Le licenciement avec cause réelle et sérieuse, une perte involontaire mais justifiée

98. La perte d'emploi entraîne la perte des revenus du salarié pour l'avenir. Faut-il y voir un préjudice réparable et conclure que l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, versée à l'occasion d'une rupture justifiée du contrat de travail, est réparatrice ? La cause de cette indemnité fait débat, la doctrine hésitant entre rémunération et réparation (a), bien que le préjudice soit difficile à caractériser (b).

---

[503] Même à supposer l'indemnité non réparatrice, « *mieux vaut passer outre le délai de prévenance plutôt que de dépasser la période d'essai* », selon le Professeur Dumont, note sous Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-18114, *JCP* S 2015.1123. Par cet arrêt, les juges ont précisé que « *la poursuite de la relation de travail au-delà du terme de l'essai donne naissance à un nouveau contrat de travail à durée indéterminée qui ne peut être rompu à l'initiative de l'employeur que par un licenciement* ».

[504] Sans que sa réparation ne soit limitée au salaire restant à percevoir.

[505] La clause de résiliation unilatérale est comprise dans tous les contrats à durée indéterminée, art. 1184 C. civ. (nouv. 1224); la jurisprudence admet aussi cette faculté pour les contrats à durée déterminée, V. aussi, Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1998, arrêt *Tocqueville*, n° 96-21485, *Bull. civ*. I, n° 300, *D*. 1999, p. 115, note Ph. Delebecque ; *D.* 1999, p. 197, note Ch. Jamin ; *RTD civ*. 1999, p. 394, note J. Mestre ; Cass. civ. 1ère, 20 février 2001, n° 99-15170, préc.

a) La question de l'existence d'un préjudice

99. La cause du versement de l'indemnité de licenciement suscite une discussion. Comment justifier que l'emplyeur, en dehors de toute obligation contractuelle, donne une certaine somme à son ancien contractant ?

Elle peut apparaître comme un salaire différé[506], car elle est une « *garantie [légale ou] conventionnelle, accordée par l'employeur en cas de perte de l'emploi, qui devrait être rapprochée de la garantie du salaire* »[507]. L'indemnité de licenciement peut encore être le « *prix de la liberté que conserve l'employeur de licencier* »[508]. Elle est aussi analysée comme des dommages-intérêts[509] si l'on considère qu'elle répare le préjudice subi par la perte de son emploi. Cette position a l'avantage de ne pas l'assujettir à cotisations sociales[510], sous certaines limites[511], et de la rendre cumulable avec les allocations chômage[512]. Toutefois, est-il véritablement question de réparer un préjudice ?

Même si « *le magistral article de Camerlynck*[513]*, il y a maintenant un demi-siècle, semble avoir emporté la conviction et clos définitivement le débat en faveur de la thèse indemnitaire* »[514], la nature de l'indemnité de licenciement suscite encore quelques remarques[515] et invite à s'interroger sur la notion de préjudice retenue en droit du travail.

100. D'abord, en tant que dommages-intérêts, se pose la question du fait générateur de cette responsabilité. Lorsque l'employeur ne fait qu'user légalement de son droit de résiliation du contrat, il ne commet aucune faute susceptible d'engager sa responsabilité.

---

[506] P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, Paris, 1950, p. 914 : l'indemnité de licenciement ne peut pas être une indemnité parce qu'elle procède d'un droit et n'est pas pourvue de vertu réparatrice, puisqu'elle est due même lorsque le salarié a retrouvé un emploi. Elle ne peut donc qu'être un salaire différé, son mode de calcul tend d'ailleurs à le prouver puisqu'il prend en compte la durée du contrat de travail.

[507] P. Durand, « La protection des travailleurs en cas de perte d'emploi en droit français », *in La protection des travailleurs en cas de perte d'emploi*, Services des publications des Communautés européennes, Luxembourg, 1961, p. 253, spéc. p. 268. L'auteur explique aussi sa préférence pour la dénomination « *indemnité d'ancienneté* », plus satisfaisante car « *elle révèle bien quelle est la cause profonde de l'indemnité, et manifeste la tendance moderne à la stabilité de l'emploi* ».

[508] P. Stoffel-Munck, obs. à propos de Cass. civ., 2ème, 11 octobre 2007, n° 06-14611, *Bull. civ*. II , n° 228 ; *JCP* G 2008.I.125.

[509] Cass. soc., 9 mars 1957, *D.* 1958, p. 91, note Brèthe de la Gressaye ; G.-H. Camerlynck, « L'indemnité de licenciement », *JCP* 1957.I.1391.

[510] A. Brice et D. Guillouet, « Le régime social des indemnités de rupture », *SSL* 2008, n° 1358, p. 6.

[511] Art. 80 duodecies CGI.

[512] Cass. soc., 6 mai 1982, n° 81-11810, *Bull. ch. soc.*, n° 290.

[513] G.-H. Camerlynck, « L'indemnité de licenciement », *JCP* 1957.I.1391.

[514] J. Mouly, « À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », *D.* 2008, p. 582.

[515] V. not., J. Icard, « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », *JCP* S 2014.393.

Alors, plus que la faute, cette indemnité serait justifiée par la théorie du risque[516]. « *L'indemnité de licenciement, sans être un salaire, trouverait sa source dans le travail accompli, et réparerait un préjudice né de la rupture du contrat en l'absence de toute faute commise par le débiteur* »[517] car c'est à l'employeur de supporter le risque que représente le licenciement. Le versement de l'indemnité de licenciement serait alors « *un mode d'extinction de la dette de l'employeur née de la réalisation du risque de rupture du contrat* »[518]. Dès lors, on comprend qu'elle ne soit pas due lorsque le salarié est démissionnaire puisque l'employeur n'est pas responsable de la perte d'emploi. Mais elle présente l'inconvénient d'inscrire cette indemnité dans le cadre d'une politique de limitation des pouvoirs de l'employeur, en particulier son pouvoir de licencier, qui devient conditionné[519].

101. Ensuite, cette indemnité pose avec force la question du préjudice réparé. La rupture du contrat de travail crée-t-elle nécessairement un préjudice ? Pour le Professeur Blaise, il y a préjudice : celui lié à la rupture du contrat de travail car le salarié est exposé au risque de ne pas retrouver d'emploi. S'intéressant plus spécialement aux indemnités contractuelles de licenciement, il relève un de leur caractère : elles assurent la stabilité dans l'emploi. « *Plus l'indemnité de licenciement sera élevée, plus elle aura un effet dissuasif. […]L'employeur hésitera d'autant plus à licencier un salarié, que le contrat individuel aura prévu en ce cas une indemnité particulièrement forte* »[520]. Le caractère dissuasif de l'indemnité de licenciement soumet l'employeur à une alternative : « *soit conserver le salarié dans l'entreprise, soit payer l'indemnité contractuelle de licenciement* »[521]. Le fait que la faute grave dispense l'employeur de verser cette indemnité incitera l'employeur à ne licencier qu'en cas de faute grave. On retrouve là, encore, une certaine restriction au pouvoir de l'employeur.

La nature indemnitaire peut toutefois l'emporter, sans « restreindre » le pouvoir de l'employeur, si l'on considère que le salarié est titulaire d'un « droit à » conserver son

---

[516] Cass. soc., 5 juin 1986, n° 84-40951, *Bull. civ.* V, n° 288, *D.* 1986, p. 558, note J.-P. Karaquillo ; Cass. soc., 4 mai 1988, n° 85-15322 , *Bull.* civ. V, n° 268, *Dr. soc.* 1989, p. 132, com. J. Savatier.
[517] J.-L. Alliot, Fasc. 32-2. « Indemnité de licenciement », *J-Cl Travail traité*, n° 5.
[518] *Ibid.*
[519] J. Mouly, « À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », *op. cit.*, n° 5 : le pouvoir de licencier serait même doublement conditionné : « *le droit de l'employeur de licencier un salarié devrait à la fois reposer sur une cause subjective licite, la cause réelle et sérieuse de l'article L. 122-14-4 du code du travail, mais aussi avoir une cause objective tangible, c'est-à-dire une cause-contrepartie, l'indemnité légale de l'article L. 122-9* ».
[520] H. Blaise, « La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement », *Dr. soc.* 1980, p. 365.
[521] *Ibid.*

emploi[522]. Il faut procéder à une « *inversion de l'objet même du lien contractuel, via une appropriation par le salarié de sa propre obligation. L'obligation d'exécuter sa prestation de travail se muerait en droit à la perpétuation de son statut de salarié* »[523]. Mais alors, ce sont ses conditions d'attributions qui heurtent l'idée de réparation intégrale, sous-tendue par la responsabilité, et continuent de remettre en doute sa nature indemnitaire. Offerte au seul salarié disposant d'au moins un an d'ancienneté, et majorée pour celui disposant d'une ancienneté supérieure à dix ans[524], elle peut difficilement être conçue comme une évaluation précise et personnalisée du préjudice. Il faudrait alors admettre que cette indemnité réparatrice est évaluée de façon forfaitaire. Il n'empêche que persiste une hypothèse étrange : l'employeur est redevable de cette indemnité en cas de faute simple du salarié ; en revanche, le salarié en est privé en cas de faute grave ou lourde. Il ressort donc que le risque de comportement indiscipliné du salarié pèse en partie sur l'employeur. Et, à l'inverse, en cas de faute grave ou lourde, il pourrait y avoir l'expression d'une peine privée en droit français. Si l'on considère que l'indemnité de licenciement « *répare la perte du bénéfice économique que le salarié a contribué à faire naître au sein de l'entreprise* »[525], en priver le bénéfice à certains salariés « *revient à nier le travail accompli par le salarié pendant la durée du contrat et, corrélativement, la part de richesse créée pour l'entreprise, ce en raison d'un comportement fautif dont il n'est pas avéré qu'il efface la création de richesse* »[526]. On retrouve l'idée déjà avancée par le Professeur Savatier, selon laquelle l'indemnité de licenciement récompense la fidélité du salarié[527], car « *elle trouve sa cause juridique dans les services fournis par son bénéficiaire au cours du contrat de travail* »[528].

102. Face à ces questions, les juges de la Cour de Cassation ne se sont pas clairement prononcés[529]. D'abord définie par une formule négative considérant que « *l'indemnité de*

---

[522] J. Mouly, « À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », *op. cit.*, n° 7.
[523] J. Icard, « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », *op. cit*.
[524] Art. L. 1234-9 C. trav.
[525] J. Icard, « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », *op. cit*.
[526] *Ibid.*
[527] J. Savatier, « Réflexions sur les indemnités de licenciement », *Dr. soc.* 1989, p. 125.
[528] J. Savatier, « Conditions d'application de la prescription quinquennale en matière de salaires », *Dr. soc.* 1992, p. 882.
[529] Et le législateur non plus : « *le régime social et fiscal hybride permettant une exonération en-deçà de certains seuils d'indemnisation, en dit long sur la difficulté du droit français à se positionner clairement. Au regard de leur régime fiscal et social, les sommes allouées semblent constituer à titre principal des sommes à caractère indemnitaire leur permettant d'échapper pour une bonne part à l'impôt et aux charges sociales. Pourtant, dans la mesure où le calcul des indemnités de rupture est, le plus souvent, directement proportionnel à l'ancienneté comptabilisée dans l'entreprise, il paraît difficile de se dégager totalement de*

licenciement n'[est] pas la contrepartie d'un travail fourni et ne [constitue] donc pas un salaire »[530], il fallait y voir, d'après les juges de la chambre sociale, une indemnité réparatrice. Or, les juges de la première chambre civile ne retenaient pas la nature indemnitaire[531]. Les juges de la deuxième chambre civile ont ensuite décidé que « *l'indemnité de licenciement est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur* » qui a pour cause « *la rupture du contrat de travail* »[532]. Confirmation du caractère indemnitaire pour certain[533], du caractère rémunératoire pour d'autres[534], cette formule assure, à tout le moins, la volonté de protéger le salarié contre le risque d'une rupture de son contrat de travail[535].

Cette compensation financière s'explique sans aucun doute par la dimension alimentaire du contrat de travail[536] et l'état de dépendance du salarié[537]. Mais, s'agissant de la question du préjudice, en compensant un appauvrissement futur et non un préjudice actuel, la réalité du préjudice doit être prouvée.

b) L'absence de préjudice réparable

103. Considérer que les indemnités légale et conventionnelle de licenciement sont réparatrices suppose de définir le préjudice qu'elles effacent. Le licenciement entraîne une perte péucniaire pour l'avenir, il faut donc rechercher l'existence d'un préjudice certain pour l'avenir, autrement dit, un préjudice futur. Ce dernier est admis par la jurisprudence comme étant celui qui « *bien que futur, apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et comme étant susceptible*

---

la notion de salaire… », Ph. Coursier et J.-G. Pichon, « À propos des indemnités de fin de carrière », *op. cit*.

[530] Cass. soc., 20 octobre 1988, n° 85-45511, *Bull. civ*. V, n° 536, *Dr. soc.* 1989, p. 132 ; Cass. soc., 11 décembre 1991, n° 87-45072, *Bull. civ.* V, n° 563.

[531] V. Cass. civ., 1ère, 5 novembre 1991, n° 90-13479, *Bull. civ*. I, n° 292, *Defrénois*, 1992, p. 35220, obs. G. Champenois : « *les indemnités allouées à un époux tombent en communauté, à l'exception de celles qui sont exclusivement attachées à la personne du créancier* » ; l'indemnité de licenciement intègre la communauté de bien car elle n'est pas considérée comme attachée exclusivement à la personne du créancier, mais comme un substitut de salaire.

[532] Cass. civ. 2ème, 11 octobre 2007, n° 06-14611, *Bull. civ.* II, n° 228, *RTD civ*. 2008, p. 111, obs. P. Jourdain ; *D*. 2008, p. 582, note J. Mouly ; *JCP* G 2008.I.125, obs. Ph. Stoffel-Munck.

[533] J. Mouly, *ibid.*, n° 4.

[534] P. Jourdain, note sous Cass. civ. 2ème, 11 octobre 2007, n° 06-14611, *op. cit*.

[535] D. Mazeaud, « Les clauses pénales en droit du travail », *Dr. soc.* 1994, p. 343, n° 42.

[536] P. Cuche, « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Rev. crit. législ.et jurisp*. 1913, p. 412.

[537] G. Couturier, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », *in* J. Ghestin et M. fontaine (sous la dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Paris, 1996, p. 143.

d'estimation immédiate »[538]. On le retrouve en droit du travail dans diverses hypothèses. Ainsi, le salarié licencié en raison d'une inaptitude consécutive à un accident du travail, imputable à une faute inexcusable de l'employeur, a droit à une indemnité réparant la perte de son emploi due à cette faute[539]. C'est aussi l'allocation, en cas de faute inexcusable de l'employeur, d'une indemnité pour diminution ou perte de possibilité de promotion professionnelle qui illustre l'appréhension du préjudice futur[540]. L'on peut donc tenter de justifier l'existence d'un préjudice futur derrière les indemnités légale et conventionnelle de licenciement.

104. Encore faut-il trouver le fait générateur qui justifie la qualification de préjudice et non de simple perte future. Pour ce faire, certains considèrent que le salarié possède un droit sur son emploi[541]. Cette conception d'un droit « *de propriété de l'emploi* »[542] « *qui tend à créer de nouveaux droits de propriété fondés sur le travail par une transformation en droits réels d'anciens droits de créances* »[543] paraît toutefois en décalage avec le contexte de flexibilité du travail.

À supposer que le salarié bénéficie d'un droit réel sur son emploi, certains imaginent alors l'indemnité de licenciement comme une indemnité d'expropriation. Dans la mesure où la propriété est « *un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* »[544]. Il faut toutefois reconnaître que la ressemblance avec l'indemnité prévue à l'article L. 13-13 du Code de l'expropriation se limite à l'objet qui leur donne naissance : la violation d'un droit subjectif. Cette indemnité d'expropriation est en effet prévue pour « *couvrir l'intégralité du préjudice causé par*

---

[538] Cass. crim., 1er juin 1932, *S.* 1933, 1, p. 49, note H. Mazeaud.

[539] Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47455, *Bull. civ.* V, n° 176, *JCP* S 2006, 1538, note G. Vachet ; *JCP* G 2006.II.10153, note J. Mouly ; *RDT* 2006, p. 96, note B. Lardy-Pélissier et p. 103, note F. Meyer ; Cass. soc., 26 janvier 2011, n° 09-41342, *RJS* 2011, n° 361. Toutefois, le préjudice moral résultant de la perte d'emploi est compris dans les dommages-intérêts alloués à l'intéressé en réparation du préjudice pour licenciement sans cause réelle et sérieuse prononcé pour inaptitude. La cour d'appel ne pouvait donc pas, par une nouvelle décision, indemniser un préjudice moral consécutif à cette perte. V. Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28799, *Bull. civ.* V, n° 135, *D.* 2013, p. 1417, et p. 1768, note E. Wurtz ; *Dr. soc.* 2013, p. 764, obs. V. Orif ; *JCP* S 2013.1359, note E. Jeansen.

[540] Cass. soc., 26 octobre 2011, n° 10-20991, *Bull. civ.* V, n° 240, *D.* 2011, p. 2734 ; *RJS* 1/2012, n° 28 ; *JCP* S 2012.1026, note S. Brissy.

[541] J. Mouly, « À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », *op. cit.* : « *L'idée serait que, avec le temps, les droits de créance que le salarié tient de son contrat de travail se transformeraient progressivement en droits réels au regard de la situation juridique d'emploi* ».

[542] Développé par l'américain F. Meyers, V. F. Meyers, *Ownership of job : a comparative study*, Philadelphia, 1964.

[543] P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, t. 2, *op. cit.*, p. 97.

[544] Art. XXVII, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

l'expropriation. […] Ce principe exclut l'allocation d'une indemnité symbolique »[545]. Or, il n'est pas certain que l'indemnité de licenciement vienne compenser tout le préjudice subi par le salarié, son évaluation forfaitaire illustre même le contraire.

Une autre comparaison peut être faite entre l'indemnité de licenciement et les indemnités de fin de carrière. Ces dernières étant calculées en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, elles pourraient être analysées comme « *une contrepartie directe de la participation du salarié à la constitution de l'outil de travail qu'est l'entreprise* »[546]. Plus qu'une propriété de l'emploi, le salarié posséderait alors une part de la valeur de l'entreprise dont il se trouve privé par le licenciement. Cette idée se rapproche de la conception du Professeur Revet pour qui, l'indemnité de licenciement est une créance destinée à « *corriger l'indépendance entre le salaire et le profit* »[547]. C'est donc un droit réel, portant sur l'emploi, ou sur une part salariale du capital, qui justifierait l'indemnité de licenciement, puisqu'on ne saurait laisser sans réparation l'atteinte à un bien.

105. Toutefois, ces conceptions reposent sur l'existence de droits qui ne sont consacrés ni par la loi, ni par la jurisprudence. La même confusion règne s'agissant de l'indemnité de clientèle[548], ou encore de l'indemnité de non-concurrence[549]. Il faut admettre que cette indemnité de licenciement est versée sans référence à un préjudice réparable. Les rapports distributifs admettent, en effet, qu'une compensation puisse s'opérer au-delà de l'étendue de la perte certaine et actuelle. Certains créanciers méritent parfois d'être protégés en

---

[545] M. Sousse, Fasc. 30-10, « Expropriation pour cause d'utilité publique – Indemnisation », n° 55**,** *JCl Code Civil.*

[546] Ph. Coursier et J.-G. Pichon, « À propos des indemnités de fin de carrière », *SSL* 2007, n° 1332, p. 5.

[547] Th. Revet, *La force de travail: étude juridique*, Litec, Paris, 1992, p. 271.

[548] Art. L. 7313-13 C. trav.

[549] Sur l'exigence d'une contrepartie financière (encore appelée indemnité de non-concurrence) en tant que condition de validité de la clause de non-concurrence, V. Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-43334 et n° 99-43336, *Bull. civ*. V, n° 239, *JCP* E 2002.1511, note D. Corrignan-Carsin ; *LPA* 2003, n° 23, p. 16, note N. Damas ; *JCP* G 2002.I.10162, note F. Petit ; *D*. 2002, p. 2491, note Y. Serra ; *Dr. soc*. 2002, 949, note R. Vatinet.

Sur sa nature hybride : Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-19472, *Bull. civ*. V, n° 15, *Dr. soc.* 2014, p. 288, obs. J. Mouly ; *RDT* 2014, p. 177, obs. L. Bento de Carvalho : « *le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence qui a pour objet d'indemniser le salarié tenu, après rupture du contrat de travail, d'une obligation limitant ses possibilités d'exercer un autre emploi, ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture et d'autre part, que le paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence nulle, qui s'analyse en un complément de salaire, n'est pas dénué de cause* ». Elle est donc réparatrice lorsqu'elle est versée après la rupture du contrat de travail et rémunératoire si elle a été versée au cours de l'exécution du contrat ; V. *JCP* S 2014.1224, note I. Beyneix ; *Dr. soc.* 2014, p. 288, obs. J. Mouly : « *la Cour indique donc que la contrepartie financière a et ne peut avoir qu'une nature indemnitaire. Elle constituerait une compensation de l'atteinte au principe de libre exercice d'une activité professionnelle subie par le salarié du fait de la clause […]. Et pourtant, […] on a du mal à comprendre que cette contrepartie n'ait pas une nature purement indemnitaire. Car une indemnité de réparation conserve sa nature initiale et n'emprunte pas la nature de la somme à laquelle elle se substitue* ».

raison de leurs qualités et de leur statut et non pas seulement, en raison de leur perte éprouvée. Le contrat de travail contient ces deux dimensions, ce qui justifie que le droit du travail connaisse des indemnités qui viennent compenser une perte qui n'est que future. Ces indemnités tendent, en effet, à assurer un revenu régulier au salarié. « *C'est le grand progrès social du XXe siècle en Occident et singulièrement en Europe que d'avoir su mettre en place un système de revenus de substitution propre à garantir la santé et la stabilité des revenus des travailleurs subordonnés* »[550].

L'indemnité de licenciement illustre la volonté de prendre en compte la situation du salarié et de rééquilibrer le rapport salarial. Si la reconnaissance de la nature indemnitaire est, sans conteste, favorable au salarié[551], il n'en demeure pas moins qu'elle s'éloigne de l'objectif de réparation. C'est pourquoi nous pensons que le caractère indemnitaire est davantage attribué par une volonté politique, qu'au regard du préjudice compensé. Cette idée se confirme s'agissant de l'indemnité versée à l'occasion de la rupture conventionnelle.

2) La rupture conventionnelle, une perte d'emploi justifiée et volontaire

106. La rupture conventionnelle[552], en offrant une alternative entre licenciement et démission, est un mode de rupture du contrat de travail du « *troisième type* »[553]. Par un consentement mutuel, il est mis fin au contrat de travail. Dans ce consentement mutuel ne réside pas l'innovation, elle est relative aux conditions du départ : le salarié, qui consent à quitter son emploi, bénéficie d'une indemnité de rupture conventionnelle et des allocations chômage, dans les conditions de droit commun[554]. Le législateur nous incite à comparer cette indemnité à l'indemnité de licenciement, puisqu'il a lui-même prévu qu'elle devait *a minima* lui être égale[555]. Il s'agit alors de savoir si, comme nous le pensons, cette indemité ne répare auucn préjudice (a). La question est importante dans la mesure où le salarié consent à quitter son emploi (b).

---

[550] M.-C. Escande-Varniol, « Salaires (définition –forme) », *Répertoire de droit du travail*, n° 489.
[551] En raison du régime social et fiscal qui lui est appliqué.
[552] Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 *portant modernisation du marché du travail*, *JO*, 26 juin 2008, p. 10224.
[553] G. Loiseau, « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dr. Soc*. 2010. p. 297.
[554] Art. L. 5422-1 C. trav.
[555] Art. L. 1237-13 C. trav.

a) La recherche du préjudice subi à l'occasion d'un départ consenti

107. Contrairement au licenciement, qui s'analyse comme la conséquence du fait volontaire de l'employeur, il est ici question d'un accord. Dès lors, dire que cette indemnité vient compenser la perte future de salaire, en raison du comportement de l'employeur, reviendrait à faire peser sur lui, pour partie, le comportement du salarié.

108. L'indemnité de licenciement se justifie dans un rapport distributif dans la mesure où il autorise la répartition des richesses communes selon la qualité des parties. Or, l'indemnité de licenciement vient compenser les pertes futures de salaires du salarié afin de prendre en compte sa dépendance économique. Cette indemnité maintient un équilibre entre les parties, parce que le licenciement entraîne indéniablement un déséquilibre patrimonial. Par la rupture conventionnelle, il nous semble, pourtant, que l'exigence du consentement mutuel traduise la garantie de l'équilibre entre les parties et exclut la nature réparatrice de l'indemnité.

La même problématique se rencontre s'agissant des indemnités de départ volontaire allouées aux salariés, pour les inciter à quitter l'entreprise. Ces indemnités devraient être soumises aux cotisations de sécurité sociale, car de nature rémunératoire. Pourtant, elles sont disqualifiées, afin de se voir appliquer le régime de l'indemnité de licenciement : « *les indemnités, versées par l'employeur aux salariés qui acceptent de quitter volontairement l'entreprise et qui ont, comme les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement, le caractère de dommages-intérêts, compensant le préjudice né de la rupture du contrat de travail, ne doivent pas être incluses dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale* »[556]. Cette rupture est consentie, pourquoi alors lui faire bénéficier du régime social et fiscal d'une indemnité considérée comme réparatrice ? C'est sa finalité, favoriser les départs volontaires dans le cadre d'un plan de réduction des effectifs, qui l'emporte sur la nature des sommes versées. Elle ne compense pas un préjudice lié à la perte de l'emploi, puisqu'elle incite le salarié à quitter son emploi. Mais pour « inciter » le salarié, le régime le plus favorable lui est accordé (l'exonération de cotisations). La nature indemnitaire ne peut être reconnue, dans la mesure où aucun préjudice n'est compensé. Il semble que cette même logique soit transposable à l'indemnité de rupture conventionnelle.

[556] Cass. ass. plén., 2 avril 1993, n° 89-15490, *Bull. ass. plén.*, n° 9, *RJS* 7/1993, n° 642 ; *D.* 1993, p. 229, obs. A. sériaux ; *RTD civ*. 1993, p. 820, obs. J. Mestre.

109. L'indemnité de rupture conventionnelle est imposable dans les mêmes conditions que l'indemnité légale de licenciement, exonérée de cotisations de sécurité sociale[557]. Toutefois, elle possède, en réalité, une nature hybride, puisque ce régime ne vaut que pour le salarié qui ne peut bénéficier d'une pension de retraite. Pour celui qui en bénéficie, elle reste soumise aux cotisations de sécurité sociale[558]. Considérée comme un substitut à l'indemnité de licenciement, elle serait réparatrice ; substitut à un départ à la retraite, elle est rémunératoire[559]. Cette nature, partiellement indemnitaire, est difficile à justifier. Il faudrait, en plus[560], admettre qu'elle compense un préjudice né de la perte volontaire de l'emploi.

b) Le fait de la victime dans la réalisation de son préjudice

110. Y'a-t-il un préjudice réparable lorsque la victime contribue à la réalisation du dommage ? Si la réponse est positive, la définition du préjudice retenue par le droit du travail est bouleversée : il y aurait préjudice réparable quand bien même le salarié accepte de le subir. Si la réponse est négative, c'est seulement la notion d'indemnité qui est, une fois de plus[561], utilisée à tort.

111. Confrontée au droit commun de la responsabilité, l'octroi de telles indemnités soulève la question du fait de la victime dans la réalisation de son propre dommage. La faute de la victime constitue une cause d'exonération[562], totale ou partielle[563], entrainant alors une condamnation *in solidum* de la victime et de l'auteur du fait dommageable. Cette « *responsabilité de la victime envers elle-même* »[564] permet, plus encore, de se demander si la victime n'a pas l'obligation de minimiser le dommage[565]. Bien que la Cour

---

[557] Circulaire Acoss n° 2012-0000017 du 20 février 2012 : l'indemnité est exonérée de cotisations de sécurité sociale et d'impôt sur le revenu à concurrence de son montant légal ou conventionnel. Au-delà, les sommes restent exonérées dans la limite de deux fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture du contrat de travail, ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de six fois le plafond annuel de sécurité sociale.

[558] Mais demeure exonérée d'impôt sur le revenu, V. A. Bouilloux, « Les indemnités de rupture négociée et l'assiette des cotisations », *SSL* 2008, n° 1373, p. 6.

[559] Faisant fi de la distinction entre départ et mise à la retraite relevée pourtant plus haut.

[560] De la difficulté à qualifier le préjudice réparable.

[561] *Cf.* les indemnités non réparatrices écartées en introduction.

[562] V. L. Bloch, *L'exonération en droit de la responsabilité civile*¸ th. dactyl., Bordeaux, 2003.

[563] Le Professeur Le Tourenau souligne néanmoins que *« l'expression traditionnelle d'exonération partielle est impropre ; en effet, c'est l'indemnisation du préjudice qui ne peut être que partielle, l'obligation de réparer restant entière* », Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 1870.

[564] *Ibid.*, n° 1871.

[565] L'expression est traduite de l'anglais « *Duty to mitigate* » ; V. not., S. Pimont, « Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage », *RLDC* oct. 2004, p. 15 et nov. 2004, p. 14 ; J.-L. Aubert, « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences

de cassation considère « *que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* »[566], une partie de la doctrine considère qu'il faudrait « *cantonner [cette] affirmation péremptoire* » au dommage corporel[567]. Autrement dit, on pourrait imaginer l'obligation de minimiser le dommage matériel.

En confrontant ce débat à l'indemnité de rupture conventionnelle, si l'on considère que cette indemnité répare un préjudice, on pourrait opposer au salarié une cause d'exonération, voire l'obligation de ne pas contribuer à son propre dommage. Le salarié ne pourrait dès lors bénéficier de cette indemnité dans son intégralité, puisqu'il est co-responsable de la rupture de son contrat de travail. Or, c'est bien son bénéfice qui constitue l'atout de ce mode de rupture.

112. Le régime social accordé à cette indemnité, et le terme d'indemnité utilisé, ne préjugent donc pas de sa qualité d'indemnité réparatrice. Certes, le salarié subit une perte économique mais il lui a lui-même donné naissance. Elle n'est pas un préjudice réparable. L'indemnité de rupture conventionnelle vient seulement rendre attractif le mécanisme de rupture, par rapport à une démission, en étant exonérée de cotisations sociales et fiscales. Il n'y a pas de préjudice derrière cette indemnité, seulement une volonté politique.

113. L'étude des indemnités légale et conventionnelle de licenciement et de rupture conventionnelle illustre l'existence d'indemnités non réparatrices en droit du travail. Inutile de chercher un préjudice à l'origine de leur versement, il n'existe pas. Nous ne pouvons dès lors conclure que le caractère certain du préjudice est remis en cause, seulement que la notion d'indemnité a plusieurs fonctions. En revanche, cette qualité du préjudice a tout de même permis d'étendre la catégorie des préjudices réparables, grâce à l'admission de la perte de chance, et à la prise en compte du risque comme dommage préjudiciable. Il est, en revanche, un second critère dont l'interprétation participe davantage à la reconnaissance d'un préjudice réparable : le caractère personnel du préjudice. Vecteur d'extension du préjudice réparable, on ne peut plus dire aujourd'hui que le préjudice personnel désigne seulement celui de la victime du fait dommageable.

---

dommageables d'un fait générateur de responsabilité. À propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *in Études offertes à G. Viney, op. cit*, p. 55.

[566] Cass. civ., 2ème, 19 juin 2003, n° 00-22302 et n° 01-13289, *Bull. civ*. II, n° 203, *D.* 2003, p. 2326, note J.-P. Chazal ; *D.* 2004, p. 1346, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2003, p. 716, obs. P. Jourdain ; V. aussi, Cass. civ., 2ème, 22 janvier 2009, n° 07-20878 et n° 08-10392, *Bull. civ*. II, n° 26, *D*. 2009, p. 1114, note R. Loir ; Cass. civ., 1ère, 15 janvier 2015, n° 13-21180, *à paraître*, *D.* 2015, p. 2283, obs. M. Bacache ; *JCP* G 2015.719, obs. J. Houssier ; Cass. civ., 2ème, 26 mars 2015, n° 14-16011, *à paraître*, *D.* 2015, p. 1475, note F. Gréau ; *D.* 2015, p. 2283, obs. M. Bacache.

[567] Ph. Stoffel-Munck, « Chronique de responsabilité civile », *JCP* G 2008.I.186, n° 2.

Section 2. La remise en cause du caractère personnel du préjudice

114. « *Dire que le préjudice réparable est personnel, c'est d'abord signifier que le demandeur doit, pour exercer l'action, avoir lui-même éprouvé le dommage* »[568]. Courante affirmation qui se révèle désormais plus ambiguë. La réparation d'atteintes faites à de nouvelles victimes (§1), et d'atteintes portées à des intérêts collectifs (§2) obligent à repenser la notion de préjudice personnel.

§1. Le préjudice réfléchi

115. Le préjudice réfléchi[569] est ressenti par des victimes « par ricochet ». D'un préjudice direct et personnel, ces victimes se trouvent affectées, mais seulement par contrecoup. Le préjudice « par ricochet » est considéré comme réparable depuis plus d'un siècle[570], les juges veillent cependant à ne pas tomber dans l'écueil de la spéculation des « *profiteurs du malheur*[571] ».

Nul doute que le droit du travail connaît ces victimes par ricochet. Outre le lien affectif qui unit un salarié à ses proches, il y a souvent un lien alimentaire qui fait du préjudice patrimonial du salarié une perte pour eux aussi. Les tragédies médiatisées de certains suicides sur le lieu de travail[572] ont également mis en lumière une nouvelle action de ces victimes indirectes : elles recherchent la faute inexcusable de l'employeur de leur

---

[568] Y. Chartier, *La réparation du préjudice, op. cit.*, p. 3.

[569] Sur ce sujet, V. les thèses de Y. Lambert-Faivre, *De la responsabilité encourue envers les personnes autres que la victime initiale : le problème dit du « dommage par ricochet »*, th. dactyl., Lyon, 1959 ; J. Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, LGDJ, Paris, 1969.

[570] Cass. crim., 20 février 1963, *S*. 1863, 1, p. 321, note Nouguier ; Cass. civ., 13 février 1923, *D.P*, 1923, 1, p. 52, note H. Lalou ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Dalloz, Grands arrêts, Paris, 2008, p. 290.: « *L'article 1382 c. civ. s'applique, vu la généralité de ses termes, au dommage moral comme au préjudice matériel […] Même à défaut d'un lien de sang, un intérêt légitime d'affection justifie l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé* ».

[571] Y. Lambert-Faivre, « Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels », *D*., 1992, p. 165, spéc. p. 168.

[572] V. not. les articles de presse : « Trois suicides chez PSA Peugeot-Citröen en mai », *Le Monde*, 4 juin 2007 ; « Stress au travail : un suicide chaque jour en France » , *L'obs*., 14 mars 2007 ; « Castorama : un cas de suicide au travail », *Le Figaro*, 24 mars 2011 ; « La Poste est de nouveau confrontée à plusieurs suicides », *Le Monde*, 5 mars 2013 ; « Un salarié de Renault s'est suicidé lundi sur son lieu de travail », Le Monde, 23 avril 2013 ; « Nouvelle vague de suicides chez Orange », *Le Monde*, 18 mars 2014 ; « Suicides à France Télécom : des dirigeants menacés de poursuites pour harcèlement moral », *Le Monde*, 7 juillet 2016.

défunt[573]. Le rôle actif de ces victimes indirectes invite à s'interroger sur l'étendue de leur droit à réparation. Du licenciement à la mort d'un proche, les préjudices se ressemblent (préjudice patrimonial et extrapatrimonial dans les deux cas) mais ne peuvent s'apprécier de la même façon. Ils ont tout de même un point commun : le préjudice réfléchi naît de la mauvaise exécution, de l'inexécution du contrat de travail. Le droit du travail offre-t-il une place particulière au préjudice des victimes, tiers au contrat ?

116. Précisions le sens de cette question. En droit commun des obligations, l'action contractuelle de la victime décédée se transmet à ses héritiers[574]. Ils peuvent agir en qualité d'ayants droit[575]. En droit du travail, le rôle des ayants-droit a, d'ailleurs, été remarqué au cours du développement du contentieux relatif aux maladies professionnelles liées à l'amiante[576].

Plus que l'action en tant qu'ayant-droit, c'est l'action personnelle de ces victimes par ricochet qui nous intéresse. Elles subissent un préjudice en raison de la mauvaise exécution ou de l'inexécution du contrat de travail qui lie leur proche à l'employeur, et notamment un préjudice d'affection[577]. Mais, encore faut-il que celui-ci soit réparable. Tiers au contrat, ces victimes doivent justifier d'une faute délictuelle de l'employeur, qu'elles peuvent tenter de prouver grâce au secours du contrat de travail. Or, l'article 1199 du code civil[578] énonce que « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* ». Le principe de l'effet relatif du contrat semble donc indiquer que le contrat n'intéresse que la personne du créancier.

---

[573] L. Lerouge, « Suicide du salarié et faute inexcusable de l'employeur : quelles évolutions juridiques ? », *RDSS* 2012, p. 373, spéc. p. 375 : « *Les implications et les enjeux liés à cette problématique sont d'importance tant se dégagent une très forte opposition patronale sur cette question et un aussi fort besoin des parties de voir reconnaître la responsabilité de l'employeur dans le passage à l'acte d'un père ou d'une mère, d'un fils ou d'une fille, d'un frère ou d'une sœur* ».

[574] Le défunt transmet à ses successeurs ses droits patrimoniaux (art. 724 C. civ.) : ils peuvent alors poursuivre une action judiciaire déjà engagée, ou engager eux-mêmes l'action successorale en raison du préjudice subi par le défunt « *peu important que [le défunt] n'ait pu prendre l'initiative de saisir lui-même le conseil de prud'hommes de son vivant* » CA Chambéry, 10 avril 2014 n° 13/00779, *Cah. soc.* 2014, p. 357, note J.-B. Cottin.

[575] V. par exemple, Cass. soc., 15 avril 2015, n° 13-22044, *à paraître*, *JSL* 2015, n° 389-9 : les ayants-droit du salarié ont décidé de remettre en cause la qualification de faute grave du licenciement du salarié, afin de reporter dans le temps la date du licenciement, grâce au délai de préavis ajouté, et pouvoir ainsi bénéficier du capital-décès souscrit par l'employeur au profit des salariés inscrits à l'effectif.

[576] D. Asquinazi-Bailleux, « Une conception élargie de la notion d'ayant droit de la victime d'un accident du travail », *JCP* S 2006.1589 ; Cass. civ., 2ème, 10 février 2011, n° 10-10089, *Bull. civ*. II, n° 33, *JCP* S 2011.83 : la veuve « *est en droit d'obtenir l'indemnisation de son préjudice économique futur sous la forme d'un capital* ».

[577] V. par ex., Cass. 2ème civ., 23 mai 1977, n° 75-15627, *Bull.* civ. II, n° 139, *RTD civ*. 1977, p. 768, obs. G. Durry ; M. Bourrié-Quenillet, « Le préjudice moral des proches d'une victime blessée : dérive litigieuse ou prix du désespoir ? », *JCP* G 1998.I.186.

[578] Anc. art. 1165 C. civ.

Pourtant, lorsque l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat cause un préjudice par ricochet, qui atteint un tiers au contrat, la question de sa réparabilité participe de la remise en cause du caractère personnel du préjudice. « *Sans doute ces victimes ne sont-elles créancières d'aucune obligation née du contrat conclu par leur auteur et ne peuvent-elles se placer sur le terrain contractuel. Néanmoins le dommage qu'elles subissent n'est qu'un reflet de celui de la victime directe puisque ce n'est que par contrecoup qu'elles en souffrent. S'il confère un droit à réparation autonome, le dommage par ricochet n'en est pas moins un prolongement indirect du dommage initial. Dans ces conditions, ne conviendrait-il pas d'autoriser une fois pour toutes les victimes par ricochet (que l'on nomme souvent des "ayants droit" !) à se prévaloir des fautes contractuelles qui ont causé le dommage direct ?* »[579]. Il n'est pas seulement question de l'extension d'un fait générateur de responsabilité, la faute contractuelle en tant que faute délictuelle (A), il s'agit en réalité de savoir si ces victimes subissent un préjudice réparable (B).

A. L'apparente extension du fait générateur de responsabilité

117. « *Un même rapport de droit peut être générateur à la fois de responsabilité contractuelle et de responsabilité délictuelle* »[580]. Un contrat peut donc permettre à un tiers d'engager la responsabilité de la partie défaillante. L'effet relatif du contrat ne signifie pas qu'un contrat ne produise aucun effet vis-à-vis des tiers[581] mais, que nul ne peut devenir créancier ou débiteur en vertu d'un contrat auquel il n'a pas été partie[582]. En revanche, le contrat ne peut être ignoré par les tiers puisqu'il modifie l'ordonnancement juridique[583] et produit un effet à leur égard : l'opposabilité[584].

---

[579] P. Jourdain, obs. sous Cass. civ., 1ère, 18 juillet 2000, n° 99-12135, *Bull. civ*. I, n° 221, *RTD civ*. 2001, p. 146.
[580] Cass. civ., 20 mai 1936, Mercier, *D*. 1936, p. 88, note E. Picard.
[581] O. Deshayes, « Précisions sur la nature et les fonctions de la règle de l'effet relatif des conventions », *in Études offertes à Geneviève Viney*, *op. cit.*, p. 333 s.
[582] Le projet de réforme du droit des contrats présenté clarifie l'énoncé de ce principe. L'article 1200 alinéa 2 précise en effet : « *Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter* ». Toutefois, il ajoute que les tiers doivent « *respecter la situation juridique ainsi créée* » (art. 1201), ce qui illustre le rayonnement de la force obligatoire au-delà de la sphère contractuelle.
[583] G. Wicker, « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC* 2007, p. 593 ; les tiers peuvent invoquer la situation créée par le contrat comme un fait juridique : « *s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat* » Cass. com., 22 octobre 1991, n° 89-20490, *D*. 1993, p. 181, note J. Ghestin.

« *Cette opposabilité, qui prolonge les effets de la force obligatoire du contrat au-delà du cercle contractuel se décline en deux sous-propositions* »[585]. D'une part, le contrat produit des effets opposables aux tiers : étranger au contrat, le tiers doit en respecter les effets[586]. Ainsi, un employeur qui débauche de façon déloyale un salarié peut engager sa responsabilité délictuelle, d'autant plus, lorsque le salarié était tenu d'une obligation de non-concurrence[587] ou d'une clause de « non-sollicitation »[588]. D'autre part, les tiers peuvent opposer le contrat aux contractants : étranger au contrat, le tiers peut l'invoquer et s'en servir. Cette dernière utilisation du contrat, une utilisation plus « *agressive* »[589], permet aux tiers d'engager la responsabilité délictuelle[590] du débiteur, lorsque l'inexécution lui a causé un préjudice.

118. La Cour de cassation, réunie en assemblée plénière[591], a décidé que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement*

---

[584] V. F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, th. dactyl., Paris II, 1979 ; J. Duclos, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ, Paris, 1984 ; *a contrario*, l'opposabilité ne serait pas un principe du droit mais seulement un phénomène, V. R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, Paris, 2004.

[585] M. Latina, « Contrat (Généralités) », *Répertoire Dalloz de droit civil*, n° 93.

[586] Le tiers peut se voir opposer les effets du contrat ; spécialement en droit du travail, l'article 32 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, *JO* 6 juillet 1985, p. 7584, permet à l'employeur de « *poursuivre directement le responsable des dommages ou son assureur [pour] le remboursement des charges patronales afférentes aux rémunérations maintenues ou versées à la victime pendant la période d'indisponibilité de celle-ci* ».
Le tiers doit respecter la nouvelle situation juridique créée par la conclusion du contrat et ne doit pas, volontairement, participer à son inexécution : « *toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre ses obligations contractuelles commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction* », V. Cass. ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12449, *Bull. civ. Ass. plén*., n° 3, *RTD civ*. 2008, p. 485, obs. B. Fages ; *JCP* G 2008.II.10183, note H. Kenfack ; *RDC* 2008, p. 1151, obs. S. Carval.

[587] Cass. com., 18 janvier 1994, n° 92-11224, *D*. 1996, p. 253, obs. Y. Picod.

[588] Sur l'autonomie de cette clause par rapport à la clause de non-concurrence : S. Benilsi, « La clause de non-sollicitation », *JCP* S 2007.1976 ; sur la responsabilité du tiers qui ne la respecte pas : Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-19419, *Bull. civ*. V, n° 258, *RDC* 2010, p. 575, obs. Y.-M. Laithier.

[589] R. Boffa, note sous Cass. com., 18 décembre 2012, n° 11-25567, *D*, 2013, p. 746.

[590] Cass. civ., 1ère, 15 décembre 1998, n° 96-21905 et 96-22440, *Bull. civ*. I, n° 368, *Defrénois* 1999, p. 745, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ*. 1999, p. 623, obs. J. Mestre. Le choix de soumettre une telle action au régime délictuel est critiqué : V. G. Viney, note sous Cass. ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13255, *D*., 2006, p. 2825 ; J. Ghestin et G. Viney, *Traité de droit civil – Introduction à la responsabilité*, 3ème éd., , LGDJ, Paris, 2008, n° 215-4.

[591] La jurisprudence laissait jusqu'alors une impression de dispersion : la première chambre civile admettait l'inexécution préjudiciable comme condition nécessaire et suffisante (Cass. civ., 1ère, 15 décembre 1998, préc. ; Cass. civ., 1ère, 18 juillet 2000, n° 99-12135, *Bull. civ*. I, n° 221, *JCP* G 2000.II.10415, concl. P. Sargos ; *LPA* 2003, n° 190, p. 3, comm., O. Debat ; *RTD civ.* 2001, p. 146, obs. P. Jourdain ; *JCP* G 2001.I.338 n° 8, obs. G. Viney). La deuxième chambre suivait son raisonnement (Cass. civ., 2ème, 23 octobre 2003, n° 01-15391, *Bull. civ*. II, n° 330, *JCP* G 2004.I.163, n° 11, obs. G. Viney. Mais la chambre commerciale exigeait que le manquement contractuel réponde aux conditions de la responsabilité délictuelle (Cass. com., 5 avril 2005, n° 03-19370, *Bull. civ*. IV, n° 81, *RDC* p. 687, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2005, p. 602, obs. P. Jourdain).

contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »[592]. Le tiers n'a donc d'autre preuve à rapporter que celle de l'inexécution contractuelle. Transcendant les distinctions doctrinales avancées pour défendre l'autonomie de la faute délictuelle par rapport à la faute contractuelle, la Cour de cassation décide que tout manquement contractuel peut entraîner la responsabilité du débiteur défaillant. « *Pour établir la faute délictuelle, il "suffit" aujourd'hui d'établir une faute contractuelle* »[593].

119. Discutée en doctrine[594], cette solution se révèle très favorable aux tiers qui peuvent se prévaloir du contrat tout en échappant aux clauses contractuelles des parties pour obtenir la réparation intégrale de leur préjudice. Le mouvement jurisprudentiel actuel semblait amorcer un revirement. L'autonomie de la faute délictuelle réapparaissait, tant devant la chambre civile[595] que devant la chambre commerciale[596]. Le projet Terré avait également choisi de contrer la solution du 6 octobre 2006[597].

Or, depuis la réforme du doit des obligations, le Code dispose désormais que les tiers peuvent se prévaloir du contrat « *notamment pour apporter la preuve d'un fait* »[598]. Et, l'avant-projet de loi portant réforme du droit de la responsabilité utilise une rédaction encore plus ambiguë[599]. Il est prévu « *lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci ne peut en demander réparation au débiteur que sur le fondement de la responsabilité*

---

[592] Cass., ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13255, *Bull. ass. plén.*, n° 9, *BICC* 1er déc. 2006, note et rapp. F. Assié, concl. A. Gariazzo ; *D.* 2006, p. 2825, note G. Viney ; *RTD civ.* 2007, p. 123, obs. P. Jourdain ; *JCP* G 2006.II.10181, concl. A. Gariazzo, note M. Billiau ; *JCP* G 2007.I.115, n° 4, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* 2007, p. 269, obs. D. Mazeaud ; *RDC* 2007, p. 279, obs. S. Carval ; *RTD civ.* 2007, p. 61, obs. P. Deumier ; *RTD civ.* 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages. Cette solution confirme celle de la première chambre civile : Cass. civ., 1ère, n° 99-12135, préc.

[593] J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2ème éd., PUF, Paris, 2013, p. 445.

[594] V. par ex., J.-P. Tost, « Le manquement contractuel dérelativisé », *in Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, Paris, 2004, p. 479 ; L. Bloch, « Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle », *RCA*, 2006, n° 11, étude 17 ; G. Viney, « La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle », *D.* 2006, p. 2885 ; R. Wintgen, « "Tout fait quelconque…" : le manquement contractuel saisi par l'article 1382 du Code civil », *RDC* 2007, p. 609.

[595] Cass. civ., 1ère, 15 décembre 2011, n° 10-17691, *D.* 2012, p. 659, note D. Mazeaud. Les juges cassent la décision de la Cour d'appel, leur reprochant de ne pas avoir donné de base légale à leur décision, au regard de l'article 1382 du Code civil, car ils n'ont pas : « *caractériser en quoi le manquement contractuel […] constituait une faute quasi délictuelle* ».

[596] Cass. com., 6 septembre 2011, n° 10-11975, *Bull. civ.* IV, n° 126, *D.* 2011, p. 2196, obs. E. Chevrier ; *RDC* 2012, p. 81, note J.-S. Borghetti ; Cass. com., 18 décembre 2012, n° 11-25567, *Bull. civ.* IV, n° 229, *D.* 2013, p. 746, note R. Boffa.

[597] Art. 124 alinéa 2 du projet Terré : « *la seule existence d'un dommage subi du fait de l'inexécution d'une obligation par un contractant n'engage pas la responsabilité délictuelle de celui-ci à l'égard du tiers* ».

[598] Art. 1200 C. civ.

[599] Qui pourrait être consacrée par l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile, présentée le 29 avril 2016 par le Garde des Sceaux, art. 1234.

extracontractuelle à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs [de la responsabilité extracontractuelle] ». Ces formules ne résolvent pas la question de « *savoir si l'invocation d'une faute contractuelle revient à demander l'exécution du contrat. L'actuel article 1165 dispose plus évasivement que les tiers ne peuvent "profiter" du contrat. La formule semblait bien s'opposer à l'assimilation de la faute contractuelle à une faute délictuelle. Permettre aux tiers d'invoquer la violation d'un contrat, c'est en effet quelque part en profiter. En revanche, à strictement parler, invoquer le manquement à un contrat ne revient pas à en demander l'exécution. Se plaindre d'une inexécution, ce n'est pas solliciter l'exécution. De sorte que l'article 1200, alinéa 2, oppose une force de résistance moins grande qu'auparavant à la jurisprudence du 6 octobre 2006* »[600]. L'assimilation de la faute contractuelle à la faute délictuelle n'est donc ni confirmée, ni infirmée. Le projet confirme seulement que le manquement contractuel puisse servir à prouver le fait générateur délictuel.

120. De nouvelles victimes pourraient participer à ce débat : les proches du salarié. Invoquant à leur cause, l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat de travail, il pourrait prétendre à la réparation de leurs préjudices. Admettre l'action des proches des salariés participerait-il au « *développement tentaculaire* »[601] de la responsabilité civile ? Nous ne le pensons pas, si ces victimes par ricochet justifient d'un préjudice réparable suffisamment précis.

B. La réelle question du préjudice réparable

121. « *Lorsque le manquement du débiteur à une obligation contractuelle peut se lire également comme une faute d'imprudence, d'inattention ou de négligence, c'est-à-dire lorsque l'inexécution du contrat constitue aussi la violation d'une règle générale de conduite* »[602], le tiers est susceptible d'engager la responsabilité délictuelle du débiteur défaillant. Il faut alors s'assurer de la présence des deux autres conditions d'une telle responsabilité : existe-t-il un préjudice en lien avec ce manquement ? Car, « *relever que la défaillance contractuelle du débiteur constitue également la violation d'un devoir de*

[600] N. Dissaux et Ch. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats,du régime génral et de la preuve des obligations*, Commentaire articles par articles, Dalloz, paris, 2015, spéc. comm. des articles 1200 et 1201, p. 103.
[601] C. Grimaldi, « Toute faute contractuelle est une faute délictuelle, mais encore faut-il s'entendre sur le préjudice réparable ! », *RDC* 2007, n° 2, p. 563.
[602] Ph. Brun et F. Leborgne, « Le principe de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *Lamy Droit de la responsabilité*, n° 170-20.

portée générale ne saurait, à elle seule, légitimer l'action en responsabilité délictuelle. Doit s'y ajouter à tout le moins, la constatation que de cette défaillance-violation a découlé, pour le demandeur, un dommage corporel ou matériel distinct de la simple inexécution de la convention »[603]. La définition du préjudice retenue permettra donc de savoir si cette assimilation des fautes contractuelle et délictuelle est « dangereuse » pour la responsabilité. L'hésitation entre le simple intérêt lésé ou l'intérêt juridiquement protégé (1) doit être dissipée. Une conception trop stricte du préjudice nuirait à la reconnaissance étendue des préjudices réparables (2).

1) Le simple intérêt lésé contre l'intérêt juridiquement protégé

122. Pour certains auteurs, il faut distinguer selon « *la nature du dommage*[604] *subi : aux dommages délictuels qui engagent à l'égard de tous, correspondrait une protection délictuelle, alors que les dommages contractuels ne justifieraient seulement et ponctuellement à l'égard des tiers qu'une extension du bénéfice des effets du contrat* »[605]. Il s'agit alors de différencier les préjudices strictement contractuels, des préjudices accessoires, seuls à même d'être revendiqués dans le cadre d'une action délictuelle[606]. Cette position conditionne l'action en responsabilité à la nature du préjudice et non plus seulement à la qualité de victime. Il ne suffit pas de souffrir d'un préjudice pour en demander réparation, encore faut-il qu'il ne soit qu'une conséquence accessoire au contrat.

Pour d'autres auteurs, *« le préjudice est défini strictement, comme la "lésion d'un intérêt juridiquement protégé", [qui] suppose, en amont, la violation d'un droit et, en aval, la lésion d'un intérêt* »[607]. La lésion d'un intérêt pécuniaire ne suffit donc pas à justifier un préjudice réparable ; la victime doit justifier de la violation d'un droit. Le Professeur Boffa considère ainsi que « *l'action du tiers doit reposer sur une "règle juridique. [Or,] le contrat ne crée pas une norme que le tiers peut directement invoquer au soutien de son*

[603] Ph. Brun et F. Leborgne, « Le principe de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *op. cit.*, n° 170-30.
[604] Entendus au sens de préjudice.
[605] Ph. Brun et F. Leborgne, « Le principe de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *Lamy Droit de la responsabilité*, n° 170-20 ; les auteurs renvoient à *« l'analyse lumineuse* » de Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 960.
[606] V. M. Faure-Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'exécution du contrat)*, LGDJ, Paris, 2003, p. 146.
[607] C. Grimaldi, « Toute faute contractuelle est une faute délictuelle, mais encore faut-il s'entendre sur le préjudice réparable ! », *op. cit*.

action. Pour pouvoir invoquer le contrat auquel il n'est pas partie, le tiers doit établir en quoi ledit contrat a modifié sa propre situation par le déclenchement d'une règle qui lui confère un droit. Le droit du tiers ne naît pas directement de la norme contractuelle, mais prend corps grâce à la médiation d'une règle juridique »[608]. Le Professeur Aynès considère lui aussi que « *la responsabilité civile a pour objectif le rétablissement d'un droit injustement lésé. Permettre à la victime de réclamer réparation, c'est d'abord reconnaître qu'elle avait un droit, qui a subi une atteinte, et vouloir effacer en nature ou par équivalent, cette atteinte afin de la rétablir dans son droit. […] Les malheurs de la vie, les souffrances, les dépenses qu'occasionne un état mental ou physique ne peuvent susciter une action en réparation que s'ils sont la conséquence de la lésion d'un droit subjectif ; c'est-à-dire si celui qui les supporte disposait d'une prérogative lui permettant de les éviter* »[609].

L'intérêt juridiquement protégé retrouve là une vigueur qu'il avait perdue[610]. Depuis l'arrêt *Dangereux*[611], l'article 1240 du Code civil[612] s'était vu offrir une portée générale à laquelle s'ajoutait la simplicité : tout intérêt lésé, légitime, est réparable. En exigeant la démonstration d'un droit subjectif violé, ces auteurs invitent à réintroduire la condition de l'intérêt juridiquement protégé[613]. Il faudrait en effet rechercher si ces victimes, par ricochet, peuvent arguer de la violation d'un droit, et, s'agissant d'action sur le fondement délictuel[614], il faudrait atteindre un droit subjectif.

123. Une telle conception va à l'encontre du mouvement selon lequel le seul constat du préjudice autorise à en demander réparation. Il n'y a pas, en effet, derrière tout

---

[608] R. Boffa, « Opposabilité du contrat par le tiers : une leçon et des doutes », *D.* 2013, p. 746.
[609] L. Aynès, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.* 2001, p. 492.
[610] Les arrêts *Cabassut* (Cass. crim., 13 février 1937, *S.* 1937.I, p. 153, concl., J.-A. Roux) et *Métenier* (Cass. civ., 27 juillet 1937, préc.) avaient marqué un revirement dans la jurisprudence en excluant l'indemnisation du simple intérêt lésé : la Cour de cassation exigeait la lésion d'un intérêt juridiquement protégé. Cette formule a assez vite conduit les juristes à lui rapprocher la théorie des droits subjectifs, dégagée par le juriste allemand Ihering pour qui « *les droits subjectifs sont des intérêts juridiquement protégés* » (V. J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 2007 pour un exposé de la doctrine d'Ihering). Mais alors, toutes les victimes qui n'étaient pas titulaires d'un droit subjectif subissaient un préjudice certain mais non réparable, et les critiques s'élevèrent (V. par ex., G. Marty, note sous Cass. civ., 27 juillet 1937, préc. : « *Nous devons avouer une persistante préférence pour le système plus souple et compréhensif qui découlait des arrêts antérieurs de la Cour suprême : la lésion certaine d'un intérêt légitime, c'est-à-dire exempt d'illicéité ou d'immoralité, suffit à constituer un dommage pouvant donner lieu à réparation* »). La jurisprudence s'est finalement détachée de la notion d'intérêt juridiquement protégé par un arrêt de la chambre mixte en date du 27 février 1970 (Cass. mixte, 27 février 1970, n° 68-10276, préc.).
[611] Cass. mixte, 27 février 1970, préc.
[612] Anc. art. 1382 C. civ.
[613] V. aussi, X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 185.
[614] En matière contractuelle, le droit violé consiste en le droit conféré par le contrat.

manquement d'un individu à son devoir général de prudence et de diligence, un droit subjectif de la victime lésée. Et, « *dire que le dommage susceptible d'ouvrir un droit à réparation ne peut résulter que de la lésion d'un droit* », participe « *d'une véritable pétition de principe, car cela revient à subordonner l'application de la responsabilité civile à l'existence d'un droit préexistant, alors que l'article 1382*[615] *du Code civil confère à toute personne un droit à ce qu'on ne lui cause pas de dommage* »[616].

124. L'opposabilité du contrat par les tiers pose donc avec force la question du périmètre du préjudice : revenir à une conception restrictive en exigeant un intérêt juridiquement protégé, ou admettre le simple intérêt lésé ? S'agissant des victimes qui nous intéressent – les proches du salarié victimes d'un préjudice en raison de l'exécution du contrat de travail – elles ne semblent pas pouvoir revendiquer un préjudice réparable, s'il faut justifier d'un droit subjectif lésé. Afin que le manquement contractuel dérelativisé devienne un fondement de réparation pour ces victimes, le préjudice doit s'entendre comme la lésion d'un simple intérêt.

2) Pour le simple intérêt lésé

125. Pour que le proche du salarié puisse engager la responsabilité de l'employeur de façon autonome, il faut non seulement lui reconnaître le droit d'opposer le contrat de travail, mais aussi admettre que son préjudice réparable n'est constitué que d'un simple intérêt lésé.

126. S'agissant de la possibilité d'opposer le contrat de travail, rien ne l'interdit. Plus encore, le Professeur Viney, malgré ses premières critiques vis-à-vis de la réparation du préjudice de ces victimes tiers au contrat, a toujours considéré « *que les obligations touchant à la sécurité [devaient être] considérées comme profitant non seulement aux parties, mais aussi aux tiers, car elles traduisent, entre cocontractants, une norme de comportement qui est en vigueur également dans les relations extracontractuelles* »[617]. Elle admettait donc qu'un manquement à l'obligation de sécurité justifie l'action en réparation des victimes par ricochet. Il en va de même pour le Professeur Boffa qui appelle à la remise en cause de la solution actuelle de la Cour de cassation tout en admettant une seule exception, « *lorsque les contractants se bornent à reprendre, dans*

[615] Devenu art. 1240 C. civ.
[616] J. Vidal, note sous Cass. mixte, 27 février 1970, *op. cit*.
[617] G. Viney, obs. sous Cass. civ., 1ère, 18 juillet 2000, *op. cit*.

leur accord, des devoirs généraux – telle l'obligation de sécurité – invocables par tous »[618]. Or, le droit du travail soumet l'employeur à une obligation de sécurité de résultat qui pourrait ainsi justifier l'action des proches du salarié.

127. S'agissant ensuite du préjudice, la lésion d'un intérêt patrimonial doit être démontrée. Faut-il aller plus loin et rechercher la violation d'un droit subjectif ? S'il fallait en trouver, les articles 203[619] et 205[620] du Code civil pourraient justifier la réparation du préjudice patrimonial. La perte pécuniaire subie par le salarié, suite à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, atteint, par ricochet, son épouse, ses enfants. Mais serait-ce acceptable que de limiter cette action aux époux ?

La réparation du préjudice extrapatrimonial s'inscrit, quant à elle, dans un débat plus large, celui de savoir s'il existe un « *droit d'aimer* »[621] qui justifie la réparation du préjudice moral par ricochet de certaines victimes seulement[622]. Mais puisque le préjudice moral par ricochet est admis en droit civil[623], rien ne s'oppose alors à ce que les proches du salarié en demandent, eux aussi, réparation. Accompagner le malade de l'amiante, accepter le suicide au travail, ou sentir l'angoisse d'un conjoint harcelé, ne sont rien d'autres que des préjudices moraux liés aux manquements de l'employeur à son obligation de sécurité.

128. L'obligation de sécurité semble donc être un fondement suffisant pour justifier l'action en responsabilité des proches du salarié. Mais en dehors de celle-ci, peut-on étendre l'action à toutes les défaillances contractuelles de l'employeur ? Il appartient aux victimes de se saisir de ce fondement pour tenter d'améliorer la réparation de leur préjudice réfléchi. Au regard de la jurisprudence civile, rien ne s'y oppose. Le proche du salarié est, en effet, un tiers au contrat, qui dispose d'une créance de nature délictuelle. Il lui faut alors prouver avoir subi un préjudice causé par le manquement contractuel de l'employeur à titre de faute. Ainsi, il justifie d'un intérêt à agir, qui rend sa demande recevable et d'un droit substantiel, qui rend son préjudice réparable. Il appartient ensuite

---

[618] R. Boffa, « Opposabilité du contrat par le tiers : une leçon et des doutes », *op. cit*.

[619] Art. 203 C. civ : « *Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* ».

[620] Art. 205 C. civ : « *Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin* ».

[621] Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation, op. cit*., p. 225.

[622] On peut alors se demander jusqu'où s'étend la sphère de la proximité.

[623] V. par exemple, Cass. civ., 2ème, 23 mai 1977, n° 75-15627, préc. ; Cass. civ., 2ème, 18 mars 1981, n° 79-15130, *Bull. civ*. II, n° 70, Cass. civ., 2ème, 4 juillet 1990, n° 89-12228, *RCA*, 1990, comm. 357, obs. H. Groutel ; Cass. civ., 2ème, 23 octobre 2003, n° 02-15424, *RCA*, 2004, comm. 25, obs. H. Groutel.

au juge d'évaluer ce préjudice[624]. C'est sans doute ce dernier point qui justifie le faible engouement pour cette action.

À première vue, les juges considèrent que « *la demande d'indemnisation [d'une épouse et des enfants] au titre de leur préjudice moral personnel ne pouvait être accueillie* »[625]. Dans cette affaire, il était pourtant question d'un salarié, victime d'un accident de travail dû à la faute inexcusable de l'employeur. C'est donc l'obligation de sécurité qui n'avait pas été respectée par l'employeur, hypothèse qui, selon nous, mérite d'être accueillie par les juges. Le refus des juges s'explique sans doute par le fondement de la demande. Les victimes par ricochet ont soulevé, dans cette espèce, l'article L. 452-3 du Code de sécurité sociale, devant les juridictions de sécurité sociale. Or, cet article, même lu au regard de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010[626], ne vise que les ayants droit de la victime. Lorsque la victime a survécu à l'accident ou à la maladie, il ne peut s'appliquer. En choisissant un autre fondement, l'article 1240[627] du Code civil en particulier, et un autre juge, le juge de droit commun, sans doute la solution aurait-elle été différente, car le manquement contractuel de l'employeur peut s'analyser comme une faute délictuelle ayant causé un préjudice direct, certain, licite et personnel à la victime. La question mérite, à tout le moins, d'être posée devant le juge.

129. Au-delà de cet appel à la reconnaissance du préjudice réfléchi, le caractère personnel du préjudice est également interprété, pour admettre le préjudice à l'intérêt collectif comme un préjudice réparable.

§2. Le préjudice à dimension collective

130. Le préjudice n'est pas uniquement constitué de la violation d'un droit individuel, il peut aussi être constitué par la violation d'un intérêt collectif. Cité en référence, le droit du travail manifeste une originalité par la possibilité qu'il offre aux syndicats d'exercer une action en justice. Précurseur des actions exercées par « un collectif », ce ne sont pas seulement les syndicats qui se voient investis d'une capacité d'ester en justice, mais aussi

[624] Cette évaluation risque d'être faible et pourrait expliquer que cette action ne soit pas plus soulevée devant le juge.
[625] Cass. civ., 2ème, 30 mai 2013, n° 12-16254.
[626] Cons. const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, préc., considérant 4.
[627] Anc. art. 1382 C. civ.

les institutions représentatives du personnel. En admettant ces demandeurs, le droit du travail interprète de façon singulière le caractère personnel du préjudice, et étend la catégorie des préjudices réparables (A). Plus encore, en droit civil, la reconnaissance d'un préjudice collectif « pur »[628] heurte les chefs de préjudices habituels. La seule atteinte à l'intérêt collectif suffit, sans rechercher les répercussions individuelles de cette atteinte[629]. De telles exceptions au caractère personnel du préjudice conduisent à une déformation telle, qu'il est permis de se demander si ce critère possède encore un sens ou s'il existe désormais un préjudice collectif à part entière, « *bien abstrait et bien étrange* »[630], qui pourrait être revendiqué en droit du travail (B).

A. Le préjudice à l'intérêt collectif de la profession

131. Les syndicats professionnels peuvent ester en justice afin de protéger les intérêts collectifs de la profession qu'ils représentent[631]. Cette action du groupement, consacrée par la loi du 12 mars 1920[632], témoigne du rôle précurseur du droit du travail en matière d'admission du préjudice à l'intérêt collectif[633]. La formule illustre un détachement du préjudice du titulaire de l'action en réparation, rompant de façon marquée avec le critère personnel communément exigé. Aujourd'hui, le préjudice à l'intérêt collectif n'est plus seulement professionnel, il est aussi associatif : les associations de défense des consommateurs[634] ou de l'environnement[635] peuvent, elles aussi, agir en défense de l'intérêt collectif. Mais plus que le préjudice à l'intérêt collectif, c'est l'aspect processuel de l'action tendant à sa réparation qui suscite l'intérêt des auteurs[636]. Pourtant, admettre la

---

[628] C. Dreveau, « Réflexions sur le préjudice collectif », *RTD civ.* 2011, p. 249, spéc. p. 255.

[629] Pour une atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs, V. Cass. civ., 1ère, 13 novembre 2008, n° 07-15000, *JCP* G 2009.I.123, n° 2, obs. Ph. Stoffel-Munck ; J. Franck, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », *in Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 409.

[630] Ph. Stoffel-Munck, obs. à propos de Cass. civ., 1ère, 13 novembre 2008, *op. cit*.

[631] Art. L. 2132-3 C. trav. : « *Les syndicats professionnels peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* ».

[632] L. 12 mars 1920, *sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels*, *JO* 14 mars 1920, p. 4179.

[633] Le préjudice peut être matériel ou moral ; sur le préjudice moral : V. Wester-Ouisse, « Le préjudice moral des personnes morales », *JCP* G 2003.145.

[634] Art. L. 621-1 C. conso.

[635] Art. L. 142-1 C. env.

[636] V. L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, Paris, 1997 ; P. Canin, « Action civile collective et spécialité des personnes morales », *RSC* 1995, p. 751 ; S. Guinchard, « L'action de groupe en procédure civile française », *RID comp*. 1990,

réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif remet en cause le caractère personnel du préjudice. À ce titre, l'intérêt collectif participe de la définition du préjudice réparable et à l'appréciation qu'en fait le droit du travail (1). Mais la dimension collective du préjudice ne s'exprime pas qu'à travers l'action du syndicat. Ne peut-on pas imaginer la défense de l'intérêt collectif par l'ensemble des institutions représentatives du personnel (2) ?

1) L'appréciation extensive de l'intérêt collectif de la profession représentée par les syndicats

132. L'intérêt collectif souffre d'un manque de définition. Absent des textes[637], les auteurs s'accordent pour dire qu' « *il ne concerne pas les intérêts égoïstes de cette personne mais les intérêts d'un groupe de personnes* »[638], il se situe donc entre « *le dommage individuel, celui subi par les individus composant le groupe et le dommage social* »[639]. Transcendant les intérêts individuels, l'intérêt collectif semble insaisissable : il peut être écologique, consumériste, social ou encore économique. La multiplication des chefs de demandes sous le vocable d'un préjudice à la définition vague « *fait quotidiennement ressortir les vertus de ce concept […] dont il est d'ailleurs peu probable qu'on [le] voudrait voir précisément identifié* »[640]. Identifier avec certitude l'intérêt collectif enfermerait, en effet, la reconnaissance des préjudices réparables. Ses contours évanescents permettent, au contraire, de laisser aux juges une large marge d'appréciation.

En interprétant la notion d'intérêt collectif, le préjudice réparable peut être davantage reconnu. Et puisque « *l'intérêt collectif de la profession n'a pas besoin d'être atteint au niveau de l'ensemble de celle-ci, mais peut l'être - et l'est très souvent - à travers celui d'une collectivité professionnelle plus restreinte, catégorie, établissement, entreprise, secteur...* »[641], la reconnaissance d'un préjudice réparable peut se faire à différents niveaux. En appréciant ainsi l'intérêt collectif, les juges favorisent la reconnaissance des

---

p. 599 ; A. Penneau, « Regards croisés sur l'action en défense de l'intérêt collectif des syndicats de salariés et des associations de consommateurs », *LPA* 29 avril 2005.

[637] Notons toutefois que l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité propose d'introduire un nouvel article 1343 dans le Code civil disposant qu' « *est réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif* ».

[638] L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, op. cit*., n° 99 et s.

[639] C. Roca, fasc. 115, « Droit à la réparation », *JCl Responsabilité civile et assurances*.

[640] G. Loiseau, note sous Cass. soc., 11 septembre 2012, n° 11-22014, *JCP* S 2012.1521.

[641] J.-M. Verdier, « La recevabilité de l'action syndicale exercée dans l'intérêt collectif de la profession après les arrêts Aventis Pharma et Michelin », *Dr. soc*. 2004, p. 848.

atteintes qui y sont portées, abstraction faite de caractère personnel qui caractérise d'ordinaire le préjudice[642]. Le contentieux de l'inexécution des accords collectifs illustre particulièrement l'extension de l'intérêt collectif défendu par les organisations syndicales.

133. L'accord collectif de travail est un contrat, qui, contrairement au droit civil[643], a vocation à produire des effets au-delà du cercle des contractants[644]. Les articles 1231 et s. du Code civil[645] ont donc dû être aménagés, afin d'organiser les actions visant à faire respecter les engagements souscrits. Dans la logique contractuelle, l'article L. 2262-11 du Code du travail offre, aux syndicats signataires de l'accord, une action visant à obtenir l'exécution des engagements pris. Mais, progressivement, la jurisprudence est venue étendre cette action aux organisations syndicales non signataires, d'abord pour les accords étendus[646], ensuite pour tous les accords[647] sans condition de signature, d'extension ou même de représentativité de l'organisation syndicale[648]. La logique normative de l'accord collectif de travail[649] explique que toutes les organisations syndicales se voient reconnaître le pouvoir de défendre « *l'intérêt collectif de la profession* »[650] et de protéger « *l'ordre public social* »[651]. La notion d'intérêt collectif doit donc être suffisamment souple pour pouvoir désigner les intérêts de l'ensemble des syndicats.

134. C'est aussi en retenant que toute atteinte aux prérogatives des institutions représentatives du personnel cause un préjudice « *à l'intérêt collectif de la profession* »

---

[642] En revanche, le préjudice défendu demeure direct, certain et licite.

[643] Art. 1165 C. civ. : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* » (npuv. 1199 et s.).

[644] À la conception moniste du contrat est opposée la conception dualiste des conventions ou accords collectifs de travail qui produisent un effet normatif.

[645] Anc. art. 1146 et 1147 C. civ.

[646] Cass. soc., 12 juin 2001, n° 00-14435, *Bull. civ*. V, n° 221, *Dr. soc*. 2001, p. 1019, obs. P.-H. Antonmattei ; H. Nasom-Tissandier et P. Rémy, « L'action en exécution d'une convention collective par un syndicat non signataire », *D.* 2002, p. 361 ; J.-M. Verdier, « Accord collectif et action en justice », *D.* 2002, p. 503 ; *JSL* 2001, n° 83-4, obs. J.-E. Tourreil.

[647] Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-12340, *Bull. civ*. V, n° 68, Dr. soc. 2008, p. 571, note O. Levannier-Gouël ; *RDT* 2007, p. 536, note G. Borenfreund ; *JCP* S 2007.1918, note R. Vatinet.

[648] Une telle action est fondée sur l'article L. 2132-3 C. trav. qui ne fait pas de la représentativité une condition d'admission.

[649] G. Lhuilier, « Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1995, p. 162 ; J.-Y. Frouin, « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », *RJS* 1996, p. 137 ; P.-Y. Verkindt, « L'interprétation des accords collectifs », *SSL* 2008, n° 1361, p. 45 ; M.-L. Morin, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », *Dr. soc*. 2008, p. 24.

[650] V. par ex. Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-26304, *à paraître*, *SSL* 2016, n° 1711, p. 15 ; *JCP* S 2016.1110, note F. Bousez ; *JSL*2016, n° 408-5, obs. H. Tissandier : si seul le salarié a qualité pour demander la requalification de son contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, le défaut de respect des dispositions conventionnelles encadrant le recours au contrat à durée déterminée constitue une atteinte à l'intérêt collectif de la profession et justifie l'action en justice du syndicat.

[651] Cass. soc., 9 juillet 2015, n° 14-11752, *Cah. soc.* octobre 2015, p. 502.

que les juges participent à l'extension du préjudice réparable. La jurisprudence est, en revanche, plus variable sur les conséquences qui en résultent. Le syndicat peut-il agir en justice pour mettre un terme à l'atteinte ? ou seulement pour en obtenir réparation ?

Si les juges ont d'abord retenu une lecture littérale de l'article L. 2132-3 du Code du travail, en considérant que les « *droits de la partie civile* » ne permettaient qu'une intervention à l'appui de celle d'une institution représentative du personnel[652], ils ont ensuite adopté une toute autre position. Ils décident, en 2008[653], que « *les syndicats professionnels peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ; qu'il en résulte qu'ils peuvent demander en référé les mesures de remise en état destinées à mettre fin à un trouble manifestement illicite affectant cet intérêt collectif* ». Il faut donc comprendre que les syndicats peuvent demander, en référé, des mesures de remise en état destinées à mettre fin à un trouble manifestement illicite affectant cet intérêt collectif[654]. La Cour de cassation a ensuite précisé que le syndicat peut agir en l'absence de consultation d'une institution représentative du personnel, mais non pour une insuffisance de cette consultation[655]. Il n'empêche que « *cette décision s'inscrit dans la tendance actuelle de la Chambre sociale*

[652] Cass. soc., 28 février 2006, n° 04-18410 : « *Attendu, d'une part, qu'il résulte de l'article L. 411-11 du Code du travail que le syndicat qui exerce l'action prévue par ce texte ne peut prétendre qu'à des dommages-intérêts réparant le préjudice direct ou indirect porté à l'intérêt collectif de la profession qu'il représente ; d'autre part, qu'une personne ne peut être condamnée au profit d'une autre qui n'a rien demandé contre elle ; Encourt dès lors la cassation, l'arrêt attaqué qui, sur la seule demande du syndicat CFDT des banques, a condamné la Caisse d'épargne Côte d'Azur à payer une subvention au comité d'entreprise de la Caisse, au motif que le syndicat a pour objet la défense des droits collectifs et individuels, alors que le syndicat n'avait formulé aucune demande au titre de l'intérêt collectif de la profession et que le comité d'entreprise n'était pas présent à l'instance et n'avait pas conclu contre la Caisse* ».

[653] Cass. soc., 24 juin 2008, n° 07-11411, *Bull. civ*. V, n° 140, *D*. 2008, p. 1904 ; *JSL* 2008, n° 241-5, note J.-E. Tourreil ; *Dr. ouvr*. 2008, p. 626, note C. Ménard.

[654] Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-12340, préc. et Cass. soc., 16 janvier 2008, n° 07-10095, *Bull. civ*. V, n° 10 : pour une action en exécution d'une convention collective exercée par un syndicat non signataire ; Cass. soc., 2 décembre 2008, n° 07-44132, *Bull. civ.* V, n° 243, *RJS* 2/09, n° 200 ; *D*. 2009, p. 172 ; *RDT* 2009, p. 116, obs. H. Tissandier : pour une action en interprétation, dans le cadre de la détermination des droits acquis par des salariés, d'un accord collectif ayant cessé d'être applicable par suite de sa dénonciation.

[655] « *[Les syndicats] ne sont pas recevables à agir pour demander communication à leur profit de documents qui, selon eux, auraient dû être transmis au comité d'entreprise* », Cass. soc., 11 sept. 2012, n° 11-22014, *Bull. civ*. V, n° 226, *D*. 2012, p. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc*. 2012, p. 1065, note A. Mazeaud ; Cass. soc., 16 décembre 2014, n° 13-22308, *à paraître* , *RDT* 2015, p. 200, obs. I. Odoul-Asorey ; Pour une critique de ces solutions, V. aussi, O. Levannier-Gouël, « L'action syndicale liée à l'action du CE : l'action syndicale sous tutelle », *SSL* 2011, n° 1499, p. 11.

à reconnaître aux syndicats, en leur qualité de défenseurs des intérêts collectifs de la profession, des prérogatives nouvelles, en tout cas nouvellement revendiquées»[656].

135. Une telle extension de l'intérêt collectif intervient au secours du respect de la loi. Moins que l'admission d'un préjudice réparable, les juges se prononcent en faveur de la cessation de l'illicite. Cette tendance imprègne le droit du travail dans son ensemble, et il serait curieux de voir la Cour de cassation renoncer à cette action, ce qu'elle laisse pourtant entendre dans un arrêt du 14 décembre 2015. Les juges ont en effet décidé que « *si, aux termes de l'article L. 2132-3 du Code du travail, les syndicats professionnels peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent, notamment en cas de défaut de réunion, d'information ou de consultation des institutions représentatives du personnel lorsqu'elles sont légalement obligatoires, ils n'ont pas qualité à agir aux lieu et place de ces institutions pour tirer argument d'un défaut de consultation qu'elles n'invoquent pas* ». Les juges poursuivent en affirmant que « *l'action des organisations syndicales ne peut que s'associer à l'action menée par une des institutions représentatives du personnel concernées mais ne peut se substituer à elles en se prévalant d'un défaut de consultation dont elles ne font pas état* »[657]. Moins qu'un revirement de jurisprudence, certains espèrent n'y voir qu'un « *arrêt maladroit* »[658]. Dans cette espèce, le syndicat prétendait aller au-delà de la seule tenue de la réunion. *« L'objet de leur demande était […] de déclarer les évaluations illicites et d'en tirer certaines conséquences et non de suspendre les mesures prises par l'employeur dans l'attente de la reprise du processus d'information consultation du comité d'entreprise* »[659]. La solution sonne donc comme un rappel de l'étendue des demandes du syndicat. La réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif, et par extension, la cessation de l'illicite leur appartiennent, mais pas la défense des prérogatives des institutions représentatives du personnel.

[656] V. le Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, à propos de Cass. soc., 24 juin 2008, préc.
[657] Cass. soc., 14 décembre 2015, n° 14-17152, *SSL* 2016, n° 1710, p. 7, note E. Boussard-Verrecchia et Ph. Masson ; *RDT* 2016, p. 195, obs. Ch. Vigneau.
[658] E. Boussard-Verrecchia et Ph. Masson, note sous Cass. soc., 14 décembre 2015, *op. cit*.
[659] Mme Salomon, conseiller rapporteur, rapport sous Cass. soc., 14 décembre 2015, *op. cit*.

Les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation apparaissent ainsi comme les censeurs de certains syndicats qui tentent de faire reconnaître un intérêt collectif, là où n'existe qu'un intérêt individuel[660].

136. Il faut reconnaître que la frontière entre intérêt collectif et intérêt purement individuel est parfois floue. Les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation ont ainsi eu l'occasion de censurer une Cour d'appel d'avoir retenu que le syndicat, bien que n'ayant pas signé l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2008 créant la rupture conventionnelle, était recevable à intervenir pour obtenir réparation du préjudice subi par l'intérêt collectif, en raison de la violation par l'employeur des dispositions du Code du travail relatives à ce mode de rupture[661]. La solution est logique puisque le litige était purement individuel.

À l'occasion de cette affaire, le Professeur Lhernould soulevait toutefois une question : « *la solution serait-elle différente pour un salarié protégé ayant conclu une rupture conventionnelle en application de l'article L. 1237-15 du Code du travail ?* »[662]. Puisque la Cour de cassation a déjà jugé que *« le licenciement d'un délégué syndical, au mépris des dispositions de l'article L. 425-1 devenu l'article L. 2421-3, du Code du travail, porte un préjudice à l'intérêt collectif de la profession représentée par le syndicat à l'origine de la désignation »*[663], il est possible de se demander si la conclusion d'une rupture conventionnelle n'emporterait pas les mêmes conséquences. Le préjudice individuel semble donc pouvoir donner naissance au préjudice collectif.

C'est « *souvent en même temps que ou à travers des intérêts individuels qu'est atteint l'intérêt collectif de la profession* »[664]. Il peut, en effet, « *se superposer à l'intérêt*

---

[660] V. par ex., Cass. soc., 23 janvier 2008, n° 05-16492, *Bull. civ*. V, n° 22, *RJS* 3/08 n° 304 ; *D*. 2008, p. 487 ; *Dr. soc*. 2008, p. 503, obs. J. Savatier. Les juges décident que *« la reconnaissance d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié ; […qu'] une organisation syndicale n'est pas recevable à introduire une telle action* » ; Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-44175, *Bull. civ*. V, n° 261, *D*. 2010, p. 724, note H. Kobina Gaba. Les juges décident que « *le litige relatif au manquement de l'employeur à son obligation de reclassement individuel ne portait pas atteinte aux intérêts collectifs de la profession* » ; Cass. soc., 9 mars 2016, n° 14-11837, *à paraître* , *JCP* S 2016.121. Les juges décident que « *l'action en contestation du transfert d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne du salarié* », V. aussi, B. Gauriau, « Action syndicale : identification de l'atteinte portée à l'intérêt collectif de la profession », *JCP* S 2016.1243.

[661] Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-23942, *Bull. civ*. V, n° 19 : « *le litige relatif à la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié ne porte pas en lui-même atteinte à l'intérêt collectif de la profession* » ; *RJS* 2014, n° 361-2, comm., J.-Ph. Lhernould.

[662] *Ibid*.

[663] Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 06-42269, *Bull. civ*. V, n° 184, *D*. 2008, p. 2509 ; *RDT* 2009, p. 51, obs. F. Signoretto.

[664] J.-M. Verdier, *Syndicat et droit syndical*, vol. 2, Dalloz, Paris, 1984, n° 205.

individuel directement atteint »[665]. L'atteinte aux droits individuels des salariés pourrait s'interpréter comme une atteinte à l'intérêt collectif[666]. « *La jurisprudence de la chambre sociale admet ainsi classiquement que les manquements de l'employeur à ses obligations vis-à-vis des salariés entrent par nature dans le champ collectif, dès lors qu'ils soulèvent une "question de principe" ou "de portée générale". […] Il peut même advenir que l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession soit retenue comme une conséquence nécessaire du manquement de l'employeur, alors que l'atteinte à l'intérêt individuel du salarié auprès de qui le syndicat intervient est considérée comme insuffisamment démontrée. L'atteinte à l'intérêt collectif s'établit donc indépendamment de la preuve de l'existence même des effets individuels des manquements de l'employeur, effets qui peuvent n'être que virtuels au moment où l'action prospère* »[667]. Les juges n'admettent pas cette « *coïncidence d'intérêts* » de façon systématique[668], mais en déduisant du préjudice individuel le préjudice à l'intérêt collectif[669], la chambre sociale favorise, incontestablement l'admission du préjudice réparable[670].

137. Une interprétation souple de l'intérêt collectif et une utilisation efficace du préjudice individuel des salariés ont permis d'étendre le préjudice réparable lorsqu'une organisation syndicale le revendique[671]. Cette démarche a été suivie pour reconnaître le préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs[672]. Et, de façon similaire, la jurisprudence civile se montre souple s'agissant de l'intérêt collectif défendu par les associations. Bien que le principe soit de ne pouvoir défendre un intérêt collectif que sur

---

[665] G. Gauriau, Fasc. 12-20, « Syndicat professionnel – Moyens d'actions », n° 12, *JCl Travail Traité*.

[666] La seule exposition du salarié à une situation d'insécurité constitue aussi un préjudice collectif distinct : Cass. crim., 20 mars 1972, n° 71-93622, *Bull. crim*., n° 113, *D.* 1972, p. 417.

[667] A. Penneau, « Regards croisés sur l'action en défense de l'intérêt collectif des syndicats de salariés et des associations de consommateurs », *LPA* 29 avril 2005, n° 85, p. 5.

[668] B. Gauriau, Fasc. 12-10, « Syndicat professionnel – Constitution. Liberté d'adhésion », *JCl Travail Traité*, n° 14 : *« ainsi lorsqu'il a été porté atteinte à la vie privée d'un salarié (Cass. crim., 16 déc. 1991 : Bull. crim. 1991, n° 479). Dans le même sens la Chambre criminelle a considéré que la fouille des caissières dans un grand magasin ne met en cause que les intérêts individuels, solution critiquable (Cass. crim., 8 janv. 1980 : Bull. crim. 1980, n° 11)* ». V. aussi l'irrecevabilité de l'action d'une organisation syndicale à la suite du délit de harcèlement sexuel d'un salarié sur son lieu de travail par son supérieur hiérarchique, Cass. crim., 23 janvier 2002, n° 01-83559, *Bull. crim*., n° 12, *RJS* 5/02, n° 592.

[669] V. par ex. Cass. soc., 23 mars 2016, n° 14-22250, *à paraître* , *RDT* 2016, p. 307 : une salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en requalification de ces CDD et le syndicat est intervenu volontairement à l'instance. Les juges admettent que « *la violation des dispositions légales relatives au contrat à durée déterminée est de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif de la profession* ».

[670] Elle en favorise l'admission en en facilitant la preuve, et non par une interprétation extensive du préjudice, *cf. infra, la réparabilité présumée*, p. 133 et s.

[671] À des fins réparatrices, mais aussi à des fins préventives, V. par ex., CA Paris, Pôle 6, ch. 1, 28 janvier 2013, *Dr. ouvr*., 2013, p. 378, comm., Y. Leroy.

[672] J. Franck, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », *op. cit*.

le fondement d'un texte d'habilitation[673], puisque « *nul ne plaide par procureur* », une jurisprudence ancienne admet que les associations puissent « *faire par voie d'action collective ce que chacun de (leur) membre peut faire à titre individuel* »[674], sans avoir besoin d'être habilitées par un texte spécifique. Et cette jurisprudence a encore été étendue. Les juges se réfèrent aux « *intérêts collectifs des membres de l'association* » et non plus à des intérêts « *individuels » défendus « par voie d'action collective* »[675]. Ils ont même consacré la formule selon laquelle « *hors habilitation législative, une association ne peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs qu'autant que ceux-ci entrent dans son objet social* »[676]. Par cette jurisprudence, les juges écartent doucement l'habilitation légale et favorisent l'action collective des associations en étirant l'intérêt collectif. Cette même tendance se retrouve, lorsque dans son arrêt du 11 octobre 2005[677], la chambre criminelle admet la recevabilité du syndicat à défendre l'intérêt collectif, alors même qu'aucun salarié n'avait été blessé dans l'accident causé par le manquement de l'employeur[678].

138. On relève donc une « *conception large de l'intérêt lésé personnel subi par une personne morale de façon à continuer d'améliorer le mouvement, déjà bien engagé, de protection des victimes* »[679]. Il reste pourtant un domaine dans lequel cette appréciation particulière du caractère personnel du préjudice ne semble pas retenue, celui des institutions représentatives. L'interprétation du caractère personnel par la jurisprudence sociale ne peut-elle pas investir la question de l'action des institutions représentatives du personnel ? La chambre sociale de la Cour de cassation peut préserver une conception stricte du préjudice revendiqué par ces institutions, ou décider d'admettre un préjudice plus étendu, relâché de son caractère personnel.

---

[673] V. par ex., J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 6ème éd., Montchrestien, 2015, n° 87.
[674] S. Guinchard, « L'action de groupe en procédure civile française », *RID comp*. 1990, p. 599.
[675] *Ibid*.
[676] Cass. civ., 1ère, 2 mai 2001, n° 99-10709 ; *JCP* G 2008.II.10020, note B. Parance ; *D*. 2001, p. 1973, note J.-P. Gridel ; Cass. civ., 2ème, 27 mai 2004, n° 02-15700 ; *D*. 2004, p. 2931, obs. E. Lamazerolles ; Cass. civ., 1ère, 18 sept. 2008, n° 06-22038, *JCP* G, 2008.II.10200, note N. Dupont.
[677] Cass. crim., 11 octobre 2005, n° 05-82414, *SSL* 2005, n° 1240, p. 10, note O. Gouël ; *Dr. soc.* 2006, p. 43, note F. Duquesne ; *JCP* S 2006.1166, note A. Martinon.
[678] Cass. crim., 11 octobre 2005, préc. : « *Les manquements, constitutifs des infractions poursuivies, ont pu compromettre la sécurité des travailleurs et causer ainsi un préjudice aux intérêts collectifs des professions représentées par les syndicats susvisés sans qu'il soit nécessaire qu'un des salariés représentés par ces syndicats ait subi un préjudice direct et personnel* ».
[679] X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, op. cit*., p. 279.

2) L'appréciation encore restrictive de l'intérêt des institutions représentatives du personnel[680]

139. Dotées de la personnalité juridique, les institutions représentatives du personnel peuvent défendre leurs intérêts en justice[681]. Mais, « *à la différence de l'action syndicale, c'est une action propre dans ses conditions : l'intérêt à agir du comité d'entreprise est personnel, né et actuel* »[682]. Une question se pose alors : quel est l'intérêt à agir des institutions représentatives ? Les juges peuvent-ils retenir une conception extensive, à l'instar de l'intérêt professionnel défendu par les organisations syndicales, et permettre aux institutions représentatives du personnel de défendre l'intérêt collectif ?

140. S'agissant de l'intérêt à agir du comité d'entreprise, il n'est ni l'intérêt individuel des salariés[683], ni l'intérêt collectif de la profession[684], ni l'intérêt de l'entreprise[685]. Seul un intérêt direct et personnel est susceptible de leur ouvrir droit à réparation[686]. En effet, « *le comité d'entreprise ne tient d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés ou de se joindre à l'action de ces derniers, lorsque ses intérêts propres ne sont pas en cause* »[687]. De telles actions appartiennent en fait aux organisations syndicales[688].

Cette conception, plus restrictive que celle retenue par le Conseil d'État[689], fait l'objet de critiques[690]. Elle « *ne parait pas être en phase avec la réalité de la vie dans les*

---

[680] Sur le périmètre des « institutions représentatives du personnel », V. not. F. Petit, « Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? », *Dr soc*. 2002, p. 1073 ; DARES, Premières synthèses, 2007-05, « Les institutions représentatives du personnel : davantage présentes, toujours actives ».

[681] J. Savatier, « À propos de l'action en justice des comités d'entreprise », *Dr. soc*. 1987, p. 101.

[682] M. Keller, « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques », *Dr. soc.* 2006, p. 861.

[683] L'action du comité d'entreprise ne peut pas être confondue avec l'action syndicale de substitution prévue à l'article L. 1235-8 C. trav.

[684] Cass. soc., 1er juin 1994, n° 91-43935 et 91-43936, *Dr. soc*. 1994, p. 715, obs. A. Lyon-Caen.

[685] Cass. crim., 7 juin 1983, n° 83-91210 : *« Est dès lors irrecevable la constitution de partie civile d'un comité d'entreprise du chef du délit d'abus de pouvoir et de voix prévu par l'article 437, 4° de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, pareille infraction ne pouvant causer un préjudice direct qu'à la société elle-même* » ; *D*. 1983, IR p. 352.

[686] V. par ex., Cass. crim., 28 mai 1991, n° 90-83957, *Bull. crim*. n° 226.

[687] Cass. soc., 18 mars 1997, n° 93-43989 93-43991 93-44297, *Bull. civ*. V, n° 110, *D*. 1998, Somm. p. 256, obs. A. Lyon-Caen ; Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41647, *Bull. civ*. V, n° 51, *RDT* 2007, p. 401, obs. E. Andréo.

[688] Ainsi, un comité d'entreprise ne peut s'opposer à la mise en liquidation de la société, Cass. soc., 6 février 1980, n° 77-14611, *Bull. civ*. V, n° 107, *Affaire LIP* ; il ne peut pas non plus « *contester l'application de l'article L. 122-12 du Code du travail* » : Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41647, préc. ; O. Gouël, « L'action en justice du CE toujours cantonnée à la défense de ses intérêts propres », *SSL* 2007, n° 1306, p. 13.

[689] Le Conseil d'État admet en effet que le comité d'entreprise puisse intenter une action visant l'annulation d'un acte réglementaire susceptible d'affecter les conditions d'emploi et de travail dans l'entreprise : CE,

entreprises et les nécessités de la défense des intérêts des salariés »[691], elle « *ne tient pas compte de l'objet de comité d'entreprise tel qu'il est défini par l'article L.434.4 C. trav.* »[692]. Mais surtout, il semble que le moment soit venu pour cette action « *de trouver place parmi les recours pour la défense des droits et intérêts des salariés. Parce que la nature même de son intérêt à agir l'y autorise, parce que son action en justice a – en fait sinon en droit – d'importantes incidences sur le rapport de l'entreprise avec son personnel, parce que les obstacles procéduraux à l'effet individuel de cette action au bénéfice des salariés peuvent être levés* »[693].

La position stricte de la Cour de cassation s'explique par la conception qu'elle retient du rôle du comité d'entreprise et du syndicat professionnel : au syndicat, la prérogative exorbitante de droit commun d'agir en justice pour toutes atteintes à l'intérêt collectif, au comité d'entreprise, l'expression collective des salariés par la concertation avec l'employeur. Cette séparation des missions explique que le comité d'entreprise ne puisse intenter une action en exécution d'un accord collectif[694]. L'obligation d'information qui pèse sur ce dernier constitue par ailleurs l'un des fondements les plus sollicités pour la réparation du préjudice personnel du comité d'entreprise[695]. Une question peut d'ailleurs se poser quant à la nouvelle information[696] dont il doit bénéficier depuis la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. Le manquement à cette obligation d'information causera-t-il un préjudice au comité d'entreprise ? Les premiers jugements rendus sur ce point semblent ne pas l'admettre[697]. Or, « *l'irrecevabilité retenue ne peut*

Ass., 22 décembre 1982, Comité central d'entreprise de la SFENA, n° 34252 et 34798 ; *Dr. soc*. 1983, p. 683 ; *JCP* G 1983.II.20072 ; CE 7e et 2e ss-section, 3 mars 2006, n° 287960, n° 287964, n° 288809, *JCP* S 2006.1490, comm., R. Vatinet.

[690] Un courant doctrinal se prononce en faveur de la reconnaissance du droit du comité d'entreprise de défendre en justice un intérêt collectif, celui du personnel de l'entreprise : V. not., A. Lyon-Caen, « Le Comité d'entreprise, institution représentative du personnel », *Dr. ouvr*., 1986, p. 355 ; F. Gaudu, « La fraternité dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 134.

[691] M. Véricel, « Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise », *Dr. soc.* 2007, p. 1153.

[692] R. Vatinet, « Reconnaissance de la personnalité morale du comité de groupe et étendue de ses droits d'action en justice », *Rev. sociétés*., 1990, p. 444.

[693] M. Keller, « Ouvrir l'action en justice du comité d'entreprise », *RDT* 2007, p. 431.

[694] Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-23899, *à paraître* , *D*. 2014, p. 2414; *JCP* S 2014.438 ; *RDT* 2015, p. 126, obs. I. Odoul-Asorey ; Cass. soc., 17 novembre 2015, n° 14-13072, *JCP* S 2014.470.

[695] Cass. soc., 13 février 1997, n° 95-16648, *Bull. civ.* V, n° 63, arrêt *La Samaritaine*, *Dr. soc*. 1997, p. 249, Concl. Ph. de Caigny et note de G. Couturier ; *D*. 1997, p. 171, note A. Lyon-Caen ; *JCP* G 1997.II.22843, note F. Gaudu.

[696] Art. L. 1235-7-1 C. trav.

[697] C. Taillandier, « Chronique des premiers jugements des tribunaux administratifs sur les PSE », *SSL* 2014, n° 1623, p. 6. Une question se pose également sur la recevabilité de l'action du syndicat lorsqu'est en cause la notification de la décision d'homologation. L'article L. 1233-57-4 du Code du travail prévoit une notification au Comité d'Entreprise seulement ; les organisations syndicales peuvent-elles contester la

qu'être condamnée, tant l'intérêt et la qualité à agir du comité d'entreprise ne sont pas contestables au regard même de ses missions. Le comité d'entreprise est l'interlocuteur de l'employeur, il assure une expression collective des salariés permettant la prise en compte de leurs intérêts, il doit être informé et consulté sur toute mesure de nature à affecter les conditions pour motif économique et les plans de sauvegarde de l'emploi »[698].

Pour l'heure, il paraît plus sage et rigoureux de « *s'en tenir au droit commun de la procédure* »[699] parce que les textes le commandent[700] et que l'élargissement de l'aptitude du comité d'entreprise contribuerait « *à affaiblir les syndicats de salariés en faisant surgir des institutions rivales sur le terrain de l'action en justice, à l'heure où tous souhaitent voir le partenaire syndicale reconquérir force et légitimité* »[701].

141. Le même argument fait écho s'agissant de l'intérêt à défendre des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Cette institution est progressivement devenue incontournable[702] en raison de la place centrale prise par les conditions de travail et leurs implications sur la santé des salariés. Si le champ de leur consultation s'est largement étendu[703], reste la question de leur action en justice.

Après lui avoir reconnu une personnalité morale[704] par une application de la théorie de la réalité de la personne morale[705], les juges admettent l'action du CHSCT en défense des

---

décision administrative qui ne leur est pas notifiée ? Au regard de la généralité de l'article L. 2132-3 du Code du travail, la réponse pourrait être favorable (TA Cergy-Pontoise, 7 février 2014, n° 1400713), mais la lecture stricte de l'article L. 1233-57-4 du Code ne l'admet pas (TA Nîmes, 27 novembre 2013, n° 1302334). « *En tout état de cause, les dispositions conférant aux organisations syndicales le droit d'agir en justice pour défendre l'intérêt collectif d'une profession, et donc contester une décision d'homologation faisant grief à la collectivité des salariés, demeurent* ».

[698] *Ibid*., p. 7.

[699] P. Maynial, « S'en tenir au droit commun de la procédure », *RDT* 2007, p. 428.

[700] Ce n'est que par exception à l'exigence d'un intérêt personnel de l'article 31 du Code de procédure civile que les syndicats disposent de la qualité pour agir en défense du préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

[701] P. Maynial, « S'en tenir au droit commun de la procédure », *op. cit*.

[702] P.-Y. Verkindt, « La montée en puissance du CHST », *SSL* 2007, p. 10 ; S. Guedes da Costa et E. Lafuma, « Le CHSCT dans la décision d'organisation du travail », *RDT* 2010, p. 419 ; M. Ayadi et O. du Jonchay, « L'heure de gloire du CHSCT ? », *JSL* 2010, n° 269-1.

[703] Le CHSCT doit désormais par exemple, être informé et consulté sur les procédures d'évaluation des salariés : Cass. soc., 28 novembre 2007, n° 06-21964, *Bull. civ*. V, n° 201, *RDT* 2008, p. 180, obs. P. Adam ; *SSL* 2007, n° 1332, p. 10, note P.-Y. Verkindt et A. Mole ; sur les transferts d'entreprise : Cass. soc., 12 juillet 2005, n° 03-10633 ; sur la rédaction et la modification du règlement intérieur : art. L. 4612-12 C. trav. et circulaire n° 93-15 du 25 mars 1993.

[704] Cass. soc., 17 avril 1991, n° 89-17993, 89-43767 et 89-43770, *Bull. civ*. V, n° 206, *D*. 1991, p. 152 ; *Dr. soc*. 1991, p. 516 ; *JCP* E 1991.II.229, note H. Blaise ; *RJS* 1991, p. 314, n° 591 ; *Dr. ouvr*. 1992, p. 139, note J. Grinsnir.

[705] Théorie selon laquelle « *la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; [elle] appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés* », V. par ex., Cass. civ., 2ème, 28 janvier 1954, n° 54-07081, *Bull. civ*. II, n° 32, *D*. 1954, p. 217, note G. Levasseur.

droits et intérêts. Il reste cependant limité par des considérations financières[706], et c'est aussi le périmètre de l'intérêt qu'il peut défendre devant le juge qui freine leur action. Faut-il offrir au CHSCT une action tendant à protéger l'intérêt collectif ? Pour le Professeur Verkindt, « *la consécration [d'une habilitation générale pour la défense de l'intérêt collectif de la profession] risquerait de renforcer la tentation de judiciariser les rapports sociaux. Seules les organisations syndicales et les associations dûment habilitées doivent conserver la possibilité d'agir en justice pour la défense de l'intérêt collectif de la collectivité qu'ils représentent. Sur ce sujet, il faut laisser la main aux organisations syndicales et ne pas susciter des phénomènes de concurrence* »[707].

Pourtant, parce qu'il dispose de la personnalité juridique, le CHSCT peut demander réparation des préjudices[708] subis par la méconnaissance de leurs prérogatives légales[709]. Or, n'est-ce pas l'une de ses prérogatives que de défendre les atteintes à la sécurité des salariés? Il semble bien que l'accomplissement de sa mission, celle de contribuer à la sécurité et à la santé des salariés[710], passe par le droit d'obtenir en justice le respect des intérêts du salarié.

Pourtant, le CHSCT demeure limité dans son rôle de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs[711]. En conditionnant encore son action à la démonstration d'un

---

[706] Le CHSCT ne possède pas de budget propre, un frein au déclenchement de l'action judiciaire, qui pourrait disparaitre : V. le rapport remis le 17 février 2010 à F. Fillon sur les risques psycho-sociaux qui propose d'allouer un budget propre au CHSCT : H. Lachmann, C. Larose, M. Pénicaud et M. Moleux, *Bien-être et efficacité au travail, 10 propositions pour améliorer la santé psychologique au travail*, La documentation française, 2010.
Pour pallier l'absence de budget propre, les juges décident qu'il appartient à l'employeur de prendre en charge les frais de justice, V. not., Cass. soc., 25 juin 2002, n° 00-13375, *bull. civ*. II, n° 215, *Dr. soc.* 2002, p. 1027, obs. F. Duquesne ; *RJS* 10/2002, n° 1133 ; Cass. soc., 2 décembre 2009, n° 08-18409, *Bull. civ*. V, n° 275, *D*. 2010, p. 23 ; *JCP* S 2010.1049, note J.-B. Cottin ; Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-10870 ; Cass. soc., 15 janvier 2013, n° 11-27679, *D*. 2013, p. 255 ; *Dr. soc.* 2013, p. 284, obs. D. Boulmier.
Cette carence fait toutefois l'objet d'une QPC dont la réponse pourrait « *obliger le Gouvernement à déposer un projet de loi accordant un budget au CHSCT* » selon M. Hautefort, note sous Cass. soc., 16 septembre 2015, QPC, n° 15-40027, *JSL* 2015, n° 396-4.

[707] P.-Y. Verkindt, « Les CHSCT au milieu du gué – trente-trois propositions en faveur d'une instance de représentation du personnel dédiée à la protection de la santé au travail » disponible sur le site du ministère du travail ; Entretien avec Pierre-Yves Verkindt : « Le bon fonctionnement du CHSCT dépend de la formation de ses membres », *SSL* 2014, n° 1621, p. 3.

[708] V. par ex., Cass. soc. 3 mars 2015, n° 13-26258, *à paraître*, *D.* 2015, p. 1356 ; *RDT* 2015, p. 415, obs. I. Odoul-Asorey; *JCP* S 2015.1149, note J.-B. Cottin.

[709] D'ailleurs, le Comité d'entreprise peut notamment, demander la suspension des mesures patronales sans sa consultation préalable (Cass. soc., 16 avril 1996, n° 94-11660, 94-14915 et 94-14916, *Bull. civ*. V, n° 164, arrêt *SIETAM*, *Dr. soc*. 1996, p. 489, note A. Lyon-Caen), ou encore la reconnaissance d'un délit d'entrave à son fonctionnement (Cass. crim., 3 mars 1998, n° 96-85098, *Bull. crim*. n° 81, *D.* 1998, p. 121 ; *RTD com.* 1998, p. 959, note B. Bouloc).

[710] Art. L. 4612-1 C. trav.

[711] Cass. crim., 11 octobre 2005, n° 05-82414, préc. : *« si les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail institués par l'article L. 236-1 du Code du travail ont pour mission de contribuer à la*

préjudice direct et certain, et en ne considérant pas qu'une atteinte à la santé des travailleurs suffise, il y a une occasion manquée de promouvoir la santé au travail.

D'autant plus que l'absence de préjudice est relative. Ne subit-il pas un préjudice chaque fois que l'une de ses prérogatives légales est atteinte ? Autrement dit, n'y-a-t-il pas un manquement préjudiciable au CHSCT, chaque fois qu'un manquement à la sécurité de la part de l'employeur est constaté ? Ces atteintes atteignent la collectivité, mais constituent aussi un préjudice personnel dont la réparation permettrait d'en limiter les effets sur le « collectif ». En plus d'être réparatrice, une telle action aurait le mérite de la prévention. Il faut donc admettre une définition du préjudice personnel plus souple : la lésion d'une prérogative légale. Or, pour l'heure, nous avons pu constater que même une atteinte à l'obligation de sécurité de résultat ne pouvait être revendiquée par le CHSCT.

Un changement semble toutefois s'annoncer. Les juges du fond ont en effet admis que le CHSCT puisse se constituer partie civile, malgré l'absence de préjudice personnel[712]. Rejetant une appréciation restrictive du préjudice, ils en admettent une conception extensive, qui permet de retenir l'existence d'un préjudice par le seul constat d'un accident. Celui-ci constitue une atteinte au rôle fondamental du CHSCT, à savoir, la prévention des risques et la sécurité du personnel de l'entreprise, et lui cause donc, un préjudice. Cette appréciation rejoint celle qui est déjà retenue pour les délégués syndicaux[713] et annonce un rôle plus visible du CHSCT devant le juge. Il reste aux juges de la Cour de cassation de le confirmer.

Seule une action combinée des institutions représentatives du personnel et des organisations syndicales permettra d'assurer plus efficacement la réparation de tous les préjudices subis par les atteintes aux dispositions du Code du travail. Ce qu'aucune action collective n'est, pour l'instant, à même d'assurer : « *sauf exception, l'action du syndicat dans l'intérêt collectif ne bénéficie pas directement aux salariés, et l'action syndicale de substitution – sauf à être une action groupée difficile à mettre en œuvre – ne procure de résultat qu'à un seul salarié* »[714]. Or, « *pour dissuader les entreprises […], il faut que la*

---

protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'entreprise ainsi qu'à l'amélioration de leurs conditions de travail, et s'ils sont dotés, dans ce but, d'une faculté d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge, il n'en demeure pas moins que, pour se constituer partie civile en cours d'instruction, ils doivent justifier de la possibilité d'un préjudice direct et personnel découlant des infractions poursuivies, comme l'exige l'article 2 du Code de procédure pénale ».

[712] CA Paris, chambre de l'instruction, 26 novembre 2015, *RFF et SNCF*, *Dr. ouvr*. 2016, p. 74, note J. Borzakian.

[713] Cass. crim., 11 octobre 2005, préc.

[714] M. Keller, « Ouvrir l'action en justice du comité d'entreprise », *op. cit*., spéc. p. 433.

menace soit crédible, ce qui implique de donner de l'ampleur aux actions de ceux qui ont en charge la prévention des risques »[715]. Le constat d'un préjudice à l'intérêt collectif complexe (subi par les salariés, par les institutions représentatives du personnel, par les organisations syndicales, mais défendu par les seules organisations syndicales) invite donc à interroger la notion de préjudice collectif. Faut-il continuer d'étendre la notion d'intérêt collectif protégé par les syndicats ? Sans aucun doute, mais cette évolution doit s'étendre au préjudice d'autres institutions représentatives du personnel. L'extension des demandeurs à l'action en réparation apparaît, en effet, comme l'une des réponses les plus efficaces au besoin de prévention de la violation de la loi. Les différents acteurs représentant le personnel peuvent participer à la prévention des risques et à la protection des travailleurs, sans qu'il faille admettre un préjudice collectif objectif.

B. L'absence de préjudice collectif objectif

142. Le caractère personnel du préjudice est aujourd'hui doublement atteint. Outre la prise en compte de l'intérêt collectif, il a été reconnu un préjudice écologique pur, autrement dit, un préjudice réparable indépendamment de toutes répercussions sur les personnes[716]. Il est défini de façon objective, sans référence au préjudice moral comme « *une atteinte non négligeable à l'environnement naturel, à savoir, notamment, l'air, l'atmosphère, l'eau, les sols, les terres, les paysages, les sites naturels, la biodiversité et l'interaction entre ces éléments qui est sans répercussions sur un intérêt humain particulier mais qui affecte un intérêt collectif légitime* »[717]. Par cette reconnaissance[718], il ne s'agit pas d'une responsabilité sans préjudice mais de le concevoir de façon abstraite et de le considérer dans « *la violation d'un intérêt sans que cette violation ne soit individuellement et subjectivement ressentie* »[719] . Après la responsabilité sans faute, il y aurait désormais une responsabilité sans victime physique, comme si le caractère

[715] R. Dalmasso et E. Serverin, « De l'intérêt collectif à l'intérêt personnel : la longue portée d'une action collective en matière d'évaluation des salariés », *RDT* 2013, p. 642, spéc. p. 645.
[716] Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 10-82938, *Bull. crim.* n° 98, *Erika, D.* 2012, p. 2711, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ*. 2013, p. 119, note P. Jourdain ; *JCP* G 2012.1243, note K. Le Couviour ; *AJ pénal* 2012, p. 574, note A. Montas et G. Roussel ; V. aussi L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, Paris, 2006.
[717] Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 10-82938, préc. ; plus récemment, V. Cass. crim. 22 mars 2016, n° 13-87650, *à paraître*, *D*. 2016, p. 1236, note A.-S. Epstein.
[718] Reprise par le projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, adopté par l'Assemblée nationale le 23 juin 2016, art. 2 bis prévoyant la création, au sein du Code civil de l'art. 1386-19-1 qui définit le préjudice collectif comme « *une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ».
[719] C. Dreveau, « Réflexions sur le préjudice collectif », *op. cit*., p. 259.

personnel du préjudice disparaissait. Il y a l'admission d'un préjudice affectant « *exclusivement la nature indépendamment et au-delà des répercussions sur des sujets de droit […] (par exemple : atteinte à la biodiversité) ; cela n'exclut pas qu'un même dommage puisse entraîner à la fois un préjudice personnel et concerner l'environnement indépendamment de tout intérêt personnel* »[720]. Réservée au préjudice écologique, l'objectivation du préjudice peut-elle s'étendre à d'autres champs disciplinaires, et au droit du travail en particulier ?

143. Le Professeur Neyret justifie le préjudice écologique pur par une référence à la loi de 1898. Il explique que « *tout comme l'environnement naturel, la vie humaine n'a pas de prix, or cela n'empêche pas le droit français de réparer le préjudice corporel pur, c'est-à-dire "l'atteinte objective à l'intégrité physique de la victime"*[721]*, souvent présenté sous les traits de la notion d'incapacité permanente partielle (IPP) issue de la législation sur les accidents du travail de 1898. […] Si ce résultat a été possible pour les atteintes à la vie humaine, il devrait en aller de même pour les atteintes à la vie non humaine* »[722]. Si l'on suit ce raisonnement, un préjudice collectif autonome peut être réparable dès lors qu'un intérêt est socialement protégé, qu'importe l'absence de victime individuelle. Il ne faut plus considérer le préjudice comme l'atteinte à un droit subjectif, mais comme la violation d'un intérêt qui, contrairement au premier, ne nécessite pas de titulaire identifié mais « *s'accommode de titulaires plus diffus, plus indéterminés, plus collectifs, ou dont la personnalité prête à discussion* »[723]. L'absence de personne juridique pourrait ainsi être palliée.

Reste une question, celle des intérêts collectifs protégés. Comment les sélectionner ? Quelles sont les lésions « *d'un intérêt conforme au droit mais indépendant de l'exigence de répercussions sur les personnes* »[724] ? Seuls les intérêts « *universalisables* »[725] peuvent être admis. C'est donc au législateur que revient la mission de dévoiler ces intérêts susceptibles de faire naître un préjudice collectif réparable. Or, le droit positif actuel ne

[720] Y. Jegouzo (sous la dir), *Pour la réparation du préjudice écologique*, La documentation française, 2013, p. 15.
[721] Cass. ass. plén., 19 décembre 2003, *Bull. ass. plén*., n° 8, *D*. 2004, p. 161, note Y. Lambert-Faivre ; *D*. 2005, p. 190, et *RTD civ*. 2004, p. 300, obs. P. Jourdain.
[722] L. Neyret, « Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement », *D*. 2008, p. 2681.
[723] F. Ost, *Droit et intérêt, Entre droit et non-droit : l'intérêt,* vol. 2, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1990, p. 12.
[724] L. Neyret, « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *D*. 2008, p. 170, spéc. p. 173.
[725] C. Dreveau, reprenant la distinction du Professeur Ost entre les intérêts solipsistes et universalisables, C. Dreveau, « Réflexions sur le préjudice collectif », *op. cit*., p. 261.

connaît que le préjudice écologique pur et il semble peu probable que l'intérêt professionnel soit consacré comme tel.

144. La reconnaissance du préjudice collectif autonome conduit en effet à une dénaturation de la responsabilité civile. « *Elle est d'abord fonctionnelle en ce que la responsabilité civile se voit ainsi dotée de la mission de sanctionner les atteintes à l'environnement envisagées comme des atteintes à l'intérêt général […]. La dénaturation est ensuite technique en ce que la responsabilité civile devient la source d'une obligation de réparation qui n'est plus orientée, comme le commande l'article 1382 du Code civil, vers "autrui". Il ne s'agit alors plus d'établir un rapport d'obligation entre deux personnes et deux patrimoines* »[726]. Or, en droit du travail, l'établissement de ce rapport d'obligations survit.

Certes, l'extension de l'intérêt collectif en droit du travail oblige à apprécier les canons de la responsabilité, et remet en cause le caractère personnel du préjudice : la victime personnelle du préjudice n'est pas, toujours, celle qui demande réparation. Le représenté « *n'existe pas juridiquement* »[727], puisque le préjudice collectif s'analyse « *en un trouble susceptible d'être ressenti par chacun des membres du syndicat et de nuire à la profession tout entière* »[728], sans qu'il soit nécessaire de démontrer le préjudice individuellement subi. Il est donc impossible de dire qui l'a réellement subi. En revanche, le préjudice est ressenti par « *un nombre indéterminé d'individus à raison de leurs appartenance ou croyances, sans qu'on puisse dire que tel ou tel est particulièrement lésé* »[729]. Les préjudices sont ensuite qualifiés, à savoir des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Ainsi, l'atteinte à l'intérêt collectif constitue un préjudice patrimonial, constitué par les dépenses effectuées et les moyens mis en œuvre pour la défense de cet intérêt. Elle constitue aussi un préjudice extrapatrimonial, qui résulte de l'attachement à la cause défendue, un préjudice « altruiste »[730]. Bien que le préjudice moral puisse apparaître comme « *un habit assez mal taillé pour la réparation de ce type*

[726] J.-Ch. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *RCA* mai 2013, dossier 23.
[727] « *On se demande alors comment il peut subir un préjudice juridique* » : L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit*., n° 64.
[728] A. Brun et H. Galland, *Traité de droit du travail, t. 2, Les rapports collectifs de travail*, 2ème éd., Sirey, Paris, 1977, n° 808.
[729] G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil – Les obligations, t. 1. Les sources*, Sirey, Paris, 1988, n° 385.
[730] L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit*., n° 99 et s. ; du même auteur, « Pour la recevabilité de l'action associative fondée sur la défense d'un intérêt altruiste », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, oct.-déc. 1997, p.751.

d'atteintes »[731], il permet d'imputer la responsabilité à un responsable. Les atteintes à l'intérêt collectif sont, par ailleurs, érigées en infraction[732]. Ce cumul de l'action pénale et de l'action civile permet de punir les atteintes à l'intérêt collectif sans dénaturer un peu plus le préjudice. Moins qu'un préjudice collectif « pur », c'est bien cette action en réparation du préjudice de la part de toutes les institutions représentatives du personnel qu'il faut admettre en droit du travail.

145. Conclusion du chapitre.

Le préjudice travailliste doit, comme en droit civil, être certain et personnel pour être réparable. Il connaît toutefois quelques particularités.

Le caractère certain du préjudice conserve une place importante en tant que borne du préjudice réparable, car la perte de chance et le risque de dommage sont reconnus dans la même mesure qu'en droit commun. Il faut toutefois noter une appréciation particulière du risque, et la reconnaissance de certains préjudices qui lui sont liés, à l'instar du préjudice d'anxiété. Étudier la certitude du préjudice nous a aussi permis d'infirmer la présence d'un préjudice derrière le versement de certaines indemnités en droit du travail. Si l'indemnité est souvent synonyme de réparation, elle peut parfois ne compenser aucun préjudice. Derrière ces indemnités, la notion de préjudice n'est donc pas déformée, car elles ne sont pas, en réalité, réparatrices.

L'interprétation du caractère personnel du préjudice illustre, quant à elle, une double singularité du droit du travail. D'abord, les victimes par ricochet mobilisent, moins qu'en droit civil, le manquement contractuel dérelativisé comme fondement à leur action en responsabilité délictuelle. Ensuite, la représentation collective des salariés a justifié l'essor du préjudice porté à l'intérêt collectif, et l'adaptation exigée du caractère personnel. Le droit du travail a incité l'interprétation du caractère personnel du préjudice en droit commun, et en droit de l'environnement, puisque les juges reconnaissent un préjudice écologique objectif.

[731] L. Neyret, « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire, *op. cit*., spéc. p. 173.
[732] Le délit d'entrave est le fait de porter atteinte, quelle qu'en soit la forme (action ou abstention) à la libre désignation des représentants du personnel, à l'exercice de leurs fonctions et de leurs droits, aux règles de procédure relatives au licenciement des représentants du personnel. Le délit d'entrave est applicable à toutes les catégories de représentants du personnel : aux délégués syndicaux (art. L. 2146-1 C. trav.), aux délégués du personnel (art. L. 2316-1 C. trav.), au comité d'entreprise (art. L. 2328-1 C. trav.), aux membres du CHSCT (art. L. 4742-1 C. trav.).

La recherche du préjudice réparable en droit du travail est ainsi pourvue de nouvelles indications. Le préjudice réparable doit être certain. La définition ressemble à celle du droit commun, mais tient tout de même compte des spécificités du risque professionnel. Il doit aussi être personnel, autrement dit, avoir été subi personnellement par la victime. Il y a toutefois une reconnaissance du préjudice à l'intérêt collectif importante, qui s'explique par l'exécution du contrat de travail au sein d'une communauté de travail, qui dispose de droits auxquels une atteinte collective peut être portée.

Conclusion du Titre I

146. Nous nous demandions si le préjudice « travailliste » devait respecter les mêmes conditions de réparabilité qu'en droit commun. Il ressort de notre recherche qu'il doit effectivement être certain, personnel, légitime et prévisible. Il fallait toutefois s'interroger sur les définitions retenues, afin de savoir si elles étaient les mêmes qu'en droit commun.

La légitimité et la prévisibilité ont pu susciter une interrogation relative à leur nature : condition du préjudice réparable ou limite de la réparation ? Une fois leur nature de condition du préjudice réparable affirmée, il apparaît que leur effet est toutefois atténué : elles ne s'imposent pas comme des restrictions au préjudice réparable. Le maintien de la condition de prévisibilité semble même n'assurer que la spécificité de la responsabilité contractuelle. Ce « désintérêt » permet de ne pas restreindre l'admission du préjudice réparable.

L'observation de la certitude du préjudice a permis de dévoiler une fonction de l'indemnité en dehors de la réparation. Le droit du travail connaît, en effet, des indemnités qui n'en portent que le nom, car aucun préjudice ne justifie leur versement. Ce critère est aussi celui qui a permis l'essor de la perte de chance en droit commun et en droit du travail. Il nous apparaît toutefois que cette interprétation n'a été qu'un tremplin qui conduit aujourd'hui à reconnaître l'entier préjudice, dès lors que sont en jeu des droits individuels du salarié, tels que l'obligation d'information ou de formation.

Enfin, le préjudice personnel a su être adapté à la configuration du rapport de travail. Le travail en collectivité et la présence de personnes morales représentant les salariés ont incité les juges à reconnaître un préjudice moral à ces personnes morales, mais aussi un préjudice à l'intérêt collectif. Le développement du préjudice collectif dans d'autres matières, notamment en droit de l'environnement, avec la reconnaissance du préjudice écologique, prouve que l'analyse travailliste influence d'autres champs disciplinaires. Il faut toutefois regretter, qu'en droit du travail, ce préjudice à l'intérêt collectif ne puisse pas être défendu par toutes les institutions représentatives du personnel, et plus particulièrement par le CHSCT.

Pour conclure, le préjudice réparable « travailliste » répond aux mêmes qualités que celui de droit commun, sans que ces qualités ne soient appréciées de façon tout à fait identiques. Il a été adapté aux particularités de la relation de travail, qui s'exerce en collectivité, et connaît des risques qui lui sont propres. Il faut encore se demander si la démonstration de ces qualités suffit à qualifier le préjudice de réparable.

TITRE II. LA DÉMONSTRATION DU CARACTÈRE RÉPARABLE DU PRÉJUDICE

147. Pour être réparable, le préjudices doit revêtir certains caractères. Toutefois, être certain, personnel, légitime et prévisbiel, suffit-il toujours à lui permettre d'accéder à la réparation ? Il convient en effet de se demander si la démonstration des qualités du préjudice suffit à le qualifier de préjudice réparable, susceptible donc, de se voir réparé.

Parmi ces qualités, il faut compter le lien direct entre le préjudice et le fait générateur. Rapprochée de la causalité[733], cette condition est plus qu'une simple qualité du préjudice. Elle permet d'identifier l'enchaînement des événements ayant rendu possible le préjudice, et d'imputer la responsabilité à une personne. En principe, la charge de la preuve pèse sur le demandeur[734], or, « *la mansuétude du juge envers la victime a fait évoluer cette matière* »[735]. Des aménagements de la charge de la preuve[736] viennent faciliter la démonstration de certains préjudices, grâce à l'utilisation par le juge de probabilités de causalité, voire de véritables présomptions[737] en faveur de la victime. La démonstration du préjudice réparable est donc parfois présumée. Le préjudice est réparable sans que la victime n'ait démontré qu'il remplit les qualités attendues.

À l'inverse, existe-t-il des hypothèses où la preuve de ces qualités est insuffisante ? Autrement dit, le préjudice peut-il remplir ces cinq qualités et rester, malgré tout, irréparable ? Il existe certains obstacles, tels que l'immunité du salarié en droit de la responsabilité civile, ou celle de l'employeur en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle. Ils imposent à la victime de démontrer, en plus d'un fait générateur ayant causé un préjudice, une faute qualifiée de la part de l'auteur du dommage. Ces immunités apparaissent sont-elles des entraves à la réparabilité du préjudice ?

---

[733] Sur cette notion, V. not., F. Chabas, *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation*, LGDJ, Paris, 1967 ; C. Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2010.

[734] Art. 1315 C. civ. (nouv. 1353) : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ».

[735] A. Dumery, fasc. 10. « Responsabilité civile – Les constantes de la responsabilité civile », *JCl Encyclopédie des Huissiers de Justice*, V° Responsabilité civile, n° 83.

[736] V. not., Art. L. 1154-1 C. trav.

[737] « *qui entraîne[nt], pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver le fait inconnu, difficile ou impossible à établir directement* », G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*, V. Présomption.

148. Si des présomptions viennent faciliter la démonstration du préjudice réparable dans les deux champs disciplinaires (Chapitre 1), le droit du travail est plus original en admettant des obstacles à cette démonstration (Chapitre 2).

Chapitre 1. La réparabilité présumée

149. Afin d'« *améliorer l'indemnisation des préjudices* »[738], la réparabilité du préjudice est parfois présumée. Il n'est plus exigé de la victime qu'elle démontre que son préjudice remplit les qualités exigées de lui, il est systématiquement considéré comme réparable. « *Cette manière de faveur pour le demandeur à l'action en réparation, ce relâchement du contrôle* »[739], trouve un appui technique dans l'élaboration judiciaire d'une présomption. Les juges tirent, en effet, d'un fait connu – le dommage –, la conséquence – le préjudice – « *dont l'existence est rendue vraisemblable par l'existence du premier* »[740]. L'objet de cette présomption doit toutefois être précisé. D'abord, elle ne concerne jamais le préjudice mais seulement ses qualités. Les juges ont l'occasion de présumer le caractère réparable du préjudice et non son existence. Ils ne sauraient, en effet, envisager de réparer un préjudice qui n'existe pas[741]. Ensuite, cette présomption s'intéresse souvent à la causalité. En suggérant le lien entre le fait générateur et le préjudice, la présomption évite à la victime de subir les « *affres de la causalité* »[742], elle lui évite de démontrer le caractère direct du préjudice[743]. Toutefois, les juges travaillistes paraissent allés encore plus loin. Ce n'est plus seulement la démonstration du caractère direct du préjudice qu'ils ont présumé.

En usant de la formule selon laquelle le manquement de l'employeur cause « *nécessairement un préjudice* », ils présument toutes les qualités du préjudice réparable. C'est aussi l'absence de causes d'exonération qui interpelle. En n'admettant aucune cause d'exonération, tels le fait de la victime ou le fait d'un tiers, et retenant la responsabilité de

---

[738] L. Cadiet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit*. p. 499.
[739] L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », *RTD civ*. 2013, p. 275, spéc. p. 279.
[740] G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V. Présomption.
[741] Ou alors ils admettraient l'enrichissement sans cause.
[742] P. Esmein, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », *D*. 1964, p. 205.
[743] A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, 14ème éd., Montchrestien, Paris, 2014, n° 416 : l'auteur définit le « *dommage direct* » dans un paragraphe intitulé « *Lien de causalité* » ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations, op. cit*., p. 476 : « *quand on dit que le dommage doit être direct, cela signifie qu'il doit découler directement du fait dommageable. En définitive, ce n'est pas là une qualité particulière du préjudice, mais le rappel du lien de causalité qui doit exister entre la faute et le dommage* » ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit*., n° 703 : « *on peut estimer que l'exigence d'un dommage direct n'est qu'une des faces d'un autre problème […] : celui de la relation de causalité entre le fait dommageable et le dommage. En ce sens, dire que le dommage doit être direct, c'est dire qu'il doit y avoir entre l'un et l'autre un lien suffisant de causalité* ».

l'employeur de façon systématique, les juges semblent créer de véritables postulats de préjudice. Favorisent-ils ainsi, plus qu'en droit commun, la reconnaissance du préjudice réparable ?

Il semble falloir distinguer « *les véritables présomptions, dont la fonction est bien d'aménager la preuve d'un fait, de celles qui sous couvert du vocable de la présomption dissimulent en vérité une règle de fond* »[744]. Les juges peuvent présumer réparables certains préjudices, incités par des considérations réparatrices (Section 1). Ils peuvent encore aller plus loin, en excluant parfois le renversement de cette présomption. En admettant, avant tout raisonnement, le préjudice comme réparable, sans jamais remettre en cause cette qualité, on peut considérer le préjudice comme postulé. Un postulat qui ne tend plus seulement à faciliter la réparation du préjudice, mais qui assure la protection de certaines valeurs, dont l'atteinte doit donner lieu à une punition (Section 2).

Section 1. Une présomption de préjudice, en tant qu'aménagement de la preuve

150. La présomption, aux termes de l'article 1349 du Code civil, est définie comme une conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu. Ainsi, elle « *entraîne, pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver le fait inconnu, difficile ou impossible à établir directement, à charge de rapporter la preuve plus facile du fait connu* »[745]. Elle est donc un aménagement de la charge de la preuve particulièrement utile pour les victimes lorsqu'il s'agit de démontrer l'existence d'un dommage et des préjudices réparables qui en ont découlés. On peut alors observer diverses présomptions, celles qui portent sur la preuve du dommage, sa réalité ou son auteur (§1) et celles qui portent sur le préjudice réparable (§2).

[744] L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », *op. cit.*, spéc. p. 280.
[745] G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V. Présomption.

§1. Présumer le dommage préjudiciable

151. Le dommage, en tant qu'assise matérielle du préjudice subi par la victime, doit être prouvé, tout comme son auteur. Après avoir prouvé le dommage, il faut donc l'imputer à un responsable. S'agissant de la matière contractuelle, l'auteur de l'inexécution semble être toujours le même : le cocontractant. L'on pourrait alors présumer le lien de causalité (A). En ce qui concerne le dommage, il semble que le législateur et les juges admettent certaines présomptions, au bénéfice de la victime (B).

A. L'évident lien de causalité

152. Le fait générateur de responsabilité doit être imputé à un auteur pour que la créance de réparation puisse naître dans le patrimoine du créancier à l'égard du débiteur. Relier ainsi le dommage et son auteur exige, en droit de la responsabilité civile, la démonstration d'un lien d'imputabilité.

À côté de ce lien, il est également demandé que le dommage soit relié au fait générateur par un lien de causalité. Cette exigence est implicitement rappelée par les textes. En matière délictuelle, il est question du dommage *causé* par le fait personnel[746], le fait d'autrui, ou le fait des choses. En matière contractuelle, la réparation porte sur ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention[747]. Chacun est donc responsable du dommage qu'il cause, et de celui-là seulement.

« *En pratique, le problème de la causalité, comme le dommage et le fait dommageable, se pose en des termes de preuve. C'est en principe à la victime qu'il appartient de rapporter cette preuve […]. Mais, dans la réalité, chacun prouve ce qu'il peut. À supposer qu'un litige soit circonscrit sur ce point, l'un cherchera à établir la causalité, l'autre tentera d'y échapper en démontrant que le dommage est dû, en tout ou en partie, à une cause étrangère.* »[748]. La preuve de ce lien de causalité n'est donc pas toujours simple à rapporter. Contourner cette difficulté peut alors passer par l'admission d'une présomption de ce lien de causalité. « *Quelle que soit la forme qu'il revêt, le raisonnement présomptif est bel et bien la recherche du facteur causal le plus apte à rendre probable, lorsque les*

[746] Art. 1240 et s. C. civ. (anc. art. 1382).
[747] Art. 1231-5 C. civ. (anc. art. 1151).
[748] Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, *op. cit*., n° 735.

circonstances ne parlent pas d'elles-mêmes, le lien entre le dommage et le fait considéré et/ou, le cas échéant, entre le fait considéré et son auteur »[749].

153. Se pose toutefois la question de la pertinence de cette preuve en matière contractuelle. Les opposants à l'idée de responsabilité contractuelle nient en effet l'idée qu'un lien de causalité soit exigé en matière contractuelle. Vision « erronée », qui « *découle de l'invention de la "responsabilité contractuelle", dont le régime fut ensuite calqué sur celui de la responsabilité délictuelle. Ce n'est que par habitude que l'exigence de causalité est retenue comme une constance de la défaillance contractuelle, alors que le régime de celle-ci, sainement conçu, ignore la réalité de la causalité* »[750]. Il faut avouer, qu'en matière contractuelle, le débat autour de la causalité paraît secondaire, celui de la prévisibilité prévalant. Si le dommage contractuel est imprévisible, la recherche d'un lien de causalité est inutile puisque les préjudices nés de ce dernier ne seront pas réparables. Et s'il est prévisible, c'est logiquement le contractant qui est supposé responsable de son inexécution, sauf à ce qu'il démontre l'existence d'une cause d'exonération. Le contrat pourrait donc se passer du terme de causalité puisqu'il ne lie que les parties qui supportent les conséquences de leur inexécution. Il n'empêche que la Cour de cassation fait du lien de causalité une condition de la responsabilité contractuelle[751]. Le présumer allégerait donc la charge de la preuve.

154. En matière d'accident du travail, une telle présomption peut même permettre de rattacher le dommage au contrat de travail alors qu'il s'est produit en dehors des missions du salarié. Le rattachement de l'acte suicidaire au travail a en effet nécessité l'allégement de la preuve du lien de causalité. Le salarié qui met fin à ses jours à son domicile ne se trouve plus sous la subordination de son employeur et la présomption d'imputabilité de l'accident du travail ne s'applique pas. Comment, alors, rattacher le suicide au travail ? Comment prouver que le dommage a été causé par le travail ? Il était nécessaire de changer de conception de la causalité. « *L'on n'exige plus que le dommage soit la conséquence nécessaire du fait générateur, mais que le fait générateur soit la cause nécessaire du dommage. Il n'est pas exigé que la faute [ou le fait de l'employeur] soit suffisante pour la production de la conséquence, il suffit qu'elle soit nécessaire ; en*

[749] Ph. Pierre, « Les présomptions relatives à la causlité », *RLDC* 2007, supp. n° 40, p. 39.
[750] Ph. Le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit*., n° 1705.
[751] Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, n° 97-17359, *Bull. ass. plén*. n° 10, n° 97-19282 et n° 98-19190, *RTD civ.* 2001, p. 850, obs. J. Hauser ; *D.* 2001, p. 2325, note P. Jourdain ; *D.* 2002, p. 1314, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2001.II.10601, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas.

d'autres termes que sans elle, l'effet ne se fût produit »[752]. Les juges recherchent la « *conditio sine qua none. En l'absence de stress provoqué par la dégradation des conditions de travail, le salarié ne se fût pas suicidé. Le rapport de causalité est direct, le rattachement du suicide au travail établi* »[753].

155. Plus encore que le lien de causalité, c'est l'aménagement de la preuve du dommage qui peut aider la victime dans la démonstration de son préjudice.

B. Le dommage présumé

156. Comme l'on peut présumer le lien de causalité, on pourrait, en matière contractuelle, présumer le dommage. Contrairement aux articles 1240 et suivants[754] du Code civil, aucune des dispositions du titre « *Des obligations* » ne fait mention de l'obligation d'un dommage. Est-ce dire que la responsabilité contractuelle n'a pas besoin de dommage pour être engagée ? La doctrine[755] et la jurisprudence[756] refusent de nier l'exigence du dommage. La solution se justifie, au regard des textes du Code civil[757] ou de l'attractif modèle que représente la responsabilité délictuelle[758]. Considérer que le dommage n'est plus nécessaire reviendrait à condamner la fonction réparatrice de la

---

[752] C. Quezel-Ambrunaz, « Définition de la causalité en droit français… », *in La causalité dans le droit de la responsabilité civile européenne*, Séminaire du GERC, Genève, 2010.

[753] G. Pignarre, « Souffrance au travail et réparation des risques professionnels », *RDT* 2010, p. 305, spéc. p. 307.

[754] Anc. Art. 1382 et s. C. civ.

[755] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation, op. cit*., p. 69, « *Cette proposition n'appelle pas de démonstration. Par définition, la réparation suppose un préjudice. L'inexécution du contrat, le comportement illicite ne suffisent pas à justifier l'octroi d'une réparation* » ; V. aussi, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit*., n° 561; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 7ème éd., Defrénois, 2015, n° 977 ; A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations, op. cit*., n° 413.

[756] Cass. req., 5 mars 1913, *DP* 1914, I, p. 61 ; et plus récemment : Cass. civ. 3ème, 3 décembre 2003, n° 02-18033, préc. : « *des dommages-intérêts ne peuvent être alloués que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle* » ; Cass. civ. 2ème, 11 septembre 2008, n° 07-20857, *Bull. civ*. II, n° 191, *D*. 2008, p. 2348. Les juges décident qu'« *une faute contractuelle n'implique pas nécessairement par elle-même l'existence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute* ».

[757] Art. 1147 C. civ. (nouv. 1231-1): « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts […]* », la condamnation est donc limitée au cas où elle est nécessaire, autrement dit, les cas où l'inexécution, la mauvaise exécution a été préjudiciable, sans quoi, il n'y a pas lieu.
Art. 1149 C. civ. (nouv. 1231-2) : « *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé* », les dommages et intérêts ne sont dus qu'en cas de perte, autrement dit, en l'absence de préjudice, ils n'ont pas lieu d'être.

[758] H. et L. Mazeaud, « L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *DH* 1935, chron. p. 5.

responsabilité, seule la violation de l'article 1103 du Code civil[759] devrait être combattue, sans égard pour le préjudice subi des suites du dommage.

157. En revanche, sans supprimer le dommage comme condition de la réparation, l'on peut considérer, qu'en matière contractuelle, il est « *impliqué dans l'inexécution* »[760]. Le créancier n'obtient pas l'objet de l'obligation à laquelle il avait consenti, c'est là un dommage causé par l'inexécution contractuelle. Un argument textuel confortait d'ailleurs cette idée. L'article 1145 du Code civil disposait que « *si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention* ». On pouvait comprendre, à travers la lecture de cet article, que le créancier était dispensé de la preuve d'un dommage. Cette solution incitait le débiteur au respect de la parole donnée. Il est vrai que toute inexécution du contrat contrevient à l'article 1103 du Code civil[761]. Or, si l'on admet l'existence d'un préjudice suite à la violation de l'article 9 du Code civil car il y a violation d'un droit subjectif[762], ne faut-il pas appeler la même solution lorsqu'est en cause la violation du droit subjectif qu'est la créance née d'une obligation civile ?

En matière contractuelle, l'on peut penser effectivement que « *le dommage se trouve compris dans l'inexécution, non pas parce que l'inexécution constituerait le dommage, ce qui n'aurait aucun sens, mais simplement parce que l'inexécution permettrait de présumer l'existence d'un dommage, tout comme elle permet de présumer la faute du débiteur. […] Le "seul fait de l'inexécution" constitue donc un préjudice, au moins moral, qu'il convient de réparer, ne serait-ce que d'une manière symbolique, à défaut de préjudice matériel ou corporel caractérisé* »[763]. Il serait donc possible d'obtenir des dommages-intérêts sans avoir à démontrer préalablement son préjudice car il découle de l'inexécution du contrat[764].

---

[759] Anc. art. 1134 C. civ.
[760] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, vol. II, *op. cit*, n° 155.
[761] Anc. art. 1134 C. civ.
[762] *Cf. infra*, section 2 du présent chapitre, p. 166.
[763] Ch. Radé, « Fasc. 10. Droit à réparation », *JCl Civil Code, art. 1146 à 1155*, n° 9.
[764] Notons qu'une partie de la doctrine considère que l'inexécution contractuelle entraîne le versement de dommages-intérêts « restitutoires ». N'ayant pas obtenu en nature l'avantage qui lui avait été promis, le créancier le recevrait sous forme pécuniaire, il y aurait une exécution par équivalent. V. not. Cass. civ., 3ème, 30 janvier 2002, n° 00-15784, *Bull. civ*. III, n° 17, *D.* 2003, p. 458, obs. D. Mazeaud ; Cass. civ. 1ère, 10 mai 2005, n° 02-15910, *Bull. civ*. I, n° 201, *RTD civ.* 2005, p. 594, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP* G 2006.I.111, n° 4, obs. Ph. Stoffel-Munck.

Pourtant, la position des juges est « *clairement arrêtée* »[765], et ils exigent la démonstration d'un dommage pour que la victime obtienne réparation des préjudices qui en ont découlés. Par ailleurs, la règle de l'article 1145 du Code civil n'a pas été reprise par la réforme du droit des obligations. Le manquement contractuel n'est donc pas nécessairement un dommage.

158. Toutefois, le législateur est venu aménager la charge de la preuve de certains dommages. Le droit du travail connaît à cet égard certains aménagements à la faveur des victimes salariées. C'est ainsi la discrimination[766], le harcèlement[767], le temps de travail[768] et les temps de pause[769], qui connaissent des dérogations à la charge de la preuve, afin de faciliter la démonstration de ces dommages subis par les salariés. Dans le cas du harcèlement, c'est par exemple, « *l'ouverture intempestive de son courrier par son supérieur hiérarchique et de la non satisfaction dans des délais raisonnables de ses demandes de fournitures et d'équipements de travail* »[770] qui suffisent à laisser présumer l'existence du harcèlement. C'est ensuite à l'employeur qu'il appartient de justifier que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement[771]. L'article L. 1154-1 du Code du travail consacre donc cette présomption, en tant qu'aménagement de la preuve et non en tant que présomption irréfragable de dommage. Reste que les juges du fond[772], par leur appréciation plus ou moins souple des éléments de preuve apportés par le salarié, pourront alléger un peu plus encore la charge de la preuve qui pèse sur le salarié.

La requalification du contrat de travail à durée déterminée illustre également cette présomption de dommage. La violation des règles légales de conclusion et d'exécution du contrat à durée déterminée entraîne parfois une présomption de relation de travail à durée indéterminée. Le contrat « *est réputé conclu pour une durée indéterminée* »[773]. « *Aucune*

---

[765] Ch. Radé, « Fasc. 10. Droit à réparation », *JCl Civil Code, art. 1146 à 1155*, n° 10.
[766] Art. L. 1134-1 C. trav.
[767] Art. L. 1151-1 C. trav.
[768] Art. L. 3171-4 C. trav.
[769] Cass. soc., 20 février 2013, n° 11-21599 et n° 11-21548, *Bull. civ*. V, n° 51, *D*. 2013, p. 575.
[770] Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-10979, *RJS* 11/14, n° 766.
[771] Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-27766, *Bull. civ*. V, n° 170, *JCP* S 2012.1462, note C. Leborgne-Ingelaere.
[772] Sur le contrôle de qualification du harcèlement, V. Cass. soc., 8 juin 2016, n° 14-13418, *à paraître*, P. Adam, « Harcèlement moral et contrôle de qualification – Nouveau régime de "liberté surveillée" », *SSL* 2016, n° 1727, p. 5 et spéc., p. 6 : il appartient (de nouveau) aux juges du fond « *de déterminer, dans un balancement classique, si le salarié, dans un premier temps, établit la matérialité de faits (précis et concordants) permettant de présumer l'existence d'un harcèlement moral (Cass. soc., 10 mai 2016, n° 15-10.467), puis, dans un second temps, si l'employeur établit que ces faits sont justifiés par des éléments objectifs, étrangers à tout harcèlement (Cass. soc., 19 mai 2016, n°1427.029)* ».
[773] Art. L. 1245-1 C. trav.

disposition légale n'interdit à l'employeur de rapporter la preuve du caractère intrinsèquement limité de la durée du contrat, en fonction notamment des circonstances de fait. [….] La présomption devrait pouvoir faire l'objet d'un débat contradictoire »[774]. Or, la Cour de cassation décide « *qu'en l'absence de contrat écrit l'employeur ne peut écarter la présomption légale ainsi instituée en apportant la preuve de l'existence d'un contrat verbal conclu pour une durée déterminée* »[775]. D'une manière générale, c'est à l'employeur qu'il appartient de rapporter la preuve de la réalité du motif de recours énoncé dans le contrat, et non pas au salarié de rapporter la preuve de l'illégalité du motif de recours[776]. Cette réponse est, par ailleurs, rétroactive. La plupart des actions étant en effet intentées après la rupture du contrat, le juge fait produire à la requalification les effets du licenciement. Ce licenciement, prononcé sans respect de la procédure, et sans notification, est sans cause réelle et sérieuse. L'objectif de la procédure de requalification n'est plus alors de transformer l'emploi précaire afin de maintenir le salarié dans son emploi, mais d'assurer une condamnation indemnitaire. Le juge vient donc faciliter la démonstration du dommage subi par le salarié (la perte de son emploi) en présumant même le fait générateur (le licenciement sans cause réelle et sérieuse lié à la requalification) pour assurer une indemnisation du salarié.

159. Lien de causalité et dommage peuvent donc être présumés afin d'alléger la charge de la preuve des victimes, mais c'est aussi la présomption du préjudice réparable qui leur est favorable.

§2. Présumer le préjudice réparable

160. Si le dommage connaît quelques présomptions de preuve, une autre question se pose, celle de savoir si le dommage est toujours préjudiciable. Autrement dit, le manquement contractuel cause-t-il, nécessairement, un préjudice réparable ? On peut considérer que le manquement contractuel cause un préjudice dans la mesure où l'inexécution ne satisfait pas ce à quoi s'était engagé le contractant (1). Poursuivant cette

[774] V. Calais, « Le sens de l'action en requalification du CDD et son dévoiement judiciaire », *JSL* 2013, n° 346-2.
[775] Cass. soc., 21 mai 1996, n° 92-43874 et 92-43875, *Bull. civ*. V, n° 190, *D*. 1996, p. 565, obs. Y. Chauvy.
[776] Cass. soc., 15 septembre 2010, n° 09-40473, *Bull. civ*. V, n° 17, *D*. 2010, p. 2165 ; *RDT* 2010, p. 710, obs. V. Bonnin.

thèse, l'obligation de résultat justifierait, plus encore, de considérer les préjudices de ses créanciers lésés comme réparable (2).

A. Le manquement contractuel en général

161. Certains manquements contractuels paraissent contenir, en eux, un préjudice réparable. Tant en droit civil (a), qu'en droit du travail (b), l'inexécution contractuelle permet parfois de présumer le préjudice réparable qui en découle.

1) En droit commun

162. La chambre commerciale de la Cour de cassation admet que « *les divers préjudices économiques et moraux, tous difficiles à établir, sont inhérents aux actes de concurrence déloyale et méritent certainement d'être présumés* »[777]. Autrement dit, « *les actes de concurrence déloyale font nécessairement naître un dommage autonome qualifié par le juge de trouble commercial* »[778].

C'est aussi le cas de l'inexécution des obligations contractuelles d'un locataire, qui a pu justifier une condamnation à des dommages et intérêts sans qu'elle soit « *subordonnée [...] à la justification d'un préjudice subi par son créancier* »[779]. Bien que les juges soient revenus à une conception plus classique de la responsabilité, n'allouant des dommages-intérêts que s'il « *est résulté un préjudice de la faute contractuelle* »[780], ils n'ont pas totalement écarté l'idée qu'un droit subjectif violé puisse donner droit à une réparation sans démonstration d'un préjudice. Dans un arrêt du 25 février 2004, au visa de l'article 9 du Code civil, la même formation de la Cour de cassation décide en effet que « *l'atteinte au respect de la vie privée ouvre droit à réparation* »[781].

163. Il existe un risque face à ces solutions, celui de voir le contrat affecté. « *Les stipulations arrêtées par les parties peuvent être neutralisées au nom du respect des*

---

[777] Cass. com., 9 octobre 2001, n° 99-16512, *RTD civ.*, 2002, p. 304, note P. Jourdain.
[778] L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », *op. cit.*, spéc. p. 276.
[779] Cass. civ., 3ème, 30 janvier 2002, n° 00-15784, *bull. civ.* III, n° 17, *D.* 2002, p. 2288 *; D.* 2003, p. 458, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, p. 321, note P.-Y. Gautier et p. 816, note Jourdain.
[780] Cass. civ., 3ème, 3 décembre 2003, n° 02-18033, *Bull. civ.* III, n° 221, *D.* 2004, p. 395 ; *RTD civ.* 2004, p. 295, obs. P. Jourdain, *JCP* G 2004.I.163, obs. G. Viney, *RDC* 2004, p. 280, obs. Ph. Stoffel-Munck.
[781] Cass. civ., 3ème, 25 février 2004, n° 02-18081, *Bull. Civ.* III, n° 41, *D.* 2004, p. 1631, obs. Ch. Caron. Il s'agissait, en l'espèce, d'une visite des locaux loués, à un candidat à la location, sans que la locataire n'ait été avertie.

droits fondamentaux ; des obligations non convenues ou des devoirs pourraient, le cas échéant, leur être imposés pour la même raison »[782]. Plus encore, le contrat pourrait perdre tout intérêt. « *Supposons, par exemple, que l'on fonde de manière générale, l'indemnisation du préjudice corporel directement sur un véritable droit (subjectif) à l'intégrité physique ou, comme le souhaitent certains auteurs, sur un droit à la sûreté ou à la sécurité des personnes. Le dommage corporel subi par un contractant au cours de l'exécution du contrat devrait être réparé sur le fondement de la seule atteinte à ce droit : la sécurité serait totalement décontractualisée* »[783]. Malgré ce risque, l'analyse travailliste semblait parfaitement appliquer ce raisonnement.

2) En droit du travail

164. La conclusion du contrat de travail oblige à respecter ce que le contrat contient, mais aussi les obligations que la loi fait naître des suites de sa conclusion. Considérer le manquement contractuel comme préjudiciable suppose de savoir si les juges tirent, du manquement au contrat de travail assorti de ses obligations légales, des préjudices présumés. L'analyse travailliste s'est longtemps montrée favorable à cette thèse (a), bien qu'elle revienne aujourd'hui sur cette analyse (b).

a) La faveur à l'égard du préjudice « nécessairement » causé

165. Dès 1979, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que lorsque « *l'une des formalités imparties pour la protection des intérêts du salarié, n'avait pas été observée […], cette violation devait dans tous les cas entraîner une condamnation, fut-elle de principe* »[784]. La consécration de ce droit du salarié à une indemnité pour irrégularité de forme du licenciement, en l'absence de tout préjudice, marquait la distance avec les règles de la responsabilité civile, et annonçait le développement des préjudices réparables automatiques.

166. Le licenciement et ses conséquences font l'objet de plusieurs interventions de la part des juges, qui facilitent la reconnaissance des préjudices réparables des salariés. Les

[782] E. Savaux et R.-N. Schütz, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs » *op. cit.*, spéc. p. 288.
[783] *Ibid.*, p. 286.
[784] Cass. soc., 28 mars 1979, n° 77-41171, *Bull. civ*. V, n° 281, *Dr. soc.* 1979, p. 292, V. plus récemment, Cass. soc., 18 février 1998, n° 95-42500, *Bull. civ*. V, n° 95, *JCP* G 1998.IV.1793.

juges tentent, notamment, d'alléger la différence de traitement, faite par la loi, entre les salariés licenciés[785]. Pour les salariés prétendant à l'indemnité de l'article L. 1235-3 du Code du travail, nul besoin de prouver une faute et un préjudice pour espérer obtenir une indemnité équivalente à 6 mois de salaires minimum. En revanche, pour les salariés prétendant à l'indemnité de l'article L. 1235-5 du Code du travail, la situation est moins aisée, puisqu'il leur appartenait de prouver un préjudice, que les juges réparaient suivant le schéma classique de la responsabilité civile. En décidant que « *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* »[786], les juges usent de l'autonomie du droit du travail pour justifier l'ignorance des principes de la responsabilité civile[787] et présumer le préjudice réparable.

L'assertion se confirme, et les spécificités de la fin de la relation salariale justifient la découverte de préjudices automatiques par les juges. Il en est ainsi des conséquences du licenciement prononcé au cours d'une suspension du contrat de travail, provoquée par un accident du travail[788], du non-respect de la procédure de licenciement[789] ou encore du non-respect de diverses formalités incombant à l'employeur[790]. Poussant la logique du manquement de l'employeur à ses obligations légales, les juges font du licenciement sans cause réelle et sérieuse un dommage causant nécessairement divers préjudices. Ils décident par exemple que « *le salarié n'avait pu, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, lever les options d'achat sur titre ; il en était nécessairement résulté un préjudice qui devait être réparé* »[791]. Or, l'impossibilité de lever les options donne, en principe, naissance à un préjudice équivalent à une perte d'une chance[792]. Il appartient

---

[785] Selon l'effectif de l'entreprise et l'ancienneté du salarié.

[786] Cass. soc., 25 septembre 1991, n° 88-45660 et n° 88-41251, *Bull. civ*. V, n° 380, *Dr. soc.* 1991, p. 762, concl. G. Picca.

[787] G. Picca, concl. sous Cass. soc., 25 septembre 1991 , *op. cit.*, spéc. p. 763.

[788] Cass. soc., 12 mars 1996, n° 94-41837, *Bull. civ.* V, n° 90, *RJS* 5/1996, n° 533.

[789] Cass. soc., 5 mars 2002, n° 00-41453, *bull. civ*. V, n° 84, V. aussi sur le non-respect de la procédure disciplinaire en cas de rupture d'un contrat de travail à durée déterminée : Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-40784, *JCP* S 2009.1286, obs. F. Bousez.

[790]

Sur la non remise des documents ASSEDIC : Cass. soc., 19 mai 1998, n° 97-41814, *Bull. civ*. V, n° 266, *Dr. soc.* 1998, p. 723, obs. C. Marraud ; Cass. soc., 7 mars 2012, n° 10-20174 et n° 10-15591 ; Cass. soc., 1er avril 2015, n° 14-12246, *Dr.* ouvr. 2015, p. 647 ; sur le défaut de délivrance de certains documents : Cass. soc., 5 juillet 2011, n° 10-30465 ; sur le défaut de mention dans la lettre de licenciement des droits en matière de droit individuel à la formation : Cass. soc., 31 octobre 2012, n° 11-20179 ; sur le défaut de communication des critères d'ordre du licenciement : Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 07-44591, *Bull. civ*. V, n° 174, *D*. 2009, p. 2113 ; *RJS* 10/09 n° 781.

[791] Cass. soc., 29 janvier 2013, n° 11-24406.

[792] Sur la perte de chance, *cf. supra*, p. 69 ;V. aussi G. Bélier et A. Cormier, « Stock-options et droit du travail », *op. cit*.

donc à la victime de démontrer l'existence d'une chance sérieuse de lever ses options, qu'elle a perdu en raison du licenciement. En présence d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, la démonstration d'une telle chance est écartée. Le salarié a nécessairement subi un préjudice.

167. Bien au-delà de l'inexécution de certaines obligations concernant la fin du contrat, la reconnaissance « automatique » du préjudice s'est étendue à divers manquements patronaux.

Absence de visite d'embauche[793], non-respect du repos quotidien[794], du repos hebdomadaire[795], paiement d'une rémunération inférieure au SMIC[796], méconnaissance de dispositions conventionnelles[797], violation d'une clause de garantie d'emploi[798], non-organisation de la visite de reprise après un arrêt maladie[799], travail clandestin[800], absence d'information sur la convention collective applicable[801], absence de mise en place d'institutions représentatives du personnel[802], ou atteinte à l'intérêt collectif d'un syndicat lorsque l'employeur ne respecte pas une convention collective[803], sont autant de manquements de l'employeur à ses obligations qui causent, nécessairement, un préjudice au salarié qui n'a donc plus à en rapporter la preuve. La seule constatation du manquement suffisait à caractériser le préjudice réparable.

Or, par son arrêt du 13 avril 2016[804], la chambre sociale sonne un retour aux conditions du droit commun, en exigeant de la victime qu'elle prouve son préjudice réparable.

---

[793] Cass. soc., 5 octobre 2010, n° 09-40913 ; Cass. soc., 17 octobre 2012, n° 10-14248, *Bull. civ*. V, n° 268, *D*. 2012, p. 2526. L'absence de visite médicale d'embauche est aussi pénalement répréhensible, Cass. crim., 12 janvier 2016, n° 14-87695, *à paraître*, *JSL* 2016, n° 404-2, obs. Ph. Pacotte et G. Halimi.
[794] Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-13015, *RJS* 8-9/13, n° 611.
[795] Cass. soc., 31 octobre 2012, n° 11-20136.
[796] Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-12884, *Bull. civ*. V, n° 170, *JCP* S 2011.1555, note F. Bousez ; Cass. soc., 19 janvier 2012, n° 10-31005.
[797] Cass. soc., 27 juin 2012, n° 10-23522, *RJS* 10/12, n° 834.
[798] Cass. soc., 27 octobre 1998, n° 95-43308, *Bull. civ*. V, n° 455, *D*. 1999, p. 186, note J. Mouly.
[799] Cass. soc., 13 décembre 2006, n° 05-44580, *Bull. civ*. V, n° 373, *JCP* S 2007.1579, note F. Dumont.
[800] Cass. crim., 11 avril 2012, n° 11-85224, *Bull. crim*. n° 87, *D*. 2012. 1409, *Dr. soc.* 2012, p. 720, obs. R. Salomon.
[801] Cass. soc., 19 mai 2004, n° 02-44671, *Bull. civ*. V, n° 134, *RJS* 2004, n° 810 ; *JCP* G 2004.IV.2424.
[802] Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12852, *Bull. civ*. V, n° 108: « *L'employeur qui, bien qu'il y soit légalement tenu, n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause nécessairement un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts* » *; JCP* S 2011.1419, note J.-Y. Kerbouc'h ; *JSL* 2011, n° 302-5, obs. J.-E. Tourreil.
[803] Cass. soc., 16 janvier 2008, n° 07-10095, préc. ; Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-12340, préc. ; Cass. soc., 30 novembre 2010, n° 09-42990, *Bull. civ*. V, n° 276, D. 2011, p. 22 ; *Resp. civ. et assur*., 2011, comm. 58.
[804] Cass. soc., 13 avril 2016, n° 14-28293, *à paraître*, *D*. 2016, p. 900 ; *SSL* 2016, n° 1721, p. 12, entretien avec Ph. Florès ; *JSL* 2016, n° 411-2, note A. Dejean de la Bâtie ; *Cah. soc*. 2016, p. 302, obs. J. Icard ;

b) Un retour à la rigueur

168. Ces solutions marquaient l'originalité du droit du travail. Les hypothèses d'un préjudice né de l'inexécution contractuelle se multipliaient sans donner raison à l'une ou l'autre des théories soulevées en droit commun. Ainsi pour ceux qui pensent que « *la mise en jeu du régime de la défaillance contractuelle ne devrait pas nécessiter de prouver l'existence d'un préjudice* »[805], les juges continuaient de faire mention d'un préjudice, et pour ceux qui défendent le préjudice et ses caractères, il manquait une appréciation précise du préjudice. Ces solutions confirmaient la spécificité du droit du travail : une « *fonction dissuasive [...] de la règle selon laquelle la faute a nécessairement fait naître un préjudice au profit d'une fonction uniquement indemnitaire* »[806].

169. Par leur arrêt du 13 avril 2016[807], les juges de la chambre sociale ont mis « *fin à [cette]exception qu'il était difficile de justifier au regard de la position des autres chambres de la Cour de cassation* »[808]. Le préjudice redevient l'élément central pour apprécier la mise en cause de la responsabilité de l'employeur. Les juges abandonnent-ils le préjudice « *nécessairement* » subi ?

À première vue, les faits de l'espèce permettent de mettre en doute la généralité de la solution. Le salarié licencié demandait la réparation du préjudice, subi en raison de la remise tardive de divers documents de fin de contrat. Si l'on prend en compte la finalité de cette obligation, l'on peut imaginer qu'elle n'exige pas une sanction réparatrice[809] automatique[810]. Et on peut alors espérer que l'évolution soit circonscrite « *car le préjudice déduit de la faute concerne essentiellement des hypothèses dans lesquelles l'absence ou le retard dans la mise en œuvre d'une obligation imposée par la loi conditionne la détermination des droits ou leur exercice par le salarié* »[811].

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

[805] Ph. Le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 810.

[806] J. Icard, obs. sous Cass. soc., 13 avril 2016, n° 14-28293, *Cah. soc*. 2016, n° 286, p. 302, spéc. p. 303.

[807] Cass. soc., 13 avril 2016, n° 14-28293, préc.

[808] Ph. Florès, entretien, *in SSL* 2016, n° 1721, p. 12.

[809] Notons toutefois, qu'en pratique, l'exécution d'une obligation en retard, ouvre droit au versement de dommages-intérêts moratoires, de façon automatique (art. 1231-6 C. civ.).

[810] L'employeur doit remettre divers documents au salarié, tous ces documents n'ont pas toujours justifié une condamnation automatique de l'employeur, V. par ex., pour la remise tardive d'un bulletin de paie : Cass. soc., 20 janvier 1999, n° 96-45042 ; pour la remsie tardive du certificat de travail : Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 03-46055, *Bull. civ*. V, n° 3.

[811] J. Icard, obs. sous Cass. soc., 13 avril 2016, n° 14-28293, *op. cit*., p. 303.

La publication de l'arrêt[812] laisse au contraire peu d'espoir à une survie de la solution. La solution relative à la clause de non-concurrence illicite[813] le confirme. La voie du revirement est bien empruntée[814] et elle emporte avec elle la dimension punitive de la règle[815].

170. Parmi les manquements contractuels préjudiciables, il en est encore un qui admet un préjudice présumé réparable : le manquement à une obligation de résultat. En droit du travail, c'est l'obligation de sécurité qui semble être de cette teneur et pourrait, encore, révéler des préjudices présumés réparables.

B. Le manquement à l'obligation de sécurité de résultat en particulier

171. En considérant l'obligation de sécurité comme une obligation de résultat, « *son inexécution parle d'elle-même* »[816] emportant une présomption de fait générateur, une présomption de causalité et même une présomption de préjudices réparables[817]. Mais cette reconnaissance facilitée des préjudices (1) n'est pas la seule conséquence. Cette obligation, à la résonnance particulière en droit du travail, a permis de découvrir le préjudice d'anxiété (2).

---

[812] L'arrêt est promis à une publication au bulletin d'information de la Cour de cassation et à son rapport annuel.

[813] Cass. soc., 25 mai 2016, n° 14-20578, *à paraître*, *JCP* S 2016.220 ; *D*. 2016, p. 1205; *JCP* S 2016.220; *JCP* S 2016.1213, obs. G. Turpin ; V. aussi, Cass. soc., 5 octobre 2016, n° 15-22730, *à paraître*. Pour l'appréciation de la sanction d'une clause de non concurrence illicite insérée au contrat de travail et ce nouvel arrêt, *cf. infra*, p. 173.

[814] V. aussi Cass. soc., 17 mai 2016, n° 14-21872 pour le défaut de la convention collective applicable au contrat de travail ; Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-16066 pour l'inobservation de la procédure de licenciement.

[815] Pour la thèse en faveur de l'admission de la peine privée, *cf. infra*, p. 179.

[816] Ph. Le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 3234.

[817] V. par exemple, Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 11-11709 ; Cass. Soc., 16 mai 2012, n° 10-19320 et n° 10-19321. Les juges considèrent même l'existence de deux préjudices en cas de harcèlement moral : celui résultant de l'absence de prévention par l'employeur des faits de harcèlement, et celui des conséquences du harcèlement subi, V. Cass. soc., 6 mai 2014, n° 12-25253, *RJS* 7/14, n° 540 ; Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-17729, *à paraître*, *SSL* 2014, n° 1654, p. 15 ; *D*. 2014, p. 2415.

1) Une reconnaissance facilitée des préjudices

L'analyse contractuelle appréhende le travail comme un bien. Le droit du travail consiste à y réinsérer la dimension corporelle[818] et s'est donc constitué pour affirmer un impératif de sécurité dans le travail. Cette idée de sécurité physique, complétée par celle de sécurité mentale, a été et demeure le cœur du droit du travail. C'est donc naturellement[819] que s'y est introduite l'obligation de sécurité. Et la consécration d'une obligation de sécurité, de résultat, a permis de systématiser la réparation des préjudices en découlant (a). Toutefois, les conséquences de cette obligation, ainsi qualifiée, ont fait l'objet de critiques. En effet, le contrat apparaît, « *traditionnellement, […] comme un moyen donné aux parties d'exercer une certaine emprise sur l'avenir, de prévenir le surgissement de l'imprévisible ou même le simple changement de volonté* »[820]. Son contenu doit être maîtrisé par son débiteur. C'est pourquoi l'appel à une simple obligation de moyens est lancé (b). À moins qu'il faille surtout repenser l'obligation de sécurité dans son ensemble, et appeler à davantage de prévention (c).

a) L'obligation de sécurité de résultat et l'assurance d'une réparation des préjudices

172. L'ère industrielle et l'augmentation des accidents corporels insufflèrent l'idée qu'une obligation de sécurité des personnes pouvait être supportée dans certains contrats. Cet impératif sécuritaire exigeait que la situation de la victime d'un dommage corporel soit améliorée, en autorisant des présomptions qui viennent alléger la charge de la preuve incombant à la victime[821]. La jurisprudence, par son interprétation de l'article 1194[822] du Code civil et suivant « l'équité » du contrat, a consacré certaines obligations accessoires. Parmi celles-ci, l'obligation de sécurité est consacrée, pour la première fois[823], dans le

---

[818] A. Supiot, « L'identité professionnelle », *in Les orientations sociales du droit contemporain, Études offertes au Professeur J. Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 409, spéc., p. 412 : « *Par réaction contre cette conception marchande du travail […] le mouvement ouvrier a été conduit à magnifier la valeur humaine du travail, et à voir dans le travailleur le démiurge d'un monde nouveau* ».

[819] Mais non sans attente.

[820] C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*. 1997, p. 357.

[821] G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 501.

[822] Anc. art. 1135 C. civ.

[823] J.-L. Halpérin, « La naissance de l'obligation de sécurité, *in L'obligation de sécurité*, colloque de Chambéry, *Gaz. Pal*. du 21 au 23 septembre 1997, n° 264 à 266, p. 6.
L'idée d'une obligation de sécurité contractuelle avait, toutefois, été avancée dès le début des années 1880 pour le contrat de travail, V. M. Vavasseur, *De la responsabilité des accidents de fabrique*, Marchal-Billard

contrat de transport, en 1911[824]. Le voyageur doit être transporté « *sain et sauf à destination* ». Le devoir d'éviter que le contractant ne subisse un dommage corporel est inscrit dans la loi. Ensuite, « *la classification en obligations de moyens et de résultat cristallisa très vite les attentions de la jurisprudence et de la doctrine* »[825]. En effet, « *l'obligation de sécurité, forgée dans le contexte du contrat de transport de personnes, est généralement entendue comme ayant son seul champ d'application en matière de responsabilité contractuelle* »[826]. Mais, c'est oublier que l'obligation de sécurité possède « *des racines ontologiques*[827] *profondément ancrées dans toutes les civilisations »*[828] qui lui permettent de transcender les catégories traditionnelles du droit des obligations. Plus qu'une obligation contractuelle, elle s'inscrit comme un « *devoir général de ne pas porter atteinte à la sécurité d'autrui* »[829], « *un impératif de portée générale susceptible de constituer l'objet d'une norme de comportement indépendante de tout contrat* »[830].

173. Elle apparaît alors dans d'autres contrats, et notamment dans le contrat de travail[831]. Bien qu'elle ne suive pas, en droit du travail, « *une logique contractuelle qui en*

---

et Cie, Paris, 1881, spéc. p. 9 ; M. Sauzet, « De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels », *Rev. crit.*, 1883, p. 596 ; Ch. Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie (accidents de transports et accidents de travail)*, Bruylant-Christophe, Paris, 1884.
Mais cet engouement fut remplacé par celui porté à la théorie du risque : V. L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, A. Rousseau, Paris, 1897 ; R. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, A. Rousseau, Paris, 1897 ; M. Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, th. dactyl., Aix-en-Provence, 1901.
La théorie des risques surpassa même la théorie contractuelle en jurisprudence (Cass. civ., 16 juin 1896, arrêt *Teffaine*, *D.* 1897.I.433, concl. L. Sarrut, note R. Saleilles) et dans la loi (Loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, Bulletin de l'Inspection du travail, n° 2, 1898).

[824] Cass. civ., 21 novembre 1911, *Cie générale transatlantique*, *DP* 1913.I.249, note L. Sarrut.

[825] C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité*, PU Aix-Marseille, 2002, p. 17.

[826] Y. Lambert-Faivre, « Fondement et régime de l'obligation de sécurité », *D.* 1994, p. 81.

[827] La loi du Talion biblique illustre déjà comment les atteintes à l'intégrité physique doivent être sanctionnées, *Exode 21*-23 ; *Deuteronome 19* -21.

[828] Y. Lambert-Faivre, « Fondement et régime de l'obligation de sécurité », *op. cit.*, p. 81.

[829] Ph. Le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 3309.

[830] P. Jourdain, « Le fondement de l'obligation de sécurité », *op. cit.*, p. 24.

[831] « *En vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat* », Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-11793 et n° 99-18390, *Bull. civ*. V, n° 81, *D.* 2002, p. 2696, note X. Prétot ; *JCP* G 2002.II.10053, concl. A. Benmakhlouf ; *Dr. ouvr.*, 2002, p. 166, note F. Meyer ; *JSL* 2002, n° 98-2, note M. Hautefort ; *SSL* 2002, n° 1077, p. 6, obs. O. Garand et Ph. Rozec ; *SSL* 2002 n° 1079, p. 5, obs. M.-C. Haller ; A. Lyon-Caen, « Une révolution dans le droit des accidents du travail », *Dr. soc.* 2002, p. 445 ; L. Milet, « La nouvelle faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle », *RPDS*, mars 2002, p. 91 ; P. Morvan, « Le "déflocage" de la faute inexcusable », *RJS* 6/02, p. 495 ; G. Vachet, « Une nouvelle définition de la faute inexcusable », *TPS* juin 2002, chron. 8.
Formule confirmée: Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30038, *Bull. ass. plén.* n° 7, *JCP* S 2005.1056, note P. Morvan ; *Dr. soc.* 205, p. 1067, obs. X. Prétot ; *D.* 2005, p. 2375, note Y. Saint-Jours ; *JCP* E 2005.1201, note P. Morvan.

ferait l'accessoire de l'accomplissement de la prestation de travail »[832]. Issue du contentieux relatif aux accidents du travail et aux maladies professionnelles, « *la jurisprudence sociale en fait une représentation plus réaliste : c'est la situation d'emploi qui, parce qu'elle expose le salarié à des risques pour sa sécurité physique et mentale, justifie que l'employeur dont l'activité est à l'origine de risques aient le devoir de garantir le salarié contre leur réalisation* »[833].

Les juges imposent ainsi, à la charge de l'employeur, une obligation de sécurité de résultat[834] au profit du salarié, pour soustraire ce dernier à divers risques le menaçant. En décidant que « *l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral et que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité* »[835], la Cour de cassation a consacré la responsabilité de plein droit de l'employeur. Les juges considèrent ainsi que « *les obligations des travailleurs dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail n'affectent pas le principe de responsabilité de l'employeur* »[836]. Autrement dit, l'employeur ne saurait voir sa responsabilité atténuée en considération du comportement

---

[832] G. Loiseau, « L'obligation de sécurité », *in Les rencontres de la Chambre sociale 2012*, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 1er octobre 2012, n° 768, p. 31.

[833] G. Loiseau, « L'obligation de sécurité », *in Les rencontres de la Chambre sociale 2012*, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, *op. cit*.

[834] En matière contractuelle, le manquement à une obligation s'apprécie selon son objet, en l'espèce, la sécurité, mais aussi selon l'intensité de cette obligation. Le débiteur ne promet pas toujours la même chose. Se distinguent les obligations de moyens, prévues à l'article 1137 du Code civil, pour lesquelles le débiteur s'engagerait seulement à effectuer les diligences suffisantes pour exécuter son engagement, des obligations de résultat, prévues à l'article 1147 du Code civil, pour lesquelles le débiteur aurait promis l'obtention d'un résultat : l'exécution du contrat (R. Demogue, *Les notions fondamentales du Droit privé. Essai critique*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, Paris, 1911). En qualifiant l'obligation de sécurité d'obligation de résultat, le seul manquement à cette obligation de sécurité suffit pour que le salarié obtienne réparation. La référence au concept civiliste va impliquer une présomption de fait générateur. Il n'est donc pas nécessaire que l'employeur ait commis une faute personnelle pour que sa responsabilité soit engagée. Le manquement à cette obligation cause « *nécessairement un préjudice* » (V. par exemple, Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 11-11709 ; Cass. soc., 16 mai 2012, n° 10-19320 et 10-19321). La reconnaissance d'une obligation de résultat entraîne cette conséquence intéressante pour les victimes : son inexécution fait place à une présomption défavorable pesant sur le débiteur, c'est seulement la démonstration d'une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure qui pourra l'en exonérer (Cass. mixte, 28 novembre 2006, n° 06-12307, *Bull. ch. mixte*, n° 3, *D*. 2008, p. 3079, obs. I. Gallmeister et *D*. 2009, p. 461, note G. Viney. Les juges décident que « *le transporteur ferroviaire, tenu envers les voyageurs d'une obligation de sécurité de résultat, ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la faute d'imprudence de la victime que si cette faute, quelle qu'en soit la gravité, présente les caractères de la force majeure* »). La victime qui peut se prévaloir d'une obligation de sécurité de résultat bénéficie donc d'un régime de responsabilité favorable à sa réparation.

[835] Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43914, *Bull. civ*. V, n° 223, *RDT* 2006, p. 150, note G. Pignarre ; *RDT* 2006, p. 245, note P. Adam ; *JCP* S 2006.1566, note C. Leborgne-Ingelaere ; *D.* 2006, p. 2831, note M. Miné ; *Dr. soc.* 2006, p. 826, note Ch. Radé.

[836] Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-24350, *à paraître*, *SSL* 2016, n° 1717, p. 11, obs. H. Tissandier ; *JCP* S 2016.1128, note D. Asquinazi-Bailleux *; RDT* 2016, p. 425, obs. M. Véricel.

ou de l'attitude du salarié victime. Il reste pleinement responsable de la prévention et de la gestion des risques en entreprise, ce qui suppose leur réparation intégrale en cas de manquement contractuel. De manière générale, la Cour admet la reconnaissance d'un manquement à l'obligation de sécurité « *sans avoir à caractériser une faute* » de la part de l'employeur[837], « *quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements* »[838] et malgré l'absence d'atteinte à l'intégrité physique du salarié[839]. Avec l'arrêt *Snecma*[840], les juges ont même fait d'elle une obligation « *plus forte* »[841] que le pouvoir de direction. Ils ont en effet interdit à l'employeur de « *prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés* »[842].

174. « *Si, aujourd'hui, la Cour de cassation dégaine l'obligation de sécurité sur le terrain des relations de travail, plus d'un siècle après que l'adoption d'un régime légal d'indemnisation des accidents industriels l'eut refoulée dans les oubliettes de l'histoire du droit, c'est que la loi a cessé de remplir son office* »[843]. Le caractère forfaitaire de la réparation offerte au titre de la loi du 9 avril 1898 est devenu trop inéquitable pour les victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles[844]. Le principe de la réparation intégrale du préjudice s'est donc imposé sur la loi existante, grâce à l'œuvre prétorienne de l'obligation de sécurité[845]. Le « *droit de la santé au travail* »[846] apparaît[847].

---

[837] Cass. soc., 6 octobre 2010, n° 08-45609 ; Cass. soc., 19 octobre 2011, n° 09-68272, *Bull. civ*. V, n° 235, *RDT* 2012, p. 44, note M. Véricel ; *JCP* S 2011.1569, note C. Leborgne-Ingelaere ; *JCP* S 2012.1330 note D. Boulmier.

[838] Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-40144, *Bull. civ*. V, n° 30, *D*. 2010, p. 445; *RDT* 2010, p. 303, note M. Véricel.

[839] Cass. soc., 30 novembre 2010, n° 08-70390, *Bull. civ*. V, n° 270, *JSL* 2011, n° 292-2, obs. M. Hautefort. En l'espèce le salarié avait déclaré inapte à son poste par le médecin du travail à la suite d'une contamination au chrome sans qu'une lésion ou une maladie n'ait été déclarée.

[840] Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45888, arrêt *Snecma*, *Bull. civ*. V, n° 46, *D*. 2008, p. 857 ; *JCP* S 2008.162 ; *JCP* E 2008.1834, note M. Babin ; *SSL* 2008, n° 1346, p. 6, note P. Bailly et p. 11, note P.-Y. Verkindt ; et p. 12, obs. B. Pola ; *RDT* 2008, p. 316, note L. Lerouge ; *Dr. Soc*. 2008, p. 519, note P.-Y. Verkindt et p. 605, note P. Chaumette.

[841] Ch. Radé, « L'obligation de sécurité plus forte que le pouvoir de direction », *Lexbase*, éd. Soc., 2008, n° 297.

[842] Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45888, arrêt *Snecma*, préc.

[843] P. Morvan, « Le "déflocage" de la faute inexcusable », *op. cit.*, n° 16.

[844] Les victimes de « droit commun » bénéficiaient d'une réparation intégrale plus favorable, grâce à certains régimes spéciaux (Loi du 3 janvier 1977 pour les victimes de certaines infraction, Loi du 5 juillet 1985 pour les accidents de la circulation, Loi du 9 septembre 1986 pour les victimes d'actes de terrorisme, Loi du 31 décembre 1991 pour les victimes de contamination transfusionnelle par le virus du Sida, Loi du 4 mars 2002 pour les victimes d'accidents médicaux imputables à un aléa thérapeutique) laissant la situation de ces victimes salariées inadaptée.

[845] Bien que certains puissent douter de sa consécration prétorienne, V. G. Auzero, E. Dockès et J. Pélissier, *Droit du travail*, 27ème éd., Dalloz, Paris, 2013, n° 848 : par ses arrêts de 2002, la Cour de cassation tire-t-elle simplement les conséquences des dispositions de la loi du 31 décembre 1991, ou consacre-t-elle une obligation prétorienne ?

175. Si la sécurité des salariés s'est imposée comme l'un des enjeux principaux du droit social, porté par les évolutions législatives[848] et jurisprudentielles[849], reste toutefois une controverse, celle de la teneur de cette obligation. Reprise par de nombreux auteurs[850], la distinction entre obligation de moyens et de résultat fait l'objet de critiques[851]. Trop réductrice, « *approximation grossière de la réalité* »[852], il a paru nécessaire d'instaurer des catégories intermédiaires. « *Pour cela, on admet de plus en plus fréquemment des gradations* »[853]. Apparaissent alors des obligations de moyens renforcées[854], ou atténuées[855], des obligations de résultat atténuées[856] ou renforcées, mettant à mal la vision dualiste de Demogue. La force de cette controverse doctrinale devait conduire à ce qu'elle saisisse l'obligation de sécurité entraînant des conséquences inattendues et involontaires.

---

[846] M. Keim-Bagot, « Tout bouge, rien ne change ? », *RDT* 2016, p. 222, spéc. p. 223 : « *[L'obligation de sécurité] devait être l'instrument permettant à la chambre sociale d'affirmer l'existence d'un droit effectif à la santé et à la sécurité des travailleurs* ». V. aussi, J. Martinez, « Les mouvements d'extension du droit de la santé au travail », *JCP* S 2009.1170. Il est parfois qualifié de « droit du bien-être au travail », P.-Y. Verkindt, « La santé au travail. Quelques repères pour un droit en mouvement », *Dr. ouvr*. 2003, p. 82 ;

[847] P. Sargos, « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP* G 2003.I.104.

[848] L. n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, *JO* n° 0261 du 10 novembre 2010, p. 20034 ; L. n° 2011-867 du 20 juillet 2011 relative à l'organisation de la médecine du travail, *JO* n° 0170 du 24 juillet 2011, p. 12677.

[849] La Cour de cassation retient un manquement à cette obligation de sécurité en cas de non-respect par l'employeur de ses obligations relatives à la visite médicale de reprise (Cass. soc., 13 décembre 2006, n° 05-44580, *Bull. civ*. V, n° 373, *JCP* S 2007, 1579, note F. Dumont), de manquement à la législation anti-tabac (Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-44412, *Bull. civ*. V, n° 219, *JCP* S 2005, 1154, note F. Favennec-Héry ; *JCP* G 2005.II.10144, note D. Corrignan-Carsin), de harcèlement moral (Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43914 à n° 05-43919, préc.) , de harcèlement sexuel (Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-44019, *Bull. civ*. V, n° 30, *RLDA* 2010/50, n° 2918, note I. Cornesse), de violences de toutes sortes exercées par d'autres salariés (Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-40144, *Bull. civ*. V, n° 30 ; *JCP* G 2010.321, note, J. Mouly, *RDT* 2010, p. 303, obs. M. Véricel), l'absence de document unique dans l'entreprise (Cass. soc., 8 juillet 2014, n° 13-15470, *Bull. civ.* V, n° 179, *JSL* 2014, n° 375-2, obs. F. Taquet) ou encore lors de la mise en place d'une organisation du travail mettant en péril la sécurité des travailleurs (Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45888, préc.).

[850] H. Mazeaud, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p. 1 ; H., L. et J. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, *op. cit*., n° 662 et s. ; J. Frossard, *La distinction des obligations de moyens et de résultat*, LGDJ, Paris, 1965 ; A. Tunc, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », *JCP* G 1945.I.449 ; F. Maury, « Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat, *RRJ* 1998-4, p. 1243.

[851] P. Esmein, « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », *in Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant, Dalloz, Paris, 1939*, p. 235 ; P. Esmein, « L'obligation et la responsabilité contractuelle », *in Mélanges G. Ripert, Le Droit privé français au milieu du XXe siècle: Études générales*, t. II, LGDJ, Paris, 1950, p. 101 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil – Les obligations, t. 1. Les sources, op. cit*., n° 535 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations, op. cit*., n° 948 ; V. aussi, J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, Paris, 2001.

[852] M. Planiol et G. Ripert, *Traité théorique et pratique de droit civil français*, t. VI, Les obligations, LGDJ, 2e éd., 1952, n° 378 ter .

[853] S. Piedelièvre, « Étude 330. La faute contractuelle », n° 230-53, *Lamy Droit de la responsabilité.*

[854] Art. 1882 C. civ.

[855] Art. 1927 C. civ.

[856] Art. 1732 C. civ. La jurisprudence allège également des obligations de résultat, V. par ex., Cass. civ. 1ère, 12 janvier 1994, n° 91-17389, *RTD civ*. 1994, p. 614, obs. P. Jourdain.

Car, qualifiée d'obligation de moyens, l'obligation de sécurité, conçue comme un outil favorisant la réparation du préjudice de la victime, devient finalement un obstacle : la victime doit prouver la faute de son débiteur.

b) La critique du « résultat » inatteignable

176. L'essor des obligations de sécurité de moyens est venu obstruer leur finalité indemnitaire initiale. « *En y recourant de plus en plus fréquemment, la Cour de cassation a fait un cadeau empoisonné aux victimes de dommages corporels* »[857]. Qualifiée d'obligation de moyens, il appartient à la victime de démontrer une faute, une imprudence ou une négligence du débiteur pour obtenir réparation. Cette situation revient à moins protéger un contractant par rapport au tiers bénéficiant de la responsabilité de plein droit de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil. Inégalités et injustices que les auteurs dénoncent car il semble bien que « *si la finalité de l'introduction dans le contrat d'une obligation prétorienne de sécurité est la protection des victimes, l'objectif n'est atteint que lorsque celle-ci est de résultat* »[858].

177. L'obligation de sécurité de l'employeur a été construite comme une obligation de résultat car *« toute réalisation du risque suffit en principe à en imputer la charge à l'employeur, sans qu'il soit nécessaire de caractériser, autrement que par la survenance du fait dommageable, la défaillance dans l'exercice du devoir de sécurité* »[859]. Aucune cause d'exonération[860] ne semblait pouvoir l'atteindre[861]. Or, en la rattachant à l'article L. 4121-1 du Code du travail[862], la logique est différente. Cet article impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité des travailleurs. Il laisse entendre que l'employeur puisse s'exonérer, en démontrant avoir fait preuve de toutes les diligences nécessaires.

La définition de l'obligation de sécurité de résultat s'en trouve alors modifiée. Le Professeur Verkindt proposait ainsi de considérer qu'« *il s'agit pour l'employeur de prévenir, de former, d'informer et de mettre en place une organisation et des moyens*

[857] C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité, op. cit*., p. 130.
[858] P. Jourdain, note sous Cass. civ. 1ère, 4 novembre 1992, n° 90-21535, *RTD civ.* 1993, p. 364.
[859] G. Loiseau, « L'obligation de sécurité », *in Les rencontres de la Chambre sociale 2012*, *op. cit*., p. 32.
[860] Ni même la faute de la victime, Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-24350, préc.
[861] Hormis la force majeure, Cass. soc., 4 avril 2012, n° 11-10570, *Bull. civ*. V, n° 116, *RJS* 6/12, n° 521.
[862] V. not., Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43914, préc. ; Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-18603, *D.* 2015, p. 688 ; *Dr. soc*. 2015, p. 384, note J. Mouly ; *JCP* S 2015.1191, note L. Flament ; Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-23314, *SSL* 2015, n° 1675, p. 11, obs. F. Champeaux.

adaptés. Le résultat dont il est question dans la notion d'"obligation de résultat" n'est pas l'absence d'atteinte à la santé physique et mentale, mais l'ensemble des mesures prises (effectivement !) par l'employeur dont la rationalité, la pertinence et l'adéquation pourront être analysées et appréciées par le juge »[863]. La définition traduit les deux logiques à laquelle répond l'obligation de sécurité en droit du travail : une logique de réparation des atteintes à la sécurité du salarié, et une logique de prévention des risques.

178. Il convient ensuite de s'interroger sur les limites de cette obligation de prévention. Aucune limite juridique ne semble pouvoir être invoquée puisqu'aucun « *mode d'emploi judiciaire des mesures nécessaires de prévention* »[864] n'est donné. La teneur de l'obligation découle de l'article L. 4121-1 du Code du travail qui prescrit à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité sans autre précision. Les Professeurs Fantoni-Quiton et Verkindt relèvent, en revanche, des obstacles techniques et matériels, liés aux données actuelles de la science parfois insuffisantes, des obstacles liés à la vie personnelle du salarié, des obstacles économiques[865].

Si le résultat attendu, une politique sérieuse et efficace de prévention[866], vise l'ensemble des diligences indispensables pour assurer la sécurité du cocontractant[867], la proposition débouche sur « *l'explosion de l'obligation de sécurité* »[868]. « *"L'obligation" de surveillance, "l'obligation" de mise en garde, "l'obligation" de mettre à la disposition du créancier un personnel qualifié et compétent, "l'obligation" d'utiliser un matériel fiable… ne sont en réalité que des moyens nécessaires à l'exécution de "l'obligation générique de sécurité"* »[869].

L'obligation de sécurité de résultat est donc devenue une « *obligation artificielle exclusivement découverte pour indemniser les victimes de dommages corporels* »[870], « *figée dans une conception absolutiste* »[871] . Et, « *la reconnaissance d'une responsabilité*

---

[863] P.-Y. Verkindt, « Santé au travail : l'ère de la maturité », *JSL* 2008, n° 239-1.
[864] P.H. Antonmattei, « Obligation de sécurité de résultat : virage jurisprudentiel sur l'aile ! », *Dr. soc*. 2016, p. 457, spéc., p. 459.
[865] S. Fantoni-Quiton et P.-Y. Verkindt, « Obligation de résultat en matière de santé au travail. À l'impossible, l'employeur est tenu », *Dr. soc.* 2013, p. 229, spéc. p. 233.
[866] Une « prévention qualifiée » pour les Professeurs Fantoni-Quiton et Verkindt, *Ibid*,p. 232. Il s'agit, selon eux, d'établir « *une politique de prévention structurée et finalisée […] dont la méthodologie est définie par la directive européenne et le code du travail* ».
[867] M. Leroy, *Contribution à la notion de professionnel, les devoirs de répondre des risques créés et de maîtrise des professionnels*, th. dactyl., Toulouse, 1995.
[868] C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité, op. cit*., p. 44.
[869] *Ibid.*
[870] *Ibid.*, p. 137.
[871] G. Loiseau, note sous Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19702, *JCP* S 2016.1220.

automatique décourage à mettre en place des moyens protecteurs de la sécurité alors que l'objet de la responsabilité civile est d'inciter le responsable à chercher les moyens de prévention et d'action adaptés pour échapper à sa propre responsabilité »[872].

Bien que l'obligation de sécurité de résultat soit un outil primordial de contrainte des « *législations nationales à la prise en compte des risques encourus par les travailleurs et à la réparation adéquate des atteintes physiques ou psychiques qu'ils subissent dans l'exercice de leurs activités professionnelles* »[873], en droit du travail, elle n'avait toutefois « *plus rien à voir avec son éponyme du droit civil* »[874]. N'imposant plus seulement un devoir de prévention, elle déclenchait « *la garantie de l'employeur indépendamment des mesures que celui-ci a pu prendre pour anticiper la réalisation du risque ou faire cesser sa manifestation. Les vertus de l'obligation de sécurité ont alors cédé le pas au vice de l'obligation de résultat condamnant l'employeur quoi que celui-ci ait pu faire* »[875].

179. Les juges de la Cour de cassation ont été sensibles à cette logique. Ils ont d'abord approuvé les juges du fond de ne pas avoir retenu le manquement de l'employeur à son obligation qui « *justifiait avoir tout mis en œuvre pour que le conflit personnel de [la salariée] puisse se résoudre* »[876]. Ils ont ensuite décidé qu'il n'y avait pas lieu d'interdire un plan de réorganisation lorsque l'entreprise « *dispos[e] des éléments suffisants pour permettre l'identification et l'évaluation des éventuels risques psychosociaux* »[877] ou lorsque « *l'employeur [a] initié, outre un processus de reclassement des salariés, un plan global de prévention des risques psycho-sociaux* » suffisant[878]. Ils décident ensuite que « *ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et*

[872] E. Jeansen, « Pour un cantonnement raisonné de l'obligation patronale de sécurité », *RDT* 2016, p. 225, spéc., p. 227 ; V. aussi, A. Gardin, « La redéfinition de l'obligation de sécurité de résultat », *RJS* 2/16, p. 99, n° 4.
[873] A. Lacabarats, Préface, *in* S. Bourgeot , M. Blatman et P.-Y. Verkindt, *L'état de santé du salarié*, Liaisons, Paris, 2014.
[874] G. Loiseau, « L'obligation de sécurité », *in Les rencontres de la Chambre sociale 2012*, *op. cit.*, p. 34.
[875] G. Loiseau et A. Martinon, « L'obligation de sécurité, de la vertu à la raison », *Cah. soc*. déc. 2015, p. 619.
[876] Cass. soc., 3 décembre 2014, n° 13-18743.
[877] Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-26321, arrêt *Société Fnac Relais*, *RJS* 5/15, n° 345 ; *D.* 2015, p. 2324, et p. 2496, entretien H. Seillan, « Rayon de soleil dans l'obscurité dangereuse de la jurisprudence Snecma ».
[878] Cass. soc., 22 octobre 2015, n° 14-20173, *à paraître*, arrêt *Areva NC*, *SSL* 2015, n°, 1697, p. 5 et s. ; *JSL* 2016, n° 402-1 obs. A. Bonnet ; O. Levannier-Gouël, « Areva NC : la jurisprudence *Snecma* fait-elle pschitt ? », *SSL* 2015, n° 1697, p. 6.

L. 4121-2 du code du travail »[879]. En redonnant ainsi, à l'employeur, « *un droit à la preuve* »[880] pour justifier le respect de ses obligations, les juges lui offrent la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité, qui n'est plus mécanique. « *Si une première interprétation de l'arrêt du 25 novembre 2015 pourrait laisser penser à un abandon de l'obligation de sécurité de résultat et que certains suggèrent que cette obligation pourrait être déclassée en une (simple) obligation de moyens* »[881], il ne faut pas s'y fier.

D'abord, dans cet arrêt, les juges de la Cour de cassation consacrent sa nature légale[882]. « *Obligation légale, celle-ci se suffit de ses propres règles qui imposent à l'employeur des diligences dont il ne fait d'ailleurs pas vraiment sens qu'elles soient dites de résultat, pas davantage que de moyens* »[883]. Ensuite, « *il demeure que c'est toujours sur l'employeur que pèse la charge de la preuve. Il n'est pas attendu du salarié (le créancier) qu'il démontre que l'employeur (le débiteur) a commis une faute et n'a pas accompli les diligences qu'on pouvait attendre de lui. De ce point de vue, il est impossible de considérer que cette obligation patronale de sécurité serait devenue de moyens* »[884]. Enfin, l'obligation de sécurité n'est pas sur le déclin, « *elle change seulement d'objet* »[885]. Il ne faut pas confondre la réparation du risque professionnel qui a incité les juges de la deuxième chambre civile à faire évoluer la définition de la faute inexcusable, avec la logique de prévention contenue dans le Code du travail. Les juges consacrent une obligation de prévention[886], et précisent le contrôle que doivent opérer les juges du fond pour apprécier le respect par l'employeur de celle-ci. Ils vont d'abord devoir, « *s'assurer que la mesure patronale en cause génère des risques* »[887], que l'employeur avait connaissance du risque[888], puis « *dans un deuxième temps, il apparaît que c'est*

---

[879] Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24444, *à paraître* , *D.* 2015, p. 2507 ; *JCP* S 2015.476 ; *SSL* 2015, n° 1700, p. 11, note F. Champeaux ; *Cah. soc*. 2015, Edito, G. Loiseau ; *JSL* 2016, n° 401-1, note A. Dejean de la Bâtie ; *Dr. ouvr.* 2016, p. 10, note F. Héas ; *D.* 2016, p. 147, obs. E. Wurtz ; *Cah. soc*. 2016, p. 23, obs. J. Icard; *RJS* 2/16, note A. Gardin.

[880] G. Loiseau et A. Martinon, « L'obligation de sécurité : de la vertu à la raison », préc., p. 619.

[881] F. Héas, « Le devenir de l'obligation de sécurité de résultat en matière de travail », *Dr. ouvr*. 2016, p. 10, spéc., p. 11. V. aussi, S. Tournaux, « L'obligation de sécurité de l'employeur : retour à la case départ », *Lexbase*, La lettre juridique n° 636 du10 décembre 2015, spéc. p. 3.

[882] Contrairement à certains juges du fond qui ont encore qualifiée l'obligation de sécurité de contractuelle, V. CA Lyon, ch. soc., 18 décembre 2015, n° 14/05156, *Cah. soc*. février 2016, p. 71, obs. S. Renaud.

[883] G. Loiseau, note sous Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19702, *op. cit.*

[884] F. Héas, « Le devenir de l'obligation de sécurité de résultat en matière de travail », *op. cit.*, p. 17.

[885] P.-Y. Verkindt, « Un signe fort de la maturité de la jurisprudence sur l'obligation de sécurité de résultat », *SSL* 2016, n° 1726, p. 11, spéc., p. 14.

[886] Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19702, *à paraître*, *D.* 2016, p. 1258 ; *SSL* 2016, n° 1726, p. 11 ; *JCP* S 2016.1220, note G. Loiseau ; *JSL* 2016, n° 413-2, obs. J.-Ph. Lhernould.

[887] O. Levannier-Gouël, « Areva NC : la jurisprudence *Snecma* fait-elle pschitt ? », *op. cit*., p. 7.

[888] A. Gardin, « La redéfinition de l'obligation de sécurité de résultat », *op. cit*., n° 7.

l'insuffisance ou non des mesures de prévention qui doit guider le juge »[889], « *l'existence, mais aussi et surtout la consistance, de la prévention mise en œuvre* »[890].

180. L'obligation de sécurité est dotée d'un « *nouveau visage* »[891] qui renforce la prévention « *car la voie de l'exonération est possible pour les employeurs vertueux* »[892]. Le comportement de l'employeur est ainsi remis au cœur du débat. Ce n'est plus la seule atteinte à l'intégrité physique ou mentale du salarié qui commande le régime de responsabilité sans faute, mais son attitude quant à la mise en œuvre d'une politique de prévention efficace.

Cette solution permet de convaincre les employeurs de l'utilité d'une politique efficace de prévention, puisque cette dernière est désormais une cause d'exonération de leur responsabilité. Mais au-delà du débat sur l'objet et la force de cette obligation, la question est, en réalité, de savoir quelle valeur donne-t-on à la sécurité. « *L'obligation de sécurité est adaptable à l'envie […], elle est un instrument de politique prétorienne dont les contours et les fondements varient selon la ou les finalités qui lui sont assignées* »[893].

c) Pour une obligation générale de sécurité

181. La sécurité des personnes est une source des principales évolutions de notre droit de la responsabilité civile[894] et *« la jurisprudence n'en finit plus de puiser dans son imagination les moyens de parvenir à indemniser les victimes de dommages corporels pendant que le législateur traîne toujours à extraire du champ de la responsabilité civile de droit commun certains risques particuliers* »[895]. Cette carence du législateur se ressent particulièrement face à la législation sur les accidents et maladies professionnelles[896]. Le régime d'indemnisation tel qu'il est prévu « *demeure toujours le seul régime spécial de*

---

[889] O. Levannier-Gouël, « Areva NC : la jurisprudence *Snecma* fait-elle pschitt ? », *op. cit*., p. 7.
[890] A. Gardin, « La redéfinition de l'obligation de sécurité de résultat », *op. cit*., n° 8.
[891] P.H. Antonmattei, « Obligation de sécurité de résultat : virage jurisprudentiel sur l'aile ! », *op. cit*., p. 458.
[892] *Ibid*.
[893] M. Keim-Bagot, « Tout bouge, rien ne change ? », *op. cit*., p. 223.
[894] C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité, op. cit*., p. 175 : « *Obligation contractuelle de sécurité, atomisation de la faute, relâchement du lien de causalité, application extensive de la responsabilité délictuelle du fait des choses, renforcement d'obligations contractuelles à des fins purement indemnitaires, simulacres de conventions, émiettement des régimes spécifiques d'indemnisation sont autant de symptômes d'une véritable "crise de la responsabilité civile"* ».
[895] *Ibid*.
[896] Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2013 : « *le Rapport suggère une modification des dispositions de l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale dès lors que celles-ci, telles qu'interprétées par le Conseil constitutionnel, ne permettent pas une indemnisation intégrale des victimes d'accidents du travail dus à la faute inexcusable de leur employeur* ».

responsabilité et d'indemnisation fondé sur le risque, professionnel en l'occurrence, dont les victimes n'ouvrent pas droit à une indemnisation intégrale de l'ensemble de leurs préjudices. C'est là que réside la véritable clé de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, car tant que la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles sera moins onéreuse que la mise en œuvre des moyens préventifs efficaces, les employeurs, par choix économique, inclineront à réduire de préférence leurs investissements en matière de prévention au plus strict minimum possible »[897]. Pour contrer cette différence de réparation, la deuxième chambre civile a consacré une obligation de sécurité de résultat afin de reconnaître la faute inexcusable de l'employeur. Ainsi, le salarié obtient une réparation améliorée[898] de ses préjudices. Cette logique de réparation a été étendue au droit du travail, l'obligation de sécurité devenant le fondement d'un préjudice présumé réparable. Revenant sur cette solution, les juges ont rappelé qu'en droit du travail, la logique est celle de la prévention.

182. L'effectivité de l'obligation de sécurité passe, sans aucun doute, par la mise en place d'une politique de prévention efficace. Elle peut toutefois appeler une autre réponse que le débat actuel, relatif à la force de l'obligation. Puisque la sécurité apparaît comme « *un besoin social prioritaire* »[899], elle peut expliquer une mise à l'écart des principes traditionnels du droit civil. Elle justifie que l'on puisse dépasser le schéma traditionnel et objectiver le devoir de réparation de l'auteur du préjudice corporel.

Les défenseurs d'une responsabilité sans faute ont ainsi proposé la consécration de la théorie du risque[900] ou de la théorie de la garantie[901]. Le Professeur Lambert-Faivre surpasse même ce clivage en défendant un droit naturel à la sécurité. Selon elle, « *la cohérence de l'obligation de sécurité, obligation juridique déterminée et univoque fondée sur l'obligation naturelle de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique de la personne humaine, unit ainsi un champ d'application très large dans un régime juridique dont la rigueur du raisonnement doit permettre d'éviter les turbulences jurisprudentielles qui*

[897] Y. Saint-Jours, « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », *D.* 2007, p. 3024, spéc., p. 3028.
[898] Mais non intégrale puisque tout de même limitée aux préjudices énumérés par l'art. L. 452-3 du Code de la sécurité sociale.
[899] G. Viney, « Rapport de synthèse », *in Les métamorphoses de la responsabilité, op. cit,* p. 323.
[900] L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées, op. cit.* et R. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*
[901] B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, op. cit.*, p. 37 et s.

déconcertent la doctrine »[902]. La responsabilité pour faute disparaît au profit de l'assurance[903]. Ce mécanisme ne contente pas ceux qui y voient un vecteur d'injustice[904] et de comportements dommageables[905]. C'est pourquoi, le Professeur Le Tourneau propose, quant à lui, que « *tous les dommages corporels et psychiques (mais eux seuls), quelle qu'en soit l'origine*[906]*, contractuels comme extracontractuels, soient indemnisés, forfaitairement et automatiquement par la Sécurité sociale* »[907]. Consommant la rupture entre réparation et responsabilité, ce que la théorie du risque et de la garantie ne faisait pas totalement, on retrouve dans ce schéma un certain « *déclin de la responsabilité individuelle* »[908]. Ces partisans souhaitent en effet un détachement complet de la responsabilité, afin d'indemniser tous les dommages corporels, peu importe l'origine de l'accident, là où les régimes de responsabilité objective se libèrent seulement de la faute, mais supposent encore un responsable identifié. Un tel système ne peut fonctionner qu'avec une réparation socialisée[909], que l'on connaît déjà par l'existence des différends fonds d'indemnisation. Ce système aurait l'avantage de faire disparaître l'impératif d'indemnisation des victimes de dommages corporels et la responsabilité civile pourrait alors retrouver sa cohérence autour de la notion de faute.

183. La confrontation de ces solutions au droit du travail ne semble pas séduisante. Ces propositions de « déconnexion » du fait générateur, voire de la responsabilité entière, incitent davantage à l'assurance qu'à la responsabilisation de l'employeur. Or, l'obligation de sécurité recouvre un devoir, une norme de rapports sociaux, qui nécessite que l'on sauvegarde un lien entre le responsable et la victime. Il y a derrière le

---

[902] Y. Lambert-Faivre, « Fondement et régime de l'obligation de sécurité », *op. cit*., p. 85.

[903] B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, op. cit.*, p. 82 : La garantie n'est elle-même qu'une étape qui conduira un jour à une phase nouvelle : celle de l'assurance.

[904] A. Sériaux, *Droit des obligations, op. cit*., n° 100 : « *Sur quelle justice pourrait-on fonder une responsabilité sans faute ?* ».

[905] C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité, op. cit*., p. 181 : « *La responsabilité objective et l'assurance de responsabilité, qui n'est que son corollaire, ne risquent-elles pas, à plus ou moins long terme, d'annihiler le sentiment même de la responsabilité à la fois pour l'auteur d'un dommage et pour l'opinion publique, et, partant, de faire disparaître son effet préventif des comportements antisociaux ?* ».

[906] L'auteur cite notamment les dommages domestiques, professionnels, de transport, de la route, médicaux, des infractions, du terrorisme.

[907] Ph. Le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit*., n° 90 et s.

[908] G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle, op. cit*., p. 1.

[909] Ph. Le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 91 : « *généralisant le procédé de la loi du 30 octobre 1946, qui intégra la réparation des accidents du travail, mais d'eux seuls, dans le régime général de la Sécurité sociale* ».

manquement à l'obligation de sécurité un « *délit civil spécifique punissant la violation d'un devoir de protéger la santé et la sécurité des travailleurs dans l'entreprise* »[910].

En revanche, il ne faut pas laisser subsister un système que les employeurs ont appris à « maîtriser » plutôt que d'imposer avec force la prévention, expression concrète de l'obligation de sécurité. À défaut, le risque des fautes lucratives apparaît. Ces fautes, qui « *malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer et qui sont calquées sur le préjudice subi par la victime, laissent à leur auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas les commettre* »[911], peuvent être combattues par l'admission des dommages-intérêts punitifs[912]. La logique de tels dommages-intérêts n'est plus seulement la réparation, puisqu'ils visent également la dissuasion, pour influencer les comportements[913], et la punition, pour sanctionner l'auteur du dommage en assurant à la victime une rétribution payée par l'auteur du préjudice. Mesure anticonstitutionnelle[914], avantage indu à la victime[915], évaluation arbitraire, ces critiques rendent le système difficilement transposable en droit français, « *pourtant, on sait, depuis longtemps, que le prétendu principe de réparation intégrale ou d'équivalence entre dommage et réparation est bien souvent un leurre. En effet, son application est, dans certains domaines, tout simplement impossible. C'est le cas chaque fois qu'il s'agit d'un dommage moral par définition inévaluable en argent ou de l'atteinte à un intérêt collectif comme celui que prend en charge l'action syndicale ou l'action des associations* »[916]. Il devient nécessaire d'imaginer « *une sanction spécifique plus souple que la sanction pénale et plus dissuasive que l'indemnisation pure et simple* »[917].

Le triptyque de la responsabilité doit persister : lorsque l'employeur manque à son devoir de veiller à la sécurité (nul besoin du recours à la responsabilité objective) et que ce manquement cause un préjudice au salarié, il doit le réparer. Si ce préjudice est en lien avec d'autres événements, telle que la faute d'un autre salarié, il appartiendra à

[910] P. Morvan, « *Securitas omnia corrumpit* ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs », *Dr. soc. 2007*, p. 674, spéc., n° 20.
[911] B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, 6ème éd., Litec, Paris, 1998, n° 1335. Sur la réception de ces fautes par notre droit, V. D. Fasquelle, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA*, 20 novembre 2002, p. 27.
[912] Sur les dommages-intérêts punitifs, *cf. infra*, p. 303.
[913] Influencer l'employeur à mettre en œuvre une véritable politique de prévention en l'espèce.
[914] L'introduction des dommages-intérêts punitifs serait anticonstitutionnelle au regard du principe de la légalité des peines, art. 8 DDHC.
[915] Le principe de réparation intégrale impose que la mesure de réparation épouse le préjudice subi ; V. not., Patrice Jourdain, « Les dommages-intérêts alloués par le juge : rapport français » *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, LGDJ, Paris, 2001, p. 263.
[916] G. Viney, « Rapport de synthèse », *LPA* 2002, n° 232, p. 66.
[917] *Ibid.*

l'employeur d'user de son pouvoir disciplinaire à l'encontre de ce dernier, puisqu'il en répond en tant que commettant du point de vue de la responsabilité civile[918]. Mais le manquement à ce devoir doit être « *un délit civil passible de sanctions civiles, disciplinaires et pénales* »[919]. Il n'y a pas une obligation de sécurité indéfinissable, mais un « *principe général du droit* »[920] auquel l'employeur est soumis et qui devrait naturellement l'inciter à prendre des mesures de prévention. À défaut, il répond des conséquences préjudiciables et doit supporter une peine privée. Cette menace pourra inciter les employeurs à mettre en œuvre des mesures de prévention efficaces.

184. L'obligation de sécurité s'inscrit comme une obligation fondamentale dans la relation contractuelle de travail, et la sanction de son manquement doit témoigner de cette force. La découverte, automatique, d'un préjudice d'anxiété pour certains salariés participe d'ailleurs à son dynamisme.

2) Une connaissance inédite du préjudice d'anxiété

185. Le risque professionnel a d'abord été perçu à travers sa dimension patrimoniale. La loi de 1898 tend à réparer la perte économique causée par son travail, en témoigne encore le montant de la rente attribuée au salarié au regard de son taux d'Incapacité Permanente Partielle. Or, « *dans la relation de travail, le travailleur, à la différence de l'employeur, ne risque pas son patrimoine, il risque sa peau* »[921], le droit du travail s'est donc construit pour favoriser la protection de la santé du travailleur. Plus encore, puisque le salarié n'est pas seulement un « *corps laborieux* »[922], il tend à protéger la santé mentale des salariés[923]. Cette prise en compte de la dimension subjective des préjudices a permis aux juges de consacrer le préjudice d'anxiété de certains salariés.

---

[918] Art. 1242 al. 5 C. civ. (anc. art. 1384, al. 5 C. civ.).
[919] P. Morvan, « *Securitas omnia corrumpit…* », *op. cit*., spéc., n° 31.
[920] P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Panthéon-Assas, Paris, 1999.
[921] A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit*., p. 68.
[922] M. Bonnechère, « Le Corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail », *Dr. ouvr*. 1994, p. 173.
[923] Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-26909, *à paraître*, *D*. 2016, p. 432 : « *la santé mentale est une composante de la santé* », V. aussi, I. Beyneix, « Amiante : caractérisation d'un préjudice d'anxiété et protection de la santé mentale des salariés », *JCP* 2016.86 ; L. Lerouge, « "La santé mentale est une composante de la santé" - Considérations juridiques sur les liens indissociables entre travail et santé mentale, sur l'intrication des obligations de sécurité et de prévention », *JSL* 2016, n° 411-1.

186. Après avoir reconnu le préjudice d'anxiété[924] des salariés ayant été exposés à l'amiante, parce que ceux-ci « *se trouvaient par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente*[925] *face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante »* et notamment qu'ils étaient *« amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse* », la Cour de cassation a libéré la démonstration de préjudice du point de savoir si la victime avait dû ou non se soumettre à des examens réguliers[926]. Ce faisant, elle allégeait la charge de la preuve pour les salariés, sans revenir sur les conditions de la responsabilité[927] : la démonstration d'une faute de l'employeur[928], d'un préjudice[929] et d'un lien de causalité[930]. Elle semblait dessiner les contours du préjudice d'anxiété d'une manière équilibrée, gommant une condition qu'elle avait elle-même instaurée et s'employant « *à conjurer les risques "d'inflation juridique" de ce chef de préjudice en refusant de le distinguer d'autres troubles psychologiques, tels que le bouleversement des conditions d'existence* » [931]. Il appartenait ensuite aux juges du fond d'apprécier la preuve de l'étendue du préjudice afin d'évaluer le montant à allouer au demandeur[932], l'indemnisation du préjudice réparant « *l'ensemble des troubles*

---

[924] Cass. soc. 11 mai 2010, n° 09-42241 à 09-42257, *Bull. civ*. V, n° 106 ; *JCP* G 2010.733, note J. Bardellina et V. Renaux-Personnic ; *JCP* G 2010.1015, n° 1, obs. C. Bloch ; *JCP* S 2010.1261, obs. G. Vachet ; *Dr. soc*. 2010, p. 839, avis J. Duplas ; *D*. 2010, p. 2048, note C. Bernard ; *D.* 2011, p. 35, obs. O. Gout ; *D.* 2012, p. 901, obs. P. Lokiec ; *RTD civ*. 2010, p. 564, obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal*. 21 déc. 2010, p. 46, obs. J.-P. Teissonnière.

[925] La jurisprudence civiliste connaît elle aussi un préjudice liée à l'inquiétude pour l'avenir à travers le préjudice spécifique de contamination : le fonds d'indemnisation des transfusés et des hémophiles (créé par la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991) a créé ce préjudice et l'a défini : « *Le préjudice personnel et non économique de contamination par le VIH recouvre l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence entraînés par la séropositivité et la survenance de la maladie déclarée […]* ». V. F. Chabas, « La notion de préjudice de contamination », *in Le préjudice : questions choisies, Resp. civ. et assur*. 1998, p. 20 ; ce préjudice a été étendu à d'autres contaminations, telle que celle à l'hépatite C, V. Cass. civ. 1ère, 1er avril 2003, n° 01-00575, *Bull. civ*. I, n° 95, *RTD civ.*, 2003, p. 506, obs. P. Jourdain.

[926] Cass. soc., 4 décembre 2012, n° 11-26294, *Bull. civ*. V, n° 316, *D*. 2012, p. 2973 ; *JCP* E 2013.1061, note M. Voxeur ; Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 11-20948 et n° 12-17667, *Bull. civ*. V, n° 212, *D.* 2013, p. 2658, obs. S. Porchy-Simon

[927] La demande en réparation se fonde sur les règles de la responsabilité contractuelle de l'article 1147 C. civ. (nouv. art. 1217 et 1231-1).

[928] Le non-respect de ses obligations réglementaires.

[929] Sur l'étendue du préjudice : « *l'indemnisation accordée au titre du préjudice d'anxiété répare l'ensemble des troubles psychologiques, y compris ceux liés au bouleversement dans les conditions d'existence, résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante* », Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-20157, *Bull. civ*. V, n° 209, *D.* 2013, p. 2229, et p. 2658, obs. S. Porchy-Simon.

[930] Démontrer que c'est en raison des manquements de l'employeur que le salarié ressent une inquiétude permanente.

[931] Ph. Brun, « Responsabilité civile », *D.* 2014, p. 47

[932] S. Gallage-Alwis et C. Massiera, « Le rejet progressif d'une indemnisation automatique et uniforme du préjudice d'anxiété », *LPA* 2014, n° 73, p. 8, à propos d'une série d'arrêts des cours d'appel de Paris et de Caen qui « *ont jugé que la preuve de l'étendue du préjudice, indispensable afin d'évaluer le montant à allouer au demandeur, est toujours requise, et ont même tenté de dégager des critères objectifs d'évaluation du montant de l'indemnisation à attribuer en vue de son individualisation* ».

psychologiques, y compris ceux liés au bouleversement dans les conditions d'existence, résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante »[933].

187. Mais, plus encore, que de faciliter la preuve du fait générateur[934], la Cour de cassation semblait s'orienter, une nouvelle fois, vers l'admission d'un préjudice automatiquement réparable. Elle a d'abord considéré que la réparation du préjudice d'anxiété sans « *avoir à établir ni le fait fautif qui serait directement à l'origine des dommages individuels allégués ni même la certitude et l'ampleur desdits dommages subis par chacun* » n'était pas une question méritant un renvoi devant le Conseil constitutionnel[935], ni devant la CJUE[936]. Elle a ensuite, par deux arrêts du 2 avril 2014[937], censuré les juges du fond d'avoir rejeté la demande en réparation d'un salarié qui ne rapportait pas la preuve de « *la réalité, de la certitude et de l'étendue du préjudice* », puisque ce préjudice d'anxiété etait « *induit par l'exposition au risque* »[938]. Les salariés n'avaient donc plus à prouver le ressenti de leur angoisse, l'indemnisation du préjudice d'anxiété est automatique. L'appréciation des critères traditionnels du préjudice réparable est écartée. Le préjudice d'anxiété est induit de l'exposition au risque[939].

188. La Cour de cassation revient pourtant sur cette présomption en décidant qu'elle ne vaut que pour les salariés ayant travaillé dans un établissement ouvrant droit au dispositif de l'ACAATA[940]. Il faut donc que le salarié ait travaillé dans un de ces établissements[941]

---

[933] Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-20157, préc.

[934] La responsabilité de l'employeur peut être engagée en cas d'exposition fautive à l'amiante. Cette exposition est parfois présumée, les juges considèrent en effet que « *le salarié, qui a travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi […] de 1998 […] et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel […] se trouve, de par le fait de l'employeur, dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante* ».

[935] Cass. soc., 27 juin 2013, QPC, n° 12-29347, *Bull. civ.* V, n° 176.

[936] Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-16909, *JSL* 2016, n° 406-1, obs. C. Mo.

[937] Cass. soc., 2 avril 2014, n° 12-29825 et s., *Bull. civ.* V, n° 95, *Liaisons sociales quotidien*, n° 16568, p. 1 ; *D.* 2014, p. 876 ; *D.* 2014, p. 1312, note Ch. Willmann ; *JCP* S 2014.1271, note D. Asquinazi-Bailleux ; *SSL* 2014, n° 1626, p. 15 ; *JSL* 2014, n° 366-1, obs. S. Gallage-Alwis et C. Massiera ; *RJS* 6/14, n° 512.

[938] Cass. soc., 2 avril 2014, préc.

[939] L'exposition au risque devient le fait générateur suffisant de la responsabilité de l'employeur.

[940] La date de l'arrêté d'inscription revêt une importance particulière, les juges ont, en effet, précisé que l'arrêté de classement doit être antérieur à l'ouverture d'une procédure collective, sans quoi le préjudice d'anxiété des salariés n'est pas couvert par la garantie de l'AGS : Cass. soc., 27 janvier 2016, n° 15-10640, *à paraître*, *JCP* S 2016.58 ; *JSL* 2016, n° 405-5, obs. C. Mo ; *RDT* 2016, p. 272, obs. F. Meyer.

[941] Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-20486, n° 13-20474 et n° 13-26175, *à paraître* , *D.* 2015, p. 968, entretien J. Knetsch ; *SSL* 2015, n° 1667, p. 10, obs. F. Champeaux ; *Dr. soc.* 2015, p. 360, note M. Keim-Bagot ; *JCP* S 2015.1106, note D. Asquinazi-Bailleux ; *RTD civ.* 2015, p. 393, note P. Jourdain ; Cass. soc., 7 octobre 2015, n° 14-14023, *JCP* S 2015.385. V. aussi les dockers ayant travaillé dans un port « classé » mais non employés par le port lui-même. Pour eux, le préjudice d'anxiété n'est pas reconnu : Cass. soc., 15 décembre 2015, n° 14-22441, *D.* 2016, p. 83 ; *JCP* S 2016.1052, note D. Asquinazi-Bailleux ; Cass. soc., 17 février 2016, n° 14-24011, *à paraître*, *D.* 2016, p. 488 ; *SSL* 2016, n° 1712, p. 15 ; Cass. soc., 22 juin 2016, n° 14-28175, *à paraître*, *JCP* S 2016.272.

et qu'il ait exercé l'un des métiers listés par l'arrêt de reclassement[942]. Les juges de la Cour de cassation ferment ainsi l'admission généralisée de ce préjudice pour les salariés dont l'affection n'a pas été prise en charge au titre de la législation professionnelle[943]. En revanche, la réparation de ce préjudice[944] pour les salariés ainsi visés est inévitable. Les juges nous ont en effet enseigné que « *l'employeur ne peut essayer d'échapper, même par voie conventionnelle, à la réparation spécifique allouée par le juge aux travailleurs bénéficiaires de l'ACAATA* »[945].

189. Que penser de ce nouveau critère ? Il revient sans aucun doute sur ces facilités de preuve « *exorbitantes* »[946] de droit commun et la systématisation de la réparation[947]. Il est toutefois étonnant de constater que là où les juges avaient abandonné la référence aux critères traditionnels du préjudice réparable pour admettre une présomption, ils imposent un critère purement formel, administratif et abstrait. La Cour de cassation détruit sa propre construction.

Certes, il existe toujours une présomption pour les salariés qui démontreront remplir les conditions de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998. Ce critère peut d'ailleurs ouvrir un nouveau contentieux, en le faisant « glisser »[948] vers le juge administratif. Les salariés demanderont à la Direction du travail d'inscrire leur entreprise sur la liste[949] ; les

---

[942] Cass. soc., 25 mars 2015, n° 13-21716, *à paraître*, *JCP* S 2015.157 ; *D*. 2015, p. 1384, obs. E. Wurtz ; *D*.2015, p. 2283, obs. S. Porchy-Simon.

[943] Les juges du fond semblent en revanche plus téméraires : CPH Dunkerque, 25 mars 2015, n° 14/00502 et CPH Bordeaux, 4 juin 2015, n° 13/02144, *Cah. soc*. juillet 2015, p. 363 ; *Cah. soc*. octobre 2015, p. 487, note M. Caron.

[944] Exclusif pour ses salariés : « *ce préjudice moral résultant pour un salarié du risque de développer une maladie induite par son exposition à l'amiante est constitué par le seul préjudice d'anxiété dont l'indemnisation répare l'ensemble des troubles psychologiques résultant de la connaissance d'un tel risque* », Cass. soc., 27 janvier 2016, n° 15-10640, *à paraître*, note D. Asquinazi-Bailleux, *JCP* S 2016.1101.

[945] D. Asquinazi-Bailleurx, note sous Cass. soc., 4 février 2015, n° 14-13646, *JCP* S 2015.1138. L'employeur avait conclu un accord d'entreprise organisant le départ des salariés éligibles à l'ACAATA qui le souhaitaient et instituant une bonification de l'indemnité de fin de carrière. Inquiété par l'essor du préjudice d'anxiété, l'employeur négocie avec les organisations syndicales un avenant précisant que l'indemnité de fin de carrière bonifiée a « *pour objet de réparer forfaitairement l'ensemble des préjudices de toute nature éventuellement subis, du fait d'une exposition potentielle à l'amiante au cours de la carrière au sein de l'entreprise* ». La tentative d'échapper à une condamnation à réparer le préjudice d'anxiété de ses salariés échoue, la Cour de cassation refusant de donner une simple valeur interprétative à cet avenant et écartant donc son application.

[946] J. Colonna et V. Renaux-Personnic, note sous Cass. soc., 2 avril 2014, n° 12-29825, *JCP* G 2014.686.

[947] C. Corgas-Bernard, « Amiante et préjudice d'anxiété, toujours plus ! », *RCA* 2013, étude 3 ; L. Gamet, « Le préjudice d'anxiété », *Dr. soc*. 2015, p. 55, spéc. p. 60.

[948] Pour reprendre la formule de M. Ledoux et F. Quinquis, « L'obligation de sécurité de résultat à l'épreuve du préjudice d'anxiété », *RJS* 6/15, p. 355.

[949] Ce que n'auront pas à faire les agents de la fonction publique : l'art. 146 de la loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016, *JO* n° 0302, du 30 décembres 2015, p. 24614, prévoit qu'ils

employeurs critiqueront cette inscription pour échapper aux contentieux prud'homaux sous-jacents. En revanche, pour les salariés non éligibles au dispositif, la situation semble désormais bloquée. La Cour de cassation affirme que « *la réparation du préjudice d'anxiété n'est admise, pour les salariés exposés à l'amiante, qu'au profit de ceux remplissant les conditions prévues par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 et l'arrêté ministériel* »[950]. Faut-il penser que la réparation du préjudice d'anxiété est alors condamnée pour tous ces salariés ?

Il nous semble que la responsabilité contractuelle devrait leur laisser la possibilité de démontrer le caractère réparable de leur préjudice. Les salariés non éligibles au dispositif ACAATA peuvent demander la réparation de leur préjudice d'anxiété mais sans bénéficier de la présomption, selon la démarche de droit commun (une démonstration suffisante du fait générateur – l'exposition à l'amiante – et du lien de causalité entre cette exposition et son préjudice)[951]. Ce qui étonne, c'est donc la différence de traitement ainsi créée entre les salariés. « *Bienveillante pour les salariés pouvant prétendre au bénéfice de l'ACAATA, la chambre sociale se montre au contraire étonnamment rigoureuse pour les* autres »[952]. Une décision administrative favorise certains salariés pour qui le préjudice d'anxiété sera présumé réparable, alors même que l'exposition à l'amiante n'a peut-être jamais existé[953].

190. La présomption ainsi créée, encore spéciale, n'en révèle pas moins une tendance de la chambre sociale à admettre des présomptions favorisant la réparation des préjudices des salariés. On retrouve là « *l'automaticité du régime de réparation des accidents et maladies professionnelles, ramenée dans le champ du droit du travail, le juge construisant un régime ad hoc qui prend le meilleur (pour le salarié) du régime de droit commun (la réparation intégrale) et du régime spécial (l'automaticité)* »[954]. La construction innove et pourrait s'étendre au-delà du contentieux de l'amiante.

---

pourront demander à bénéficier d'une cessation anticipée d'activité et à percevoir à ce titre une allocation spécifique s'ils sont reconnus atteints d'une maladie professionnelle provoquée par l'amiante.

[950] Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-26175, préc.

[951] Cass. civ., 2ème, 27 mars 2014, n° 13-15820 : « *l'arrêt retient qu'il existait une incertitude sur l'exposition effective du défunt à l'amiante dans le cadre de ses activités professionnelles ainsi que sur le lien pouvant exister entre son décès et le cancer broncho-pulmonaire dont il était atteint, qu'il n'y avait par ailleurs aucune certitude quant au lien entre sa possible exposition à l'amiante et ce cancer, que le tabagisme important et actif qu'il avait pratiqué avait été le principal facteur causal de ce cancer* ».

[952] P. Jourdain, note sous Cass. soc., 3 mars 2015, *op. cit*., spéc. p. 394.

[953] Nous pensons par exemple au personnel administratif d'un établissement de traitement de l'amiante.

[954] L. Gamet, « Le préjudice d'anxiété », *op. cit*., spéc. p. 61.

191. D'autres risques auxquels sont exposés les salariés pourraient faire naître l'anxiété chez eux, tels que les risques chimiques[955] ou les risques psychosociaux[956]. D'autres matières pourraient aussi donner une place à ce préjudice dans leur solution. En observant la jurisprudence des juridictions administratives, on constate en effet, qu'en dépit d'une position rigoureuse quant à la preuve à rapporter de ce préjudice d'anxiété[957], les juges semblent enclins à l'admission d'un préjudice d'anxiété des travailleurs, autres que ceux en contact avec l'amiante. Le préjudice spécifique d'anxiété ne serait ainsi plus spécifique à ce contexte. Des enseignants ayant exercé dans un lycée ont pu obtenir la réparation de leur préjudice d'anxiété en raison de l'insécurité qui régnait dans les lieux[958]. En retenant ce préjudice en dehors de tout contentieux lié à l'amiante, « *d'autres personnels sont concernés : les agents de Pôle emploi, les conducteurs de bus pourraient à leur tour revendiquer le préjudice d'anxiété* »[959].

192. Une généralisation du préjudice d'anxiété admise par le juge judiciaire, combinée à la présomption de préjudice déjà à l'œuvre devant la Cour de cassation, pourrait avoir des effets redoutables. L'on comprend alors la réticence des juges à l'extension de la présomption. Si l'existence d'un risque dans l'entreprise induit nécessairement l'exposition de tout le personnel à ce risque « *non seulement chaque salarié d'un établissement dans lequel existe un risque de maladie professionnelle serait recevable à obtenir une indemnisation bien que n'étant pas atteint par la maladie mais […] on pourrait dire que tout risque mentionné par le document annuel recensant les risques dans l'entreprise pourrait servir de fondement à une demande d'allocation de dommages et intérêts. Le manquement à l'obligation de sécurité de résultat, qui consiste en une obligation de conserver les salariés en bonne santé, serait établi puisque l'anxiété est un*

---

[955] Sur l'exposition aux hydrocarbures : Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-27050 ; Sur le contentieux des mineurs de fer : CPH Longwy, 6 février 2015, n° 13/00174, V. *Liaisons sociales quotidien*, n° 16619, 27 juin 2014, p. 7 ; *Liaisons sociales quotidien*, n° 16793, 13 mars 2015 ; sur le contentieux des mineurs de charbon : V. F. Champeaux, « Le préjudice d'anxiété des mineurs de charbon de Lorraine », *SSL* 2015, n° 1664, p. 2 ; sur le contentieux des cheminots : V. *Liaisons sociales quotidien*, n° 16794 du 16 mars 2015 ; sur l'exposition à la silice : CA Caen, 2ème ch. soc., 29 janvier 2016, n° 14/01564, *CSB* 2016, p. 135, obs. M. Keim-Bagot ;V. aussi M. Keim-Bagot, « Le préjudice d'anxiété en questions », *RDC* 2015, p. 15, spéc. p. 18.

[956] S'agissant du harcèlement moral : CPH Paris, section Encadrement chambre 4, 23 janvier 2015, n° 12/10198, *SSL*2015, n° 1674, p. 13, obs. F. Champeaux.

[957] Les juges prennent soin de rappeler les qualités du préjudice pour le déclarer réparable. V. CAA Marseille, 13 décembre 2011, n° 11MA00739 : « *ce préjudice moral est* ***en lien suffisamment direct et certain*** *avec la carence fautive susmentionnée de l'État en sa qualité d'employeur ; qu'il sera fait une juste appréciation des circonstances de l'espèce en l'évaluant à hauteur de 8 000 euros* ».

[958] F. Champeaux, « Le préjudice d'anxiété au secours du droit de retrait », à propos de TA Melun, 13 juillet 2012, n° 1114146/1005265/11, *SSL*, n° 1548, p. 7.

[959] *Ibid.*

trouble de santé et l'existence d'un risque induirait un trouble dans les conditions d'existence. Et comme il n'existe aucune entreprise qui n'expose à un risque, le simple fait de travailler permettrait de prétendre à l'allocation de dommages et intérêts ! »[960]. Faut-il reconnaître l'exposition au risque de travailler ? En incitant les juges du fond à faire du préjudice d'exposition[961] la parade[962] à la décision de ne réparer le préjudice d'anxiété qu'aux seuls salariés dont l'entreprise est éligible au dispositif de pré-retraite amiante, les juges de la Cour de cassation mettent en lumière un préjudice qui pourrait s'étendre au-delà des seuls travailleurs de l'amiante.

193. Entre préjudice d'anxiété lié à l'amiante et préjudice d'exposition à l'amiante, la différence n'est pas seulement sémantique. Les juges précisent en effet que « *si le préjudice d'anxiété est par nature subjectif en ce qu'il ne résulte pas de la seule exposition à risque créée par l'amiante, mais qu'il est constitué par des troubles psychologiques qu'engendre la connaissance de ce risque par les salariés, à l'inverse la seule exposition engendre en elle-même un préjudice à part entière* »[963]. Le préjudice d'exposition est donc « *un préjudice objectif, matériel* »[964]. La réparation est automatique : la seule exposition au risque suffit à justifier la réparation d'un préjudice qui n'a pas besoin d'être prouvé. Le coup porté à la généralisation du préjudice d'anxiété ne suffira pas à atteindre celle à laquelle le préjudice d'exposition peut prétendre.

194. Pour conclure, la liste des préjudices « nécessairement » causés s'est allongée, et particulièrement en droit du travail. Ces évolutions ne sont pas sans nourrir une « *tendance à la désintégration du préjudice* »[965] et tendent, aujourd'hui, à se restreindre. Pourtant, il existe encore des hypothèses où le préjudice est irrémédiablement présumé réparable, il est comme postulé, dans le but d'assurer une punition à son auteur.

---

[960] M. Voxeur, note sous Cass. soc., 4 décembre 2012, n° 11-26294, *JCP* E 2013.1061.
[961] Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-27050 : « *les intéressés avaient été exposés à l'inhalation de vapeurs toxiques sans surveillance médicale, ni protection, ce dont il résultait que la société Total raffinage marketing avait commis un manquement à son obligation de sécurité de résultat causant nécessairement un préjudice au travailleur* » ;V. aussi, Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-13774.
[962] CPH Dunkerque, 25 mars 2015 et CPH Bordeaux, 4 juin 2015, préc.
[963] CPH Bordeaux, 4 juin 2015, préc.
[964] F. Quinquis, « Anxiété : remettre la prévention au cœur du débat », *SSL* 2015, n° 1693, p. 11.
[965] Ph. Le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité civile et des contrats, op. cit.*, n° 1306 s.

Section 2. Un postulat de préjudice, en tant que peine privée

195. Le Professeur Le Tourneau relève « *une dissolution des caractères requis du préjudice pour ouvrir droit à réparation, au point que l'on peut, dans certaines matières, se demander si le préjudice est encore une condition de la responsabilité civile* »[966]. En droit commun, comme en droit du travail, les juges rompent, en effet, avec les canons de la responsabilité civile[967], en admettant réparables, des préjudices dont ils n'apprécient pas les caractères. Adhésion à cette technique[968] ou remise en cause[969], il faut avouer que ces préjudices « automatiquement » réparables s'articulent autour de « *l'éminence abstraite du droit violé, […] c'est-à-dire sur des critères qui tiennent moins aux conséquences de la faute sur la victime qu'au caractère plus ou moins choquant du comportement de l'auteur* »[970]. En effet, « *lorsque la Cour de cassation estime qu'un préjudice s'infère nécessairement d'une faute elle ne tient pas pour vraisemblable le lien entre la faute et le préjudice, elle considère acquise l'existence d'un dommage*[971] *par le seul constat d'une faute* »[972]. Le préjudice est alors bien plus que présumé réparable, il est postulé réparable. L'on retrouve derrière cette pratique jurisprudentielle l'admission d'une « *proposition qui n'est pas évidente par elle-même, mais qu'on est conduit à recevoir parce qu'on ne voit pas d'autre principe auquel on puisse rattacher soit une vérité qu'on ne saurait mettre en doute, soit une opération ou un acte dont la légitimité n'est pas contestée* »[973]. Il n'est pas évident qu'il y ait un préjudice réparable, il est parfois même très fictif, mais on ne voit pas comment refuser d'admettre son existence. Il faut, en effet, protéger un droit subjectif (§1) ou sanctionner certains comportements (§2).

---

[966] Ph. le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 1306.
[967] Ph. Stoffel-Munck, « Chronique de responsabilité civile », *JCP* G 2001.1333.
[968] G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité, op. cit*., n° 3 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, 3ème éd., PUF, 2010, Paris, p. 715.
[969] Pour une présentation des difficultés soulevées par la réparation du préjudice déduit de la faute, V. L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », *op. cit*., spéc. p. 298.
[970] Ph. Stoffel-Munck, « Chronique de responsabilité civile », *JCP* G 2010.1015.
[971] Entendu comme préjudice ici.
[972] L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », *op. cit*., spéc. p. 275.
[973] A. Lalande (sous la dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010, V. Postulat.

§1. La protection des droits subjectifs[974]

196. Les droits subjectifs sont des prérogatives individuelles[975] attribués à l'homme « *pour satisfaire ses fins propres, pour favoriser son épanouissement personnel, pour faire personnellement valoir ses intérêts et points de vue particuliers* »[976]. Le droit subjectif apparaît alors comme « *l'instrument le plus achevé de la défense des intérêts individuels* »[977]. C'est pourquoi certains défendent un régime de réparation qui leur est spécifique, en droit commun (A) et en droit du travail (B).

A. En droit commun

197. Les droits de la personnalité[978] ont fait l'objet d'une évolution prétorienne importante, parachevée par l'autonomie conceptuelle et technique que la Cour de cassation leur a offert. Les juges ont affirmé que « *la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation* »[979] au visa de l'article 9 du Code civil, excluant l'article 1240[980] du même code.

Parmi ces droits de la personnalité, celui du droit à l'image a donné lieu à une précision mettant particulièrement en exergue la distance prise avec les conditions traditionnelles de la responsabilité civile : « *le seul constat de l'atteinte au droit de chacun de s'opposer*

---

[974] « *Aujourd'hui, le droit est dit subjectif en ce sens qu'il est attribué à l'homme – à chaque homme – pour satisfaire ses fins propres, pour favoriser son épanouissement personnel, pour faire personnellement valoir ses intérêts et points de vue particuliers. Le droit subjectif est d'abord puissance de l'homme, zone d'indépendane où chacun est libre de ses décisions et peut s'opposer à ce qu'une volonté extérieure lui dicte sa conduite. […] Cette référence au droit subjectif doit être ici comprise largement. Elle englobe également les libertés individuelles. Sans doute, les concepts de droit subjectif et de liberté peuvent-ils être distingués par l'analyse juridique. Néanmoins, les deux notions entretiennent des rapports étroits. Il existe, en effet, une "inclinaison naturelle des droits et libertés à se conjuguer", "l'unique différence qui subsiste entre les droits et libertés" semblant découler de "leur degré initial de prédétermination ou de préorientation". Nous négligerons donc cette distinction* » : P. Adam, *L'individualisation du droit du travail*, LGDJ, Paris, 2005, p. 63.

[975] G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V. Subjectif.

[976] P. Adam, *L'individualisation du droit du travail, op. cit.*, p. 63.

[977] Th. Revet, « La liberté du travail », *in* R. Cabrillac (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2000, p. 587.

[978] J.-Ch. Saint-Pau, « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », *Mélanges H. Groutel, Responsabilité civile et assurances*, Litec, Paris, 2006, p. 405 s.

[979] Cass. civ., 1ère, 5 novembre 1996, n° 94-14798, *Bull. civ.* I, n° 378, *JCP* G 1997.I.4025, n° 1, obs. G. Viney et *JCP* G 1997.II.22805, note J. Ravanas ; *D.* 1997, p. 403, note S. Laulom et p. 289, obs. P. Jourdain ; *RTD civ.* 1997, p. 632, obs. J. Hauser ; Cass. Civ., 1ère , 25 février 1997, n° 95-13545, *Bull. civ.* I, n° 73, *JCP* G 1997.II.22873, note J. Ravanas ; Cass. civ., 2ème, 18 mars 2004, n° 02-12743 et n° 02-13529, *Bull. civ.* II, n° 135.

[980] Anc. art. 1382 C. civ.

à la publication de son image, sans qu'il ait lieu de s'expliquer davantage sur la nature du préjudice qui en est résulté, ouvre droit à réparation sur le fondement de l'article 9 du Code civil »[981]. « *Régime de protection autonome et spécifique* »[982] ? Cette action en responsabilité demeure soumise à l'exigence d'un fait générateur, qui ne constitue plus une faute[983]. Et ce fait générateur a causé un préjudice. Le schéma traditionnel subsiste. En revanche, la preuve de ces deux derniers éléments, causalité et préjudice, est largement allégée pour la victime. Il lui suffit de caractériser une atteinte à l'un de ses droits subjectifs pour prétendre à la réparation de son préjudice[984]. Le préjudice réparable pourrait ainsi être postulé chaque fois qu'est constatée une atteinte à un droit subjectif.

198. En matière médicale, la formule a également été utilisée pour réparer le préjudice résultant du manquement du médecin à son obligation d'information. C'est au visa de l'article 1240[985] du Code civil que les juges décident « *que le non-respect du devoir d'information […] cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice* »[986]. Remarqué pour le revirement que la Cour de cassation opérait vis-à-vis de la réparation d'une simple perte de chance[987], cet arrêt illustre aussi le raisonnement que tiennent les juges lorsqu'est en cause un droit subjectif. « *Le préjudice en cause […] est postulé abstraitement : le manquement du médecin à son devoir d'information "cause (…) un préjudice". Au plan théorique, "le droit (du patient) à être informé" rejoint ainsi la petite liste des "droits à…" qui font l'objet d'une protection* per se »[988].

199. Allant plus loin encore, les juges admettent que le simple risque d'atteinte à l'environnement cause nécessairement un préjudice moral aux associations de défense de l'environnement. Les juges décident que « *le non-respect des dispositions de l'arrêté préfectoral pris au titre de la réglementation des installations classées, en ce qu'il était*

---

[981] Cass. civ., 2ème, 30 juin 2004, n° 03-13416, *Bull. civ*. II, n° 341, *D*. 2004, p. 2350 ; V. aussi la violation des droits d'auteur : Cass. soc., 12 juillet 2007, n° 06-40344, *RTD com*. 2008, p. 88, obs. F. Pollaud-Dulian. Les juges décident que « *l'omission de mentionner le nom de l'auteur d'une photographie sur un cliché publié et l'apposition du nom d'une société sur la photographie sans le consentement de l'auteur constitue une violation de son droit moral qui lui cause nécessairement un préjudice* ».

[982] J.-P. Ancel, Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2000, Documentation française, 2001, p. 59.

[983] L'hypothèse est toutefois déjà connue : la responsabilité du fait des choses fondée sur l'article 1384, alinéa 1er du Code civil, voire la théorie des troubles du voisinage.

[984] L'évaluation de ce préjudice semble, quant à elle, encore soumise aux règles de la responsabilité civile : S. Laulom, « L'indépendance affirmée de l'article 9 du Code civil du droit commun de la responsabilité », *D*. 1997, p. 403.

[985] Anc. art. 1382 C. civ.

[986] Cass. civ., 1ère, 3 juin 2010, n° 09-13591, préc.

[987] *Cf. supra*, p. 72. Par cet arrêt, le préjudice, qui n'est pas non plus qualifié de moral, semble s'étendre au-delà de la seule perte de chance retenue jusqu'alors.

[988] Ph. Stoffel-Munck, « Chronique de responsabilité civile », *JCP* G 2010.1015.

de nature à créer un risque de pollution majeure pour l'environnement, et notamment pour les eaux et les sols, portait atteinte aux intérêts collectifs que les associations avaient pour objet de défendre, et que cette seule atteinte suffisait à caractériser le préjudice moral indirect de ces dernières »[989]. Une telle solution, qui s'inscrit aussi dans le débat relatif au risque dommageable[990], pose avec force la question de la certitude du préjudice. Car, si le dommage environnemental cause sans aucun doute un préjudice moral aux associations protectrices, quels préjudices ont-elles pu subir du simple risque de dommage ? « *Ne nous en cachons pas, le "préjudice moral" associatif dont il est ici question est une pure fiction juridique. [… Et,] la plasticité du "préjudice moral" peine plus que jamais à camoufler la fonction essentiellement normative que remplit l'action en dommages et intérêts des associations de défense d'un intérêt social* »[991].

200. On retrouve encore la formule en matière de propriété intellectuelle : une atteinte peut être portée à l'image d'une marque, indépendamment des faits de contrefaçon, selon le type de produit auquel est associé le signe contrefaisant. La jurisprudence prend en considération l'image véhiculée par la marque première et la catégorie de produits désignée par le signe incriminé, pour décider de l'existence, de la nature et de l'étendue de l'atteinte qui y est portée[992].

Enfin, la Cour Européenne des Droits de l'Homme présume elle aussi le préjudice moral du justiciable qui subit les longueurs d'une procédure judiciaire[993].

201. La tendance à user du droit subjectif pour présumer le préjudice est donc visible en droit commun. Elle est aussi très nette en droit du travail. Le contrat de travail implique directement la personne du contractant et met particulièrement en cause les droits du salarié. Autant de droits dont les atteintes pourraient donc, elles-aussi, conduire à la reconnaissance de préjudices postulés.

---

[989] Cass. civ., 3ème, 8 juin 2011, n° 10-15500, *Bull. civ*. III, n° 101, *D*. 2011, p. 1691, obs. G. Forest ; *JCP* E 2011, 1762, obs. H. Hovasse ; V. déjà : Cass. civ., 3ème, 9 juin 2010, n° 09-11738, *Bull. civ*. III, n° 118, *D*. 2010, p. 2476, chron. F. G. Trébulle et p. 2614, obs. F. Nési ; Cass. crim., 5 octobre 2010, n° 09-88748 ; Cass. crim., 3 mai 2011, n° 10-87679, C. Bloch, « Chronique de jurisprudence - Responsabilité civile », *JCP* G 2011.1333.

[990] Sur cette notion, *cf. supra*, p. 81.

[991] C. Bloch, « Chronique de jurisprudence », *JCP* G 2011.1333, n° 3, obs. à propos de Cass. crim., 3 mai 2011, n° 10-87679 et Cass. civ., 3ème, 8 juin 2011, n° 10-15500, *Bull. civ*. III, n° 101.

[992] G. Cordier, « L'image de marque et le préjudice de contrefaçon », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, Juillet 2007, dossier 25, spéc., note 24 : CA Paris, 4e ch., sect. A, 29 septembre 2004, Société Cartier SA / société Elite Confectionery : « *Eu égard à la renommée de la marque Must, son emploi pour commercialiser des chewing-gums, produit de grande consommation, cause nécessairement un préjudice à la société Cartier, en portant atteinte au caractère attractif de cette marque qu'il banalise et vulgarise, à sa valeur économique, à l'image de prestige qui s'y attache* ».

[993] CEDH, 29 mars 2006, *Apicella c/ Italie*, n° 64890-01, § 93.

B. En droit du travail

202. Le Code du travail érige, dans ses dispositions préliminaires, le respect des droits et libertés individuels[994]. Il y a avec cet article la prise en compte des droits subjectifs du salarié dans l'entreprise : « *non plus simple membre d'un groupe, d'un collectif, le salarié apparaît […] à la surface du droit en tant qu'individualité, c'est-à-dire comme être original, porteur d'un projet personnel, capable de définir et de défendre des intérêts propres, irréductibles à un quelconque intérêt collectif* »[995]. Les juges sont donc les garants du respect des droits individuels[996]. Et aux visas du préambule de la Constitution de 1948 et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[997], les juges[998] consacrent un ensemble de droits et libertés du salarié, résumés par l'expression « droits de l'Homme »[999] tels que la liberté d'expression[1000], la liberté vestimentaire[1001] ou le droit au respect de la vie privée[1002]. La reconnaissance de ces droits suppose que leur violation soit sanctionnée : nullité de la mesure prononcée ou encore réparation lorsque cette violation cause un préjudice. Mais est-ce dire que la violation de l'un de ces droits cause à elle seule un préjudice réparable ?

---

[994] Art. L. 1121-1 C. trav.

[995] P. Adam, *L'individualisation du droit du travail*, *op. cit.*, p. 64.

[996] Pour une étude d'ensemble sur la teneur de la protection offerte par les juges : B. Boubli, « La contribution de la chambre sociale de la Cour de cassation à l'évolution des Droits de l'Homme », *in Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation, 1938-1968*, La Documentation française, Paris, 2000, p. 23.

[997] Mais aussi de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou encore de la Charte sociale européenne. Sur le passage des droits de l'Homme aux droits fondamentaux, V. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, 2011, « Les droits subjectifs », p. 145, spéc., p. 168 « *Le passage des droits de l'Homme aux droits fondamentaux, plus qu'un changement de vocabulaire, marque donc une mutation profonde. Cette mutation rend alors plus difficile la distinction des droits fondamentaux et des droits subjectifs "ordinaires". […] En réalité et en définitive, il semble qu'il faille se résoudre à considérer que, en droit positif, aucun critère précis du caractère fondamental d'un droit ne s'impose* ».

[998] L'action des juges n'est que le résultat de l'action conjointe du législateur, avec par exemple, la promulgation de la loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dite loi *Auroux* qui crée notamment l'article L. 122-45 (devenu L. 1132-1 C. trav.) et de la doctrine, V. par exemple, J. Rivéro, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1982, p. 422 ; B. Bossu, « Droits de l'Homme et pouvoirs du chef d'entreprise », *Dr. soc.* 1994, p. 747.

[999] J.-M. Verdier, « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'Homme », *op. cit.*, spéc. p. 431 et s.

[1000] Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41804, *Bull. civ.* V, n° 257, arrêt *Clavaud*, *Dr. soc.* 1988, p. 429, concl. H. Ecoutin, obs. G. Couturier ; *D.* 1988, p. 437, note E. Wagner.

[1001] Sans qu'elle n'entre dans la catégorie des libertés fondamentales, Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40273, *Bull. civ.* V, n° 178, *Dr. soc.* 2003, p. 808, obs. Ph. Waquet ; *Dr. ouvr.* 2003, p. 221, note P. Lyon-Caen.

[1002] Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42636, *Bull. civ.* V, n° 201, *Dr. soc.* 1991, p. 485, note J. Savatier ; *JCP* G 1991.II.21724, note A. Sériaux.

203. En reconnaissant un préjudice spécifique né de l'atteinte portée à la liberté individuelle d'aller et venir du salarié[1003], la construction d'une sanction autonome de la violation de ces droits semble entamée et interroge. Par la conclusion du contrat de travail, le salarié est subordonné à l'employeur et à la disposition de celui-ci : il limite volontairement sa liberté d'aller et venir. « L'atteinte portée à leur liberté individuelle » est donc, en principe, compensée par la rémunération que le salarié perçoit. « *Cette rémunération va permettre au travailleur de subvenir à ses besoins, de vivre dignement. […] C'est la poursuite de cet intérêt premier qui justifie et légitime la renonciation des salariés à leur liberté d'aller et venir. Il s'ensuit que le salaire ne compense pas une atteinte à la liberté d'aller et venir mais préserve la dignité du salarié* »[1004]. En admettant que l'atteinte à la liberté d'aller et venir du salarié constitue un préjudice spécifique, c'est le respect de la liberté d'aller et venir et la dignité qui est sanctionné, de manière « *spécifique* ». Bien que dans cette espèce, le recours aux droits fondamentaux ait été utilisé pour contourner les délais de prescription, elle n'en reste pas moins l'illustration d'un dévoiement des règles techniques applicables. Ce même raisonnement sert aussi à écarter la démonstration par le salarié d'un préjudice réparable. Les juges consacrent un préjudice « *spécifique* », seulement pour respecter les canons de la responsabilité.

204. Les droits subjectifs sont encore le support de préjudices automatiques dans l'hypothèse du droit de grève. Le droit de grève est un droit individuel offert à tous les salariés. Or, lorsque l'employeur décide de fermer temporairement l'entreprise pour faire échec à la grève, il porte une atteinte au droit de grève. Certes, le *lock-out* peut parfois être licite et suppose alors une suspension du contrat de travail des salariés non-grévistes. Toutefois, lorsque celui-ci est illicite, seulement « *destiné à faire pression sur les grévistes* »[1005], il génère un préjudice pour tous les salariés, grévistes ou non[1006], « *justifiant l'octroi de dommages-intérêts* »[1007] dès lors qu'ils sont atteints.

[1003] Cass. soc., 4 avril 2012, n°s 10-28818 ; 10-28819 ; 10-28820 ; 10-28821 ; 10-28823 ; 10-28824 ; 10-28825 ; 10-28826 ; 10-28827 ; 10-28828 ; 10-28829 ; 10-28830, *RDT* 2012, p. 297, note G. et L.-F. Pignarre. Les juges approuvent la Cour d'appel d'avoir retenu que « *les participants avaient "vu leur liberté de vaquer à leurs occupations personnelles, ainsi que leur liberté d'aller et venir, restreintes"* ».

[1004] G. et L.-F. Pignarre, « Conditions de travail et droits fondamentaux : naissance d'un préjudice spécifique », *RDT* 2012, p. 297.

[1005] CA Toulouse, 22 avril 1993, RG n° 2915/92, cité par D. Boulmier, note sous Cass. soc., 17 décembre 2013, n° 12-23006, *Dr. soc*. 2014, p. 292.

[1006] Pour l'allocation de dommages-intérêts aux salariés non grévistes en cas de *lock-out* illicite, V. par ex., Cass. soc., 23 octobre 1997, n° 95-19444, *RDSS* 1998, p. 339, note P.-Y. Verkindt : les juges précisent par la même occasion le caractère indemnitaire des dommages-intérêts : « *la faute de l'employeur, consistant en la fermeture jugée irrégulière, a causé aux salariés un préjudice; qu'ayant ainsi fait ressortir que les*

205. La consécration d'un droit subjectif tend-t-elle *« à supplanter la protection des intérêts fondée sur les principes de la responsabilité, particulièrement par la suppression de l'exigence d'un préjudice* »[1008] ? L'intérêt du recours au droit subjectif est en tout cas très visible : alors que la preuve d'un préjudice risque d'empêcher le prononcé d'une mesure de réparation, le juge pourrait accorder des dommages-intérêts sans vérifier la réalité du préjudice, comme s'il utilisait le préjudice à des fins utiles.

§2. Une instrumentalisation du préjudice

206. Contraints par le schéma traditionnel de responsabilité, les juges sont tenus de relever l'existence d'un préjudice causé par un fait générateur pour lui donner réparation. Or, parfois, ce préjudice n'est qu'un prétexte (A) car les juges participent, en réalité, à l'œuvre normative de la responsabilité (B).

A. Un préjudice comme prétexte

207. Afin de conserver le schéma traditionnel de responsabilité, les juges admettent parfois l'existence d'un préjudice très abstrait. Que l'on pense à la clause de non concurrence illicite (1) ou à la dénonciation régulière d'un accord collectif (2), il n'est pas certain que ces dommages causent véritablement un préjudice au salarié.

1) Un préjudice absent

208. Le contentieux relatif à la clause de non-concurrence nulle a été l'occasion pour les juges d'affirmer la présence d'un « préjudice automatique » en droit du travail. La chambre sociale, au visa de l'article 1147 du Code civil[1009], a d'abord affirmé que « *le respect par un salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement*

---

sommes allouées avaient la nature de dommages-intérêts, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche inopérante, en a exactement déduit qu'elles n'entraient pas dans l'assiette des cotisations ».

[1007] Cass. soc., 17 décembre 2013, n° 12-23006, *D*. 2014, p. 88 ; *Dr. soc*. 2014, p. 292, note D. Boulmier.

[1008] E. Savaux et R.-N. Schütz, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, *op. cit*., p. 271, spéc., p. 274.

[1009] Auj. art. 1231 C. civ.

un préjudice »[1010], pour ensuite décider que « *la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié* »[1011]. Déjà annoncées[1012], ces solutions semblaient indiquer qu'il y avait une responsabilité « *sinon sans faute, du moins sans préjudice concrètement caractérisé* »[1013].

Toutes les clauses rédigées par les employeurs, avant que les juges ne viennent poser la contrepartie pécuniaire en tant que condition de validité[1014], se sont vues déclarées nulles au lendemain de cette jurisprudence. Les employeurs ont donc engagé leur responsabilité sans qu'aucune faute ne puisse leur être reprochée, ayant rédigé une clause, qui au moment de sa conclusion, répondait aux conditions de validité de la clause contractuelle.

209. C'est également l'existence du préjudice qui interrogeait. Quel est le préjudice du salarié qui n'a jamais respecté cette clause (parce qu'il a retrouvé immédiatement un emploi ou qu'il ne pouvait, de toute manière, plus exécuté son précédent emploi en cas d'inaptitude ou de départ en retraite) ? « *Peu importe l'effectivité de la restriction à la liberté d'exercer une activité professionnelle ; seule compte que celle-ci ait été compromise en son principe par la clause perçue en l'occurrence comme l'expression de l'unilatéralisme de l'employeur* »[1015]. Sans plus aucune référence à l'exécution de la clause nulle, il faut admettre qu' « *aux yeux des juges de cassation, ce préjudice existe "nécessairement", par l'effet même de la stipulation illicite* ». Les juges du fond relevaient d'ailleurs cette difficulté en ne reconnaissant, parfois, aucun préjudice réparable. Ainsi, la Cour d'appel de Paris avait débouté un salarié de sa demande en réparation du préjudice résultant de l'illicéité de la clause de non-concurrence, « *après avoir déclaré la nullité de cette clause du fait d'une contrepartie financière dérisoire* »

[1010] Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 03-46933, *Bull. civ*. V, n° 8, *JCP* S 2006.1102, note I. Beyneix ; *JCP* E 2006.1417, note P. Grosser ; Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-45546, *Bull. civ*. V, n° 120, *JCP* G 2006.I.192, note A. Pinna ; *JCP* S 2006.1575, note F. Canut; *JCP* G 2006.I.166, n° 3, obs. Ph. Stoffel-Munck ; Cass. soc., 15 novembre 2006, n° 04-46721, *Bull. civ*. V, n° 341, *JCP* G 2007.II.10039, note D. Corrignan-Carsin ; *Dr. soc*. 2007, p. 241, obs. J. Mouly ; *RDT* 2007, p. 95, note J. Pélissier ; Cass. soc., 20 décembre 2006, n° 05-45365, *Bull. civ*. V, n° 392, *Dr. soc*. 2007 p. 372, obs. J. Mouly.

[1011] Cass. soc. 12 janvier 2011, n° 08-45280, *Bull. civ*. V, n° 15, *Dr. ouvr.*, avr. 2011, p. 209, obs. F. Canut ; *JSL* 2011, n° 294-6, note J.-E. Tourreil ; Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-70306, *Bull. civ*. V, n° 82, *D*. 2011, p. 1087.

[1012] Cass. soc., 18 mars 2003, n° 00-46358, *Bull. civ*. V, n° 98, *D*. 2003, p. 1107 ; Cass. soc., 29 avril 2003, n° 01-42026, *Bull. civ*. V, n° 143, *JCP* G 2004.I.101, n° 8, obs. G. Viney.

[1013] Ph. Stoffel-Munck, « Chronique de responsabilité civile », *JCP* G 2006.I.166.

[1014] Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-45334, n° 99-45336, n° 00-45387, n° 00-45135 : *D*. 2002, p. 2491, note Y. Serra ; *JCP* 2002.I.10162, note F. Petit ; *JCP* E 2002.1511, note D. Corrignan-Carsin ; *Dr. soc*. 2002, p. 949, note R. Vatinet ; *LPA* 2003, n° 23, p. 16, note N. Damas. La mise en place de ces conditions semblent par ailleurs s'étendre : V. F. Khodri, « Quand le « tsunami » travailliste atteint la matière commerciale », *JCP* G 2011.692, note sous Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-13824.

[1015] G. Loiseau, note sous Cass. soc., 16 mai 2012, n° 11-10760, *JCP* S 2012.1329.

mais retenant « *qu'elle n'a pu recevoir exécution dans la mesure où l'intéressé n'a pas commencé à travailler* »[1016]. Dans un arrêt du 5 juillet 2012, la Cour d'appel d'Orléans[1017] tentait, une fois encore, de rejeter la demande du salarié puisque « *la société a levé les effets de cette clause dans la lettre de licenciement, sans qu'elle ait gêné le moins du monde ce salarié pour retrouver un emploi très rapidement. Dans ces conditions, il ne justifie pas de préjudice réel* ».

Pourtant, la Cour de cassation maintenait sa solution. Elle contrait l'absence de préjudice en le postulant. Ce n'était d'ailleurs pas la première présomption à être admise en matière de clause de non-concurrence.

210. La contrepartie financière, condition de validité de la clause de non-concurrence, cache elle aussi l'idée d'une présomption. La Cour de cassation, après avoir rendu obligatoire cette contrepartie financière[1018] en a précisé la nature. « *Le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence […] a pour objet d'indemniser le salarié tenu, après rupture du contrat de travail, d'une obligation limitant ses possibilités d'exercer un autre emploi* »[1019]. Pour la Cour de cassation, cette contrepartie est donc indemnitaire[1020], elle compense l'atteinte au principe de la liberté d'exercer une activité professionnelle[1021]. Mais, une atteinte justifiée et proportionnée à cette liberté n'est pas nécessairement illicite[1022]. Alors comment expliquer qu'une atteinte légitime et proportionnée justifie la réparation d'un préjudice dont les qualités n'ont pas à être démontrées ?

À l'instar du Professeur Mouly, on peut admettre « *que l'exigence de cette contrepartie pour les salariés s'explique essentiellement par la situation de subordination juridique dans laquelle se trouvent ces derniers et qui appelle une protection particulière. Leur droit de gagner leur vie par un travail librement choisi étant restreint par la clause de non-concurrence, ils doivent bénéficier d'une compensation correspondant aux salaires*

[1016] Cass. soc., 27 novembre 2013, n° 12-23740.
[1017] CA Orléans, ch. soc., 5 juillet 2012, RG 11/01400, JurisData n° 2012-017279.
[1018] Cass. soc., 10 juillet 2002, préc.
[1019] Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-19472, *Bull. civ*. V, n° 15, *Dr. soc.* 2014, p. 288, obs. J. Mouly ; *RDT* 2014, p. 177, obs. L. Bento de Carvalho.
[1020] Bien qu'elle ait déjà eu l'occasion d'affirmer sa nature salariale auparavant : Cass. soc., 23 juin 2010, n° 08-70233, *Bull. civ*. V, n° 145, *D.* 2010, p. 1795 ; *Dr. soc.* 2010, p. 1254, obs. J. Mouly.
[1021] Et elle est dûe quel que soit le mode de rupture du contrat : Cass. soc., 25 janvier 2012, n° 10-11590, *Bull. civ*. V, n° 20, *D*. 2012, p. 443 ; *RDT* 2012, p. 216, obs. A. Charbonneau ; *Dr. soc*. 2012, p. 784, note Ch. Radé.
[1022] Art. L. 1121-1 C. trav., V. not., J.-M. Béraud, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. ouvr.* 1997, p. 529 ; C. Pizzio-Delaporte, « Libertés fondamentales et droits du salarié le rôle du juge », *Dr. soc.* 2001, p. 404.

dont ils se trouvent privés du fait de l'application de la clause. En fin de compte, la contrepartie financière reposerait sur une présomption de préjudice, irréfragable en raison de sa très forte vraisemblance »[1023]. Et on peut imaginer un préjudice bien réel, celui de ne pas avoir accepté d'autres offres d'emploi, celui de ne pas avoir osé chercher un autre emploi,… Le préjudice reste malgré tout incertain. Alors, faut-il admettre que la certitude du préjudice, en tant que condition de sa réparabilité, s'efface au profit d'une présomption désirée et créée par les juges ? ou peut-être faut-il admettre qu'il n'y a pas de préjudice ?

Dans une approche différente, liée à la formation du contrat et non plus à la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, cette contrepartie peut être assimilée à la cause de cette clause de non-concurrence. La cause d'un engagement à renoncer à un emploi futur, autrement dit, « *l'intérêt de l'acte juridique pour son auteur* »[1024], « *la raison pour laquelle les parties ont contracté* »[1025], ce qui « *justifie* » l'engagement[1026] pourrait bien être pour le salarié de bénéficier d'une contrepartie financière. Pourquoi accepte-t-il une telle atteinte à sa liberté de travailler ? Parce que cette atteinte est rémunérée. Dès lors, l'absence de contrepartie pécuniaire entraîne l'absence de cause et donc la nullité de la clause. Dans cette perspective, la contrepartie financière n'a aucune vertu réparatrice et il faut alors reconnaître qu'elle n'a d'indemnitaire que le vocabulaire que les juges utilisent pour la caractériser.

Ce même raisonnement était utilisé pour décider que la présence d'une clause de non-concurrence nulle dans le contrat de travail cause un préjudice. De la présence d'une clause illicite dans le contrat se déduisait le préjudice.

211. Aujourd'hui, ce postulat est, toutefois, remis en cause[1027]. Si désormais, la seule clause de non-concurrence nulle ne suffit plus à présumer le préjudice réparable, il appartient au salarié de démontrer en avoir effectivement subi un.

C'est dans une approche contractuelle que la faculté de justifier du préjudice peut se trouver. Comment la présence d'une clause de non-concurrence sans cause dans un contrat de travail est-elle sanctionnée ? Les règles du droit des obligations répondent par

---

[1023] J. Mouly, note sous Cass. soc., 15 janvier 2014, *op. cit.*, p. 288.
[1024] G. Cornu (sous. dir. de), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V. cause.
[1025] Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, 13é éd., Lexis Nexis, Paris, 2014, p. 240.
[1026] Avant-projet Catala, art. 1124
[1027] Cass. soc., 25 mai 2016, n° 14-20578, *à paraître*, *JCP* S 2016.220 ; *D*. 2016, p. 1205; *JCP* S 2016.220 ; *JCP* S 2016.1213, obs. G. Turpin.

la nullité de l'engagement sans cause[1028]. S'en suivent deux conséquences dont l'une pourrait sans doute justifier l'attribution de dommages-intérêts au salarié. L'annulation produit toujours le même effet : l'anéantissement du contrat[1029] qui emporte droit aux restitutions[1030]. « *Il faut refaire le contrat à l'envers. C'est dire que chacune des parties devra restituer à l'autre ce qu'elle a reçu* »[1031]. Or, face à une clause qui n'a jamais été exécutée, à quelle restitution pourrait prétendre le salarié ? Si l'on sait que les obligations de faire peuvent être restituées en valeur[1032], il faudrait admettre que la seule présence de la clause nulle dans le contrat corresponde à l'exécution d'une obligation méritant d'être compensée en valeur. Plutôt que de forcer le mécanisme de la restitution, n'oublions pas que « *l'annulation peut fort bien causer un préjudice qui ne soit pas réparé par le jeu des restitutions. Par exemple, […] les règles relatives aux restitutions n'ont pas permis d'indemniser l'une des parties du dommage qu'elle a subi* »[1033]. La victime, en l'espèce le salarié, peut donc demander des dommages-intérêts[1034] sur le fondement de l'article 1240[1035] du Code civil, en démontrant que l'employeur a commis une faute. La faute en question serait celle d'avoir inséré une clause dans le contrat alors qu'il connaissait ou qu'il aurait dû connaître le vice qui l'affectait. Il peut donc y avoir un préjudice en présence d'une clause de non-concurrence illicite dans le contrat. Toutefois, ce préjudice est soumis à la démonstration d'une faute de l'employeur dans la rédaction du contrat de travail. Jusqu'à présent pourtant, jamais il n'était fait mention du comportement de l'employeur dans les solutions des juges. Il faudra désormais procéder différemment. Cette façon de postuler le préjudice réparable du seul fait de la présence de la clause est révolue. Elle illustrait pourtant un enjeu important : le préjudice était le prétexte d'une

---

[1028] M. Mekki, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, p. 679.

[1029] A. Piedelièvre, « Quelques réflexions sur la maxime "Quod nullum est, nullum producit effectum" », *in Mélanges offerts à M. le Professeur Voirin* , LGDJ, Paris, 1966, p. 638.

[1030] H. Boucard, « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause », *RDC* 2013, p. 1669.

[1031] Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations, op. cit*., p. 307.

[1032] V. notamment, Cass. soc., 7 novembre 1995, n° 96-18620, *Bull. civ*. V, n° 292, *JCP* G 1996.II.22626, note B. Petit et M. Picq, « *attendu qu'un contrat atteint de nullité étant réputé n'avoir jamais eu d'existence les choses doivent, dans l'hypothèse où il a été exécuté, être remises dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant cette exécution ; que, lorsque cette remise en état se révèle impossible en raison de la nature des obligations résultant du contrat, la partie qui a bénéficié d'une prestation qu'il ne peut restituer doit s'acquitter du prix correspondant à cette prestation* ».

[1033] Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations, op. cit*., p. 315.

[1034] D. Houtcieff, « Les sanctions de la formations du contrat », *in* (P.) Rémy-Corlay, (D.) Fenouillet, (sous la dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2013, p. 115.

[1035] Anc. art. 1382 C. civ.

condamnation de l'employeur. La même idée se retrouve lorsque les juges découvrent un préjudice réparable alors même qu'il n'y a pas de fait générateur dommageable.

2) Un préjudice sans fait générateur dommageable

212. La position de la chambre sociale en ce qui concerne la perte d'avantages individuels acquis illustre une hypothèse singulière : celle d'un préjudice sans fait générateur dommageable.

Lorsque l'employeur dénonce un accord collectif, le salarié bénéficie du maintien des avantages acquis par cet accord. Or, ces avantages au bénéfice de certains salariés peuvent créer une différence de traitement avec les nouveaux salariés, qui, en raison de la date de leur embauche, ne bénéficient pas des mêmes avantages. Y'a-t-il alors une différence de traitement entre les salariés[1036], et plus particulièrement rupture du principe « à travail égal, salaire égal »[1037] ? Les juges ont précisé que « *la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux* »[1038], renvoyant à une « *exigence d'éléments concrets, tangibles, susceptibles de justifier* in concreto *une différence de rémunération* »[1039]. Parmi ces éléments, on trouve la prise en compte de l'application de l'article L. 2261-13 du Code du travail ,qui garantit aux salariés le maintien des avantages individuels acquis lorsque l'accord d'entreprise est mis en cause à la suite de la fusion de leur entreprise[1040].

C'est dans le cadre de cette jurisprudence que la chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé « *qu'au regard de l'application du principe "à travail égal, salaire égal", la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un accord collectif ne saurait justifier des différences de traitement entre eux, à la seule exception de celles résultant, pour les salariés engagés avant la dénonciation, des avantages individuels acquis par ces derniers, […], lesquels ont pour objet de*

[1036] Art. L. 1133-1 C. trav. Sur cette notion, V. A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc*. 2004, p. 694 ; S. Laulom, « Égalité de traitement entre les personnes : une directive de trop ? », *RDT* 2009, p. 8 ; J. Porta, « Discrimination, égalité et égalité de traitement », *RDT* 2011, p. 290.
[1037] Cass. soc., 29 octobre 1996, n° 92-43680, *Bull. civ*. V, n° 359, *RJS* 12/1996, n° 1272 ; *D*. 1998, p. 259, obs. M.-T. Lanquetin ; *Dr. soc*. 1996, p. 1013, obs. A. Lyon-Caen ; Cass. soc., 15 décembre 1998, n° 95-43630, *Bull. civ*. V, n° 551, *RJS* 4/1999, n° 513 ; *Dr. soc*. 1999, p. 187, obs. J. Savatier.
[1038] Cass. soc., 4 mars 2003, n° 01-46219 et n° 01-46220.
[1039] Ch. Radé, obs. sous Cass. soc., 21 février 2007, n° 05-43136, *Dr. soc.* 2007, p. 647.
[1040] Cass. soc., 11 janvier 2005, n° 02-45608, *Bull. civ*. V, n° 2, *Dr. soc.* 2005, p. 323, obs. Ch. Radé.

compenser, en l'absence de conclusion d'un accord de substitution, le préjudice qu'ils subissent du fait de la dénonciation de l'accord collectif dont ils tiraient ces avantages »[1041]. Le recours à la réparation d'un préjudice peut surprendre. La chambre sociale de la Cour de cassation semble en effet retenir un préjudice pour les salariés « *du fait de la dénonciation de l'accord collectif dont ils tiraient ces avantages* ». Certes, les salariés ont subi « *une perte, un manque à gagner salarial* »[1042], un préjudice au sens commun. Est-il pour autant un préjudice juridiquement réparable ?

L'article L. 2261-13 du Code du travail vise à « *permettre aux salariés de conserver certaines garanties acquises sous l'empire de l'accord collectif dénoncé, garanties pérennisées par le truchement du mécanisme de l'incorporation. Le législateur, corroboré par la jurisprudence a organisé un système de garanties et non de responsabilité. Le motif de réparation, auquel recourt la Chambre sociale nous paraît donc revêtir un caractère pour le moins discutable, laissant transparaître une conception singulière de la notion de préjudice réparable* »[1043]. La Chambre sociale utilise donc le terme préjudice dans son sens commun, étranger au droit. « *Comment le fait de dénoncer régulièrement un accord collectif pourrait entraîner la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé* »[1044] ? La notion de préjudice est utilisée pour justifier la solution qui, en fait, est à saluer.

213. Aujourd'hui, toutefois, cette thèse relative à l'existence d'un préjudice postulé tend à disparaître. « *Le pragmatisme est une belle chose, mais la souplesse des concepts civilistes a aussi ses limites* »[1045], à moins que l'on puisse ajouter la peine privée au rang des concepts civilistes officiellement admis en droit français.

B. Une peine privée comme objectif

214. La doctrine ne manque pas de réaction face à ces préjudices réparables automatiques. Les auteurs y voient différents mécanismes juridiques : stratégie indemnitaire[1046], confirmation d'une analyse des juges fondée sur l'équilibre économique

[1041] Cass. soc., 11 juillet 2007, n° 06-42128 à 06-42152, *Bull. civ*. V, n° 119, *RDT* 2007, p. 661, obs. G. Pignarre.
[1042] Ch. Radé, obs. sous Cass. soc., 21 février 2007, *op. cit*., p. 648.
[1043] G. Pignarre, note sous Cass. soc., 11 juillet 2007, *op. cit*., p. 663.
[1044] *Ibid*.
[1045] Ph. Stoffel-Munck, obs. sous Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-45546, *JCP* G 2006.I.166, n° 3.
[1046] G. Loiseau et A. Martinon, Éditorial, *Cah. soc*. 2015, n° 279, *op. cit*.

du contrat de travail[1047], argument en faveur de l'unité du dommage et de l'inexécution en matière contractuelle[1048], manifestation de la cessation de l'illicite[1049], moyen d'assurer l'efficacité de certaines règles que le juge entend défendre[1050], ou encore sanction civile[1051].

215. Les juges, quant à eux, sont tenus de respecter le schéma classique et de réparer un préjudice. Les condamnations à des dommages-intérêts indemnitaires supposent l'existence d'un préjudice. Alors chaque fois que les juges décident que la situation a « nécessairement » causé un préjudice au salarié, ils prononcent une mesure de réparation tournée vers le préjudice. Jamais ce dernier n'est nié comme condition de la réparation.

Or, il faut bien avouer que lorsque le juge le considère réparable sans autre appréciation de ces qualités, il ne cherche plus seulement sa réparation. Il le constate simplement pour justifier une condamnation qu'il dirige, en réalité, contre le fait générateur. Ce dernier est une illicéité : violation d'un droit subjectif ou inexécution d'une obligation contractuelle qu'il faut sanctionner. Dès lors, inexécution, illicéité et réparation se confondent. Pour autant, la mesure prononcée par le juge ne fait pas cesser l'illicéité puisque l'employeur est condamné à payer des dommages-intérêts qui ne permettent pas de satisfaire l'obligation violée. Ces derniers viennent compenser l'atteinte au droit du salarié, sans lui être proportionnelle. C'est en cela qu'ils se confondent avec une peine privée.

216. La technique de la présomption est donc utilisée par les juges pour assurer la réparation de certains préjudices, mais aussi pour assurer la présence d'un responsable, voire le punir.

En responsabilité délictuelle, cette volonté a déjà conduit à l'élaboration d'une présomption « instrumentalisée ». Les juges ont ainsi présumé la responsabilité des père et mère du fait de leur enfant[1052] avant d'invoquer, explicitement, une responsabilité de

---

[1047] Isabelle Beyneix, note sous Cass. soc., 11 janvier 2006, *op. cit.* ; V. aussi, G. Canivet, « L'approche économique du droit par la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc*. 2005, p. 951.

[1048] Ch. Radé, « Fasc. 10. Droit à réparation », *JCl Code civil, art. 1146 à 1155*, n° 10 : « *En droit du travail, par exemple, la chambre sociale de la Cour de cassation affirme fréquemment que le non-respect de certaines prérogatives reconnues au salarié lui cause nécessairement un préjudice qu'il appartient aux juridictions du fond de réparer. Le manquement à la parole donnée n'est-il pas au moins aussi condamnable que la violation de l'obligation de proposer au salarié le bénéfice d'une convention de conversion ? »*

[1049] C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, *op. cit*, p. 334.

[1050] A. Charbonneau et J. Porta, « Avant-propos », *in* Colloque *Préjudices et Indemnisation en droit social*, *Dr. ouvr*. 2015, p. 437.

[1051] M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail*, *op. cit.*, p. 340 et s.

[1052]Cass. ass. plén., 9 mai 1984, n° 79-16612, *Bull. ass. plén*. n° 4, arrêt *Fullenwarth*, *D*. 1984, p. 525, concl. M. Cabannes, note F. Chabas. Les juges décident « *pour que soit présumée, sur le fondement de*

plein droit[1053]. Ce faisant, « *le juge ne cherche pas à aménager le régime probatoire du dommage, il élabore une véritable règle de fond en aggravant la responsabilité mise à la charge de l'auteur de la faute* »[1054].

Cette appréciation de la règle jurisprudentielle, non plus seulement présomption mais règle de fond existe donc, et pourrait être étendue en droit du travail. Ainsi, en reconnaissant un préjudice constitué par la perte d'une « *possibilité de représentation et de défense de leurs intérêt* »[1055], le non-respect par l'employeur de la réglementation en matière de représentation des salariés peut donner lieu à une réparation automatique. Le demandeur est écarté de l'appréciation des juges, puisqu'il est constaté un préjudice « aux salariés », sans qu'aucune individualisation ne soit effectuée. L'article 1382 du Code civil[1056] inséré au visa, éloigne l'idée d'une responsabilité contractuelle et favorise une responsabilité délictuelle engagée par la violation du droit des salariés de participer à la vie collective de l'entreprise. C'est donc la violation d'un droit subjectif qui engendre la réparation d'un préjudice présumé. Le procédé ressemble à celui utilisé pour sanctionner les atteintes au droit à la vie privée, qui se dispensent de preuve d'un préjudice réparable.

Sous couvert de réparation, à défaut de disposer d'un fondement autorisant expressément la peine privée, les juges sanctionnent en réalité un comportement. En usant d'un fondement inadapté, leur condamnation tend à atteindre la notion de préjudice, là où elle devrait dépendre du comportement en cause. L'hypothèse du dommage subi par la collectivité illustre parfaitement les risques d'une telle déformation. L'employeur risque une condamnation autant de fois qu'il emploie de salariés, puisque le dommage collectif cause un préjudice individuel. Le droit ne permet pas la sanction du comportement de l'employeur, il oblige à utiliser la voie de la responsabilité, et puisqu'il le faut, le préjudice individuel est postulé de façon à s'assurer que l'employeur sera sanctionné. Les juges du fond sont contraints de procéder ainsi, au risque de recevoir la censure de la Cour de cassation, qui ne peut cautionner les décisions fondées sur la gravité, ou la

---

l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, la responsabilité des père et mère d'un mineur habitant avec eux, il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime » et mentionnent donc, expressément, la présomption.

[1053] Cass. civ., 2ème, 19 février 1997, n° 94-21111, *Bull. civ*. II, n° 56, *D*. 1997, p. 265, obs. P. Jourdain ; *D*. 1997, p. 279, chron. Ch. Radé ; *D*. 1997, p. 290, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ*. 1997, p. 648, obs. J. Hauser ; *RTD* civ. 1997, p. 668, note P. Jourdain ; *JCP* G 1997.II.22848, concl. R. Kessous, note G. Viney.

[1054] G. Viney, note sous Cass. civ., 2ème, 19 février 1997, *op. cit*.

[1055] Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12852, *Bull. civ*. V, n° 108, *JCP* S 2011.1419, note J.-Y. Kerbouc'h ; *JCP* G 2011.1333, note Ph. Stoffel-Munck.

[1056] Nouv. art. 1240 C. civ.

légèreté de la faute[1057]. Paradoxalement, ils restent libres de l'évaluation du montant des dommages-intérêts. Affirmant que « *le juge justifie l'existence du dommage par la seule évaluation qu'il en fait sans être tenu de préciser les éléments ayant servi à en déterminer le montant* »[1058], la Cour de cassation refuse, en principe, de contrôler les méthodes et les bases d'évaluation des juges du fond, leur laissant le loisir de prononcer des dommages-intérêts supérieurs au seul préjudice subi. Autrement dit, n'affichons pas la sanction du comportement, mais traduisons-là par l'octroi de dommages-intérêts au montant important, qui réparent un préjudice postulé.

217. En imposant désormais, la démonstration du préjudice réparable, le problème de la réparation ne sera pas résolu. Un préjudice moral pourra être défendu et les juges du fond l'évalueront souverainement. Comme si coexistaient au moins deux sortes de préjudice moral : « *un préjudice moral abstrait, toujours présent ; un préjudice moral concret, souverainement apprécié et éventuellement nul […]. Tout cela paraît laisser la part bien belle à la subjectivité du juge* »[1059]. Une telle instrumentalisation de la notion de préjudice ne sert qu'à retarder l'admission de véritables peines privées[1060].

218. Certaines valeurs abritées par la règle violée, telle que la dignité de la personne humaine en matière médicale, justifient en effet le prononcé d'une condamnation systématique de l'auteur de la faute. « *En droit du travail, il est probable que la Cour de cassation cherche [aussi] à dissuader l'employeur d'exercer son "privilège du préalable", tendance consistant à s'affranchir des obligations que la loi lui impose en pariant sur la très probable inertie contentieuse du salarié. Ce faisant, l'autorité de la règle se voit renforcée par l'aggravation de la responsabilité de l'employeur ayant manqué à certaines obligations légales* »[1061]. Il y a là une part certaine d'instrumentalisation du préjudice réparable. Il n'est qu'un outil pour atteindre un objectif différent de la réparation. Que la volonté de sanctionner l'employeur impulse une meilleure réparation des préjudices pour les salariés est un effet positif, mais que la confusion entre peine privée et réparation du préjudice soit maintenue ne peut être souhaitée. Il est important de redonner aux préjudices l'intégralité de ses qualités. Et il

---

[1057] Cass. civ., 2ème, 8 mai 1964, *Bull. civ*. II, n° 358, *JCP* 1965.II.14140, note P. Esmein ; *RTD civ.* 1965, p. 137, n° 20, obs. R. Rodière : « *le jugement, qui constate la faute, n'avait point, pour évaluer le montant des dommages-intérêts, à prendre en consideration la gravité de ladite faute* ».
[1058] V. par ex., Cass. ass. plén., 26 mars 1999, n° 95-20640, *Bull. ass. plén*. n° 3, *JCP* G 2000.I.199, n° 12, obs. G. Viney.
[1059] Ph. Stoffel-Munck, « Chronique de responsabilité civile », *JCP* G 2010.1015
[1060] Sur la notion et le régime de la peine privée, *cf. infra*, p. 303.
[1061] L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », *op. cit*., spéc. p. 282.

n'est pas interdit d'imaginer un cumul de la peine privée et de la mesure de réparation, sans que soit affectée la définition du préjudice réparable.

Il nous semble, en effet, que l'affirmation d'un droit à réparation s'impose en droit du travail, « *dès lors que la règle a pour fonction de protéger le salarié contre des décisions de l'employeur susceptibles non seulement d'affecter directement son emploi, dans ses conditions d'exercice ou dans son existence, mais encore de porter atteinte à sa personne. De surcroît, le caractère d'ordre public de ces règles justifie particulièrement cette conception* »[1062]. Il y a derrière les dispositions du Code du travail, les droits et libertés des salariés auxquels peut porter atteinte l'employeur[1063]. Il faut alors admettre la violation du droit du salarié consomme une illicéité qui donne lieu à une peine privée, complétée par une mesure de réparation le cas échéant. Mais en l'état du droit positif, le prononcé d'une peine privée étant officiellement interdit, c'est la réparation qui supporte le tout, dénaturant le préjudice réparable. Si elle a pu paraître un temps, sacrifiée sur l'autel de la réparation[1064], la fonction punitive de la responsabilité retrouve ici une certaine vigueur. Cette force ne doit pas se faire au sacrifice de la notion de préjudice.

219. Conclusion du chapitre.

« *Sous couvert de la protection d'intérêts privés et de la réparation de préjudices individuels, […] la Cour de cassation s'emploie parfois à définir une police des comportements en stigmatisant ceux qui faussent le jeu normal de la concurrence ou en jugulant les mauvaises pratiques des organes de presse en matière d'atteinte à la vie privée* »[1065]. Les techniques civilistes ont ainsi permis l'essor du préjudice présumé. La même évolution est à l'œuvre en droit du travail. Ainsi, la qualification d'obligation de résultat nourrit un important débat autour de l'obligation de sécurité. Elle a été le support d'une reconnaissance de multiples préjudices, mais atteint aujourd'hui ses limites. Face à l'ampleur prise par cette obligation, les juges de la chambre sociale de la Cour de

---

[1062] M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail, op. cit*., p. 63.
[1063] Malgré quelques « scrupules », le Président Sargos rappelle en effet que « *le contrat de travail met en présence – sauf rares cas d'espèce – des parties fondamentalement inégales, inégalité encore aggravée en période de fort chômage* ». Il cite, pour justifier le propos, la CJCE dans son arrêt *Pfeiffer* du 5 octobre 2004, n° C 397/01, n° 82 : « *le travailleur doit être considéré comme la partie faible au contrat de travail, de sorte qu'il est nécessaire d'empêcher que l'employeur dispose de la faculté de circonvenir la volonté du cocontractant ou de lui imposer une restriction de ses droits sans que ce dernier ait manifesté explicitement son consentement à cet égard* ».
[1064] S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, op. cit*., n° 3.
[1065] L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », *op. cit*., spéc. p. 298.

cassation ont freiné son essor, en revenant à une présomption simple de préjudice réparable. L'employeur peut apporter la preuve de diligences de prévention suffisantes. La charge de la preuve reste donc posée sur l'employeur, qui doit justifier de ses actions au plan organisationnel, technique et humain, et de leur caractère adapté au risque. Il n'empêche que la présomption irréfragable disparaît, emportant avec elle une part de la singularité travailliste. La même logique est à l'œuvre en ce qui concerne le préjudice « nécessairement » causé. Ce préjudice, présumé réparable, marquait la différence du droit du travail depuis une dizaine d'années. La chambre sociale de la Cour de cassation revient aujourd'hui sur sa solution, et prône un retour à l'orthodoxie civiliste. Enfin, le même recul se ressent à travers les solutions adoptées pour le préjudice d'anxiété des salariés. Il n'est désormais présumé qu'à l'égard des salariés bénéficiant de l'ACAATA.

Le droit du travail connaissait diverses présomptions de préjudices qui participaient à donner une importance soutenue à certaines règles. Savoir que le non-respect d'une règle est automatiquement sanctionné – en l'espèce, par la condamnation à réparer un préjudice – renforce la valeur contraignante de la règle, et incite à la respecter. En affirmant désormais, que le non-respect de la règle par l'employeur n'a de conséquence que si le salarié démontre un préjudice, la chambre sociale de la Cour de cassation réduit, en partie, la substance et la force de cette règle. Ce retour à la tradition fait ainsi perdre au droit du travail une de ses spécificités. Plus encore, il condamne le débat autour des raisons de ces présomptions. La découverte de ces préjudices automatiques imposait la condamnation de l'employeur sans égard aux qualités du préjudice. On pouvait leur reprocher d'utiliser le préjudice réparable comme fondement d'une punition, mais ils ouvraient le débat sur la fonction punitive de la responsabilité. En annihilant cette jurisprudence, c'est donc tout un argument en faveur de la peine privée qui disparaît.

Malgré quelques présomptions légales de dommage qui s'inscrivent encore en marge du droit commun, le droit du travail efface ses différences, et soumet la victime à la charge de la preuve de son préjudice réparable. Est-ce bien le seul obstacle que les victimes, en droit du travail, aient à connaître ?

Chapitre 2. La réparabilité entravée

220. La preuve des qualités du préjudice repose sur le demandeur et constitue, pour toutes les victimes, un « obstacle » à la démonstration du préjudice réparable. Ce qui intéresse cette étude n'est pas tant les moyens de preuve de ces qualités, que de savoir si d'autres obstacles entravent la démonstration du préjudice réparable[1066]. La prescription, ou les causes d'exonération de responsabilité sont, par exemple, des obstacles que toutes les victimes, tant en droit civil qu'en droit du travail, peuvent rencontrer. En revanche, le droit du travail connaît aussi des immunités qui protègent certains auteurs de dommage. Tous ces obstacles intéressent-ils le préjudice réparable, ou seulement l'action en réparation ?

Il convient de s'intéresser aux obstacles qu'une victime peut rencontrer afin de distinguer ceux qui sont seulement formels, et ceux qui affectent effectivement le droit à réparation et la reconnaissance du caractère réparable du préjudice. Seuls ces derniers sont de véritables obstacles à l'admission du préjudice réparable (Section 1). Si de vrais obstacles apparaissent, il faudra alors se demander si les juges parviennent à en atténuer leurs effets, en admettant plus ou moins leurs remèdes (Section 2).

Section 1. Les obstacles au caractère réparable du préjudice

221. Les obstacles à l'action en réparation du préjudice n'affectent pas forcément sa réparabilité. Certains mécanismes, que l'on a pu supposer comme atteignant la reconnaissance du préjudice réparable, ne sont en réalité que des freins à l'action en réparation (§1). D'autres, en revanche, s'inscrivent comme de véritables obstacles à la reconnaissance du préjudice réparable (§2).

[1066] En dehors de la preuve du fait générateur et du lien de causalité.

§1. Des obstacles supposés

222. Certaines situations consacrent la présence d'un préjudice réparable qui n'accèdera pas à la réparation. Ce ne sont pas les conditions de sa reconnaissance qui font défaut mais le prononcé de la mesure de réparation qui est impossible. Il en est ainsi lorsqu'une clause d'exonération a été insérée au contrat (A). Le préjudice reste aussi sans réparation lorsque l'action est prescrite. Dans cette hypothèse, la question du préjudice réparable se pose avec plus de vigueur : la prescription atteint-elle l'action ou le droit à réparation (B) ?

A. Les clauses d'exonération

223. Les conventions relatives à la responsabilité peuvent porter sur le principe même du « *droit aux dommages –intérêts* »[1067] en élargissant la responsabilité du débiteur ou au contraire en l'annihilant. Leur validité est acquise par principe, puisque nul texte ne les interdit. En revanche, les juges remettent en question leur efficacité, afin de ne pas laisser lieu à des abus condamnant tout espoir de réparation pour certains contractants. Le législateur va encore plus loin en prohibant l'introduction de telles clauses dans certains contrats[1068].

Le Code du travail ne dit rien de ces clauses élusives de responsabilité. Pourtant, elles ne trouvent pas leur place dans le contrat de travail. D'abord, il est interdit au salarié de renoncer par avance « *au droit de se prévaloir des règles relatives au licenciement* »[1069]. Reste à savoir si les autres droits du salarié pourraient faire l'objet d'un aménagement conventionnel. Le salarié peut-il renoncer au paiement de son salaire ? De ses heures supplémentaires ? De la protection liée au mandat représentatif ? Ces questions semblent résolues par l'interdiction énoncée à l'article 6 du Code civil. Puisqu' « *on ne peut*

[1067] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, vol. II, *op. cit*., n° 1094.

[1068] Art. 103 C. com., pour le contrat de transport terrestre de marchandise ; art. 1792-5 C. civ., pour le contrat de construction ; art. L. 212-1 C. conso. pour les contrats conclus entre un professionnel et un non-professionnel.

[1069] Cass. soc., 13 février 2002, n° 99-46138, les juges rappèlent ainsi la règle de l'art. L. 1231-4 C. trav. (anc. art. L. 122-14-7 C. trav.). Ce texte ne reçoit que peu d'application, V. néanmoins, Cass. soc., 16 février 1994, n° 91-45745, *Bull. civ*. V, n° 57, *RJS* 4/1994, n° 372, pour le droit aux indemnités de rupture du contrat de travail ; Cass. soc., 18 mai 1999, n° 97-40686, *RJS* 5/1999, n° 1251, pour le droit à l'indemnité compensatrice de préavis ; Cass. soc., 23 janvier 2007, n° 05-43473, *RDT* 2007, p. 176, note Ph. Waquet, pour le droit au bénéfice des règles en matière de licenciement, également rappelé dans Cass. soc., 18 décembre 2013, n° 12-17925, *RJS* 3/15, n° 213.

déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », le salarié ne pourra pas renoncer par avance aux dispositions d'ordre public contenues dans le Code du travail[1070], en consentant à l'insertion d'une clause limitative de responsabilité de l'employeur. Ce dernier ne peut limiter sa responsabilité en tentant, notamment, de faire échec aux dispositions protectrices exorbitantes du droit commun des représentants du personnel[1071], ou à un statut réglementaire[1072]. En revanche, l'on peut imaginer que l'employeur renonce à ses droits en insérant une clause qui élude la responsabilité du salarié, même en cas de faute lourde[1073].

224. L'absence de clauses limitatives de responsabilité, en droit du travail, n'importe que peu, finalement. Elles n'affectent pas la réparabilité du préjudice. Elles attestent, au contraire, de son caractère réparable, puisqu'elles sont insérées au contrat pour, précisément, faire échapper à la réparation[1074]. Et c'est bien parce que le préjudice est *a priori* réparable, que les contractants aménagent la responsabilité. Ces clauses jouent donc sur l'action en réparation. Le préjudice ne sera pas réparé parce que les parties en ont décidé autrement. Elles illustrent alors l'hypothèse d'un préjudice réparable, qui reste non réparé[1075].

Le choix de la qualification, entre obstacle de fond et obstacle processuel, est, en revanche, moins facile à faire s'agissant de la force de la prescription.

B. L'influence de la prescription

225. En droit français, il existe une action en responsabilité contractuelle et une action en responsabilité délictuelle. Entre employeurs et salariés, le fondement de la demande sera, le plus souvent, contractuel[1076]. Les juges distinguent alors deux types d'actions,

---

[1070] Sur l'ordre public social, V. le rapport annuel de la C. cass., 2014, p. 301 et s. ; V. aussi N. Meyer, *L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ, Paris, 2006 ; F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, Paris, 2007 ; « Retour sur l'ordre public en droit du travail et son application par la Cour de cassation », *BICC* avril 2011, p. 6 ;

[1071] V. par exemple, Cass. soc., 3 avril 2001, n° 98-46419, *Bull. civ*. V, n° 118 ; Cass. soc., 5 février 2002, n° 99-45861, *Bull. civ*. V, n° 54, *RJS* 4/02 n° 457 ; Cass. soc., 30 juin 2004, n° 01-46372.

[1072] Cass. soc., 8 avril 2009, n° 08-40547, *Bull. civ*. V, n° 111, *D*. 2009, p. 1360.

[1073] Une telle clause reste toutefois peu imaginable en pratique.

[1074] Hormis les hypothèses de nullité de la clause.

[1075] Ce qui permet, une fois de plus, d'affirmer que la réparation ne conditionne pas la réparabilité et justifie l'étude distincte de ces deux états du préjudice.

[1076] Mais l'action déclictuelle subsiste, V. par ex. celle du candidat à l'emploi évincé, Cass. soc., 5 juillet 2011, n° 10-30752.

contractuelle[1077] ou indemnitaire. La recevabilité de cette dernière suppose la réunion de trois conditions : un fait générateur, un préjudice, liés par un lien de causalité. Or, si le délai de prescription est atteint, que devient ce préjudice ? La prescription rend-t-elle le préjudice irréparable ou est-ce seulement l'action en réparation qui disparaît ? Autrement dit, la prescription atteint-elle le caractère réparable du préjudice ou seulement l'action en réparation ?

226. La question résonne en droit commun, il s'agit du débat autour de la nature de la prescription[1078]. Deux thèses sont ainsi soutenues[1079], la thèse « processualiste »[1080] lorsque la prescription supprime le droit d'agir en justice, sans éteindre le droit, et la thèse « substantialiste » lorsque la prescription, en plus de l'action, éteint le droit[1081]. Conciliant les deux thèses, la prescription est, pour certains, « *la faculté offerte au débiteur de s'opposer à toute prétention de son créancier tendant au paiement de sa créance* »[1082].

La réforme de la prescription en 2008 n'aura pas choisi[1083]. L'article 122 du Code de procédure civile mentionne la prescription parmi les fins de non-recevoir qui tendent « *à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir* ». La prescription semble donc supprimer l'action. Pourtant, l'article 1234 du code civil disposait[1084] que « *les obligations s'éteignent […] par la prescription* ». La thèse substantielle retrouvait un argument[1085]. L'article 2219 du Code civil, tel qu'il ressort de la réforme de 2008 ne résout pas le débat. Il dispose : « *la prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ». Bien que la formule semble consacrer la thèse

[1077] Une demande en paiement de salaire par exemple, Cass. soc. 24 avril 2013, n° 12-10197. Cette action n'est pas soumise aux délais de prescription de l'action en responsabilité et le point de départ court à compter du jour où le salaire devient exigible.
[1078] V. not., P. Courbe (sous la dir.), *Les désordres de la prescription*, Publications de l'Université de Rouen, 2000.
[1079] J. Huet et T. Lamarche, « Extinction du droit de créance ou prescription de l'action : *what a question* ! », *JCP* E 2012.1529, spéc. n° 2.
[1080] J. Carbonnier, « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ*. 1952, p. 176 ; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, t. II, 1er vol. Obligations, théorie générale*, 7ème éd., Montchrestien, Paris, 1986, n° 1187.
[1081] M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, LGDJ, Paris, 1996, n° 44.
[1082] J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Traité de droit civil, (sous la direction de J. Ghestin) – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, Paris, 2005, n° 1115.
[1083] C. Brenner, « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *RDC* 2008, p. 1422.
[1084] Il a été abrogé par l'ordonnance du 10 février 2016.
[1085] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1504.

substantielle[1086], l'article ne précise pas le droit dont il est question, or, il peut s'agir du droit d'action. En droit international privé, l'article 2221 du Code civil est appliqué, il énonce seulement que « *la prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte* ». Là encore, aucune précision du droit en cause n'est donnée.

En revanche, l'article 2249 du Code civil ne prévoit pas la répétition du paiement effectué pour éteindre une dette « *au seul motif que le délai de prescription était expiré* ». La dette est donc présumée subsister à la prescription, en tant qu'obligation naturelle. Le droit ne serait pas atteint, mais seulement l'action devenue impossible. Ce dernier texte tranche-t-il le débat en faveur de la thèse processuelle ? Ou doit-il être perçu comme une exception à la thèse substantielle ? « *Le débat reste [en réalité] ouvert, ce qui n'étonne guère, les auteurs de la réforme ayant déclaré qu'ils n'entendaient pas y intervenir* »[1087].

Si la jurisprudence a pu être un temps favorable à la thèse « substantielle »[1088], elle semble revenir à une conception plus « processuelle » de la prescription[1089]. Si la prescription a joué son effet, le préjudice reste réparable mais ne peut plus être invoqué devant le juge. L'argument selon lequel le débiteur qui répare, malgré la prescription éteinte, ne peut demander la répétition de l'indu, est décisif. L'obligation naturelle qu'il a exécutée s'est en effet transformée en obligation civile. Il n'y a pas d'indu car la réparation était due dans la mesure où le préjudice a conservé les critères de réparabilité.

227. La prescription demeure toutefois liée au droit qu'elle atteint, et s'agissant du droit à réparation, l'enjeu pratique est important. Combattre la prescription, ou décider de son point de départ, permet de reconnaître le préjudice réparable entendu dans un sens large, autrement dit, le préjudice qui pourra accéder à une réparation. L'œuvre du juge peut ainsi se révéler utile à la recevabilité du préjudice réparable. La réforme des délais de prescription par la loi du 17 juin 2008[1090] a, sur ce point, renouvelé l'appréciation de la prescription par les juges. Face au rythme juridique qui s'accélère[1091], la réforme a en

---

[1086] Une thèse qui se retrouve à l'art. 2221 C. civ.

[1087] A. Hontebeyrie, « Prescription extinctive », *Répertoire Dalloz Droit civil*, n° 18. V. aussi le rapport Béteille, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, juillet 2009, n° 83, p. 32 ; Rapport d'E. Blessig, *sur la proposition de loi (n° 433) portant réforme de la prescription en matière civile*, 2008, p. 17 et 31.

[1088] Cass. civ., 5 mars 1957, *Bull. civ*. I, n° 117, *D*. 1957, p. 331; *RTD civ* 1957, p. 720, obs. P. Hébraud.

[1089] V. not., Cass. civ., 3ème, 25 avril 2007, n° 06-10283, *Bull. civ*. III, n° 61, *JCP* G 2007.IV.2090 ; Cass. civ., 2ème, 9 juillet 2009, n° 08-16894, *Bull. civ*. II, n° 194, *AJ Famille* 2009, p. 347.

[1090] L. n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *JO* n° 141, 18 juin 2008, p. 9856.

[1091] V. Ph. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (sous la dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2000 ; P. Fleury-Le Gros (sous la dir.), *Le temps et le droit*, LexisNexis, Paris, 2010 ; M. Crest, *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie*

effet diminué les délais de prescription en droit commun[1092], et plus spécialement en droit du travail[1093]. « *La question temporelle en droit du travail devient prégnante tant d'un point de vue politique que technique* »[1094]. L'action en réparation du préjudice lié à la discrimination en droit du travail a notamment suscité des réactions syndicales lors des débats. En retenant la vision « processualiste », il aurait été « *difficile d'admettre qu'un salarié puisse obtenir des dommages et intérêts qui puissent excéder, en toute hypothèse, le délai butoir* »[1095]. Le législateur a résolu la difficulté en adoptant une disposition spécifique, sous la forme de l'article L. 1134-5 nouveau du Code du travail. Le texte prévoit non seulement d'apprécier le point de départ de la prescription « *à compter de la révélation de la discrimination* », mais aussi de réparer le préjudice « *résultant de la discrimination pendant toute sa durée* ».

228. Les enjeux liés à la prescription sont donc importants, afin de reconnaître le caractère réparable d'un préjudice. Il accédera, ou non, à la réparation, selon l'appréciation du point de départ de l'action (1) ou de la mesure des effets dans le temps de cette action en réparation (2).

1) Mise en œuvre accélérée de l'action en réparation

229. La prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la vicitme[1096]. Deux contentieux illustrent l'importance de ce point de départ. Les travailleurs de l'amiante (a) et les salariés précaires (b) doivent en effet veiller à agir suffisamment rapidement pour que leur préjudice puisse être réparable.

---

générale, PUAM, 2013 ; D. Mazeaud et Ph. Dupichot (sous la dir.), *Le temps et le droit*, Dalloz, Paris, 2014 ; Rapport annuel de la Cour de casssation 201, *Le temps*, p. 125 et s.

[1092] Sur l'éventualité d'un contrôle de conformité d'un court délai de prescription à l'aune de l'article 6 §1 Conv. EDH, V. Cass. civ., 2ème, 24 janvier 2013, n° 11-22585, *Bull. civ*. II, n° 12, *D.* 2013, p. 314.

[1093] L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JO* n° 138, 16 juin 2013, p. 9958.

[1094] J. Icard, « Requalification-sanction et prescription », *Cah. soc.* avril 2015, p. 242 ; V. aussi Ch. Boillot, « Sécurisation de l'emploi et prescription des actions en justice », *Cah. soc.* juillet 2013, p. 317.

[1095] Rapport sur la proposition de loi (n° 433), adoptée par le Sénat, *portant réforme de la prescription en matière civile* par M. le député E. Blessig, Assemblée nationale, n° 847, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 avril 2008, p. 19.

[1096] Art. 2224 C. civ.

a) Le contentieux de l'amiante

230. Pour les nombreuses victimes de l'amiante, un nouveau préjudice a été reconnu, le préjudice d'anxiété[1097]. Or, le délai de prescription de droit commun a pu paraître inapproprié pour ces victimes. Bien souvent, l'exposition est antérieure à l'apparition du préjudice. « *Si bien que des parlementaires tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat ont interrogé le garde des Sceaux sur une éventuelle prorogation du délai de prescription afin de donner aux victimes de l'amiante toutes les chances de faire valoir leurs droits* »[1098]. Rejetant l'idée de dispositions dérogatoires, le ministre a rappelé que « *les actions ne se prescrivent qu'à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Le juge a un large pouvoir pour apprécier le point de départ du délai de prescription et en l'espèce pour déterminer le jour où le titulaire d'un droit était à même d'agir* »[1099]. Cette réforme de la prescription, confrontée à l'action des victimes de l'amiante, devait dont être complétée par l'appréciation du juge, de façon à s'assurer que le droit des victimes à un procès équitable soit respecté[1100].

Il fallait que le juge connaisse le point de départ du délai de prescription, autrement dit, qu'il apprécie à partir de quand les victimes ont eu connaissance des faits leur permettant d'agir. Cette connaissance des faits suppose que « *seule l'ignorance des faits justifie le report du point de départ de la prescription et que l'ignorance du droit, puisque nul n'est censé ignorer la loi, ne peut interférer dans le déclenchement de la prescription* »[1101].

231. Suivant le bon sens du Président Sargos, pour qui marque le point de départ de la prescription « *le jour où une personne connaît tous les éléments lui permettant d'agir contre celui à l'encontre duquel elle prétend avoir un droit* »[1102], la Cour de cassation a

---

[1097] Cass. soc., 11 mai 2010, préc.

[1098] B. Aldigé, avis à propos de Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-19263 à n° 13-19273, *JCP* G 2014.1342.

[1099] V. Peillon au nom de Ch. Taubira, Sénat, séance du 18 décembre 2012, Question n° 156 de Mme Michelle Demessine.

[1100] L'enjeu était important, puisque la Cour Européenne des Droits de l'Homme avait condamné la Suisse, jugeant que l'application stricte du délai de prescription dans les cas de maladies liées à l'amiante violait l'article 6§1, de la Convention EDH, relevant notamment que « *la période de latence des maladies liées à l'exposition à l'amiante peut s'étendre sur plusieurs décennies* », ce délai comparé au délai de prescription de l'action (10 ans en l'espèce) semble disproportionné et aura sans doute pour effet de prescrire la plupart des actions en réparation (§74). Elle ajoute que « *lorsqu'il est scientifiquement prouvé qu'une personne est dans l'impossibilité de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie, une telle circonstance devrait être prise en compte pour le calcul du délai de péremption ou de prescription* » (§78).

[1101] T. Pasquier, « La Cour de cassation gardienne de la prescription », *SSL* 2013, n° 1608, p. 4.

[1102] P. Sargos, « La fixation du point de départ de la prescription en matière d'assurance », *JCP* G 1998.I.130, n° 31.

décidé que les salariés avaient effectivement connaissance du risque de contracter une maladie liée à l'amiante, autrement dit subissait un préjudice d'anxiété, à compter du jour où l'entreprise dans laquelle il ont travaillé était inscrite dans l'arrêté ministériel permettant la mise en œuvre de l'ACCATA[1103]. Rompant avec le traditionnel point de départ de la prescription, fixé au jour de la rupture du contrat, les juges illustrent leur pouvoir d'appréciation quant à la recevabilité des actions en réparation. Ils participent ainsi à la reconnaissance du préjudice réparable, en laissant un préjudice accéder à la réparation.

b) Le contentieux de la requalification

232. La prescription apparaît également comme une problématique importante dans le contentieux de la requalification des contrats précaires. Peu étudiée[1104], car ne présentant qu'un intérêt limité puisque soumise au délai de prescription de droit commun[1105], la question se révèle aujourd'hui plus intéressante[1106]. L'action en requalification est désormais soumise à la prescription biennale. La loi du 14 juin 2013 a introduit l'article L. 1471-1 dans le Code du travail selon lequel, « *toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit* ». Bien que le délai de prescription de droit commun soit de cinq ans, la loi spéciale déroge à la loi générale[1107], et les actions en requalification sont donc soumises au délai de deux ans. La réduction du délai de prescription est impressionnante et « *conduira à l'avenir les salariés à agir en matière de requalification pour revendiquer leurs droits pendant la relation de travail, là où, autrefois, ils agissaient, le plus souvent, à l'issue de la relation de travail* »[1108]. La question se pose alors de connaître le point de départ de cette prescription, car « *qu'importe la durée, dès lors qu'on a le choix de sa mise en*

[1103] Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-19263 à n° 13-19273, *D.* 2014, p. 2415 ; *D.* 2015, p. 104, chron. E. Wurtz ; *JCP* G 2014.1343, note F. Bousez ; *Rev. sociétés* 2015, p. 292, note V. Thomas.
[1104] V. toutefois, D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, IRJS Éditions, 2011, n° 673 ; B. Reynès, « L'action en requalification des contrats de travail à durée déterminée sous le feu de la prescription », *JSL* 2014, n° 371-1, pour l'auteur, l'articulation des règles de la prescription et de l'action en requalification-sanction des contrats de travail à durée déterminée serait même « *un angle mort de la recherche* ».
[1105] En l'absence de texte spécial, l'action était soumise à la prescription trentenaire, V. Cl. Roy-Loustanau, obs. sous Cass. soc., 9 mars 1999, n° 96-41586, *Dr. soc.* 1999, p. 519.
[1106] B. Reynès, « L'action en requalification des contrats de travail à durée déterminée sous le feu de la prescription », *op. cit.*, p. 4.
[1107] Selon l'adage latin *Specalia generalibus derogant*.
[1108] J. Icard, « Requalification-sanction et prescription », *op. cit.*, p. 244.

marche »[1109]. On sait que la prescription court à compter du « *jour où celui qui a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit* »[1110] . Seulement, une alternative n'est pas résolue : un point de départ « flottant »[1111] peut être préféré à un point de départ fixe. Ce dernier assure une sécurité juridique en renvoyant à la date de naissance du droit d'agir[1112], qui semble toujours être la date de conclusion du contrat, alors que le premier est plus incertain, puisqu'il repose sur la prise en compte, effective, de la connaissance des faits permettant d'exercer le droit.

« *La constitution de la situation litigieuse fait naître le droit de critique* »[1113], la conclusion du contrat semble donc être le plus souvent le point de départ du droit de critique, puisque la lecture de la clause litigieuse[1114] ou l'absence de remise du contrat précaire[1115] permet de dévoiler l'irrégularité. Il ne semble pas falloir considérer que la persistance de la cause de requalification ait une incidence sur la solution[1116]. En revanche, le point de départ de l'action en prescription peut être postérieur à la date de conclusion du contrat dans certaines hypothèses. C'est notamment le cas du contrat qui est exécuté au-delà du terme précis indiqué dans le contrat initial[1117], du contrat excessivement[1118] ou irrégulièrement[1119] renouvelé, ou du contrat dont le motif de conclusion est en réalité contraire à l'interdiction faite de pourvoir un emploi stable et durable de l'entreprise[1120]. La détermination du point de départ de l'action en requalification n'est pas simple malgré les enjeux qu'elle recèle. Le ministre a précisé lors des débats précédant l'adoption de la loi de 2013 que « *la réduction du délai de prescription [cinq ans en 2008, puis deux ans en 2013] a pour conséquence que le salarié ne pourra plus demander la requalification de son CDD à l'expiration d'un délai de deux ans. Mais en cas de CDD successifs et de demandes visant à faire reconnaître le*

[1109] J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, Economica, Paris, 2013, n° 8.
[1110] Art. 2224 C. civ, la même règle vaut en droit du travail : art. L. 1457-1 C. trav.
[1111] J. Klein, *Le point de départ de la prescription, op. cit*., n° 445.
[1112] *Ibid*., n° 626.
[1113] *Ibid*., n° 653.
[1114] Par ex., l'absence de terme précis du contrat de travail à durée déterminée, art. L. 1242-7 et L. 1251-11 C. trav.
[1115] Sur les irrégularités de forme, art. L. 1242-12 et L. 1251-16 C. trav. et V. par ex., Cass. soc., 11 mars 2015, n° 12-27855, *à paraître*, *D.* 2015, p. 688.
[1116] J. Icard, « Requalification-sanction et prescription », *op. cit*., p. 245.
[1117] Art. L. 1242-8, L. 1243-13, L. 1251-12 et L. 1251-35 C. trav.
[1118] Art. L. 1243-13 al. 1 et L. 1251-35 al. 1 C. trav.
[1119] Art. L. 1243-13 al. 3 et L. 1251-35 al. 2 C. trav.
[1120] Art. L. 1242-1 et L. 1251-5 C. trav. : dans ces hypothèses, le droit d'agir naît au jour où le motif frauduleux de conclusion du contrat est caractérisé, or, il semble bien difficile de connaître avec précision cette date.

caractère d'emploi permanent, le délai de prescription de l'action est glissant »[1121]. Il faut donc retenir un point de départ « flottant » suivant la situation du salarié.

La question du point de départ de l'action est importante car elle détermine la recevabilité de l'action et donc son efficacité. La prescription influence aussi les effets de la requalification du contrat précaire.

2) Effets atténués de l'action en réparation

233. Si le point de départ de la prescription d'une action en requalification interroge, les effets de cette action le font tout autant. La Cour de cassation, en ayant consacré le droit à la reconstitution de carrière du salarié[1122], invite à un retour dans le passé. Encore faut-il connaître l'ampleur de cette rétrospective et le délai pendant lequel le salarié pourra en demander le bénéfice. Il y a là l'illustration du rôle de la prescription sur l'étendue du préjudice réparable.

234. « *La requalification-sanction emporte […] modification judiciaire du contrat par suppression de la clause de terme à compter de l'irrégularité. La rétroactivité est ainsi inhérente à la requalification-sanction […]. Néanmoins, les effets rétroactifs de la requalification sont curieusement atteints par la prescription. La solution adoptée ne va pas de soi. Elle n'a d'ailleurs pas son pareil ni en droit civil, ni en droit administratif* »[1123].

La requalification ouvre droit, pour le salarié, à un rappel de salaire pour les périodes non travaillées, intercalées entre deux contrats de travail à durée déterminée ou temporaires. Initialement attribués dès lors que la requalification était prononcée[1124], ces rappels de salaires sont aujourd'hui soumis à la démonstration d'un maintien à la disposition de l'employeur[1125] pendant ces périodes[1126] et surtout, se trouvent affectés par la diminution

[1121] M. Sapin, Assemblée nationale, séance du lundi 8 avril 2013, troisième séance.
[1122] Cass. soc., 6 novembre 2013, n° 12-15953, *Bull. civ*. V, n° 259 : « *[Le salarié est] en droit d'obtenir la reconstitution de sa carrière ainsi que la régularisation de sa rémunération* », *D.* 2013, p. 2648 ; *Dr. soc*. 2014, p. 11, chron. S. Tournaux, B. Reynès, « L'effet de la requalification des CDD : la reprise intégrale de l'ancienneté en CDI », *RDT* 2014, p. 35.
[1123] J. Icard, « Requalification-sanction et prescription », *op. cit*., p. 246.
[1124] Cass. soc., 8 juillet 2003, n° 02-45092, *Bull. civ*. V, n° 225, *D*. 2003, p. 2122.
[1125] Cass. soc., 9 décembre 2009, n° 08-41737, *Bull. civ*. V, n° 282, *RJS* 2/10 n° 226 ; *JCP* S 2010.1043, note F. Bousez ; Cass. soc., 22 septembre 2010, n° 09-42344.
[1126] Sans que la perception d'indemnités chômage exclue que le salarié se tienne à la disposition de l'employeur, Cass. soc., 25 juin 2013, n° 11-22646, *Bull. civ*. V, n° 164, *D*. 2013, p. 1692 ; *Dr. soc*. 2014, p. 11, obs. S. Tournaux.

des délais de prescription. La prescription triennale des créances salariales circonscrit les rappels de salaire. « *Ainsi, le temps de la reconstitution financière de la carrière n'épouse pas celui de la requalification-sanction. La rétroactivité inhérente à la requalification-sanction se heurte à la prescription des effets de l'action en paiement des sommes à compter de la saisine de la juridiction prud'homale. Cette jurisprudence est également susceptible de s'appliquer aux rémunérations dues au titre d'un reclassement sur un coefficient plus élevé* »[1127]. Ces sommes ne possèdent par ce caractère indemnitaire, elles sont salariales, et n'illustrent donc pas une atteinte au droit à réparation. Elles marquent toutefois les prémices d'un dangereux effet de la prescription qui, s'il s'applique aussi à la reconstitution de carrière, pourrait témoigner d'une atteinte à la reconnaissance du préjudice réparable.

Le salarié peut aussi obtenir la reconstitution de sa carrière[1128], et notamment, la reprise de son ancienneté, qui emporte des conséquences en matière d'indemnités de licenciement, de préavis et de dommages-intérêts. Plus largement encore, la reconstitution de carrière permet au salarié de demander la régularisation de sa situation auprès des caisses de retraite vieillesse et complémentaire[1129]. Une acception large de la reconstitution de carrière permet alors d'envisager des reclassements rétroactifs ou des reconstructions de carrière sur le plan indemnitaire. « *Il s'agirait alors de reconstituer la carrière comme on indemnise une perte de chance, c'est-à-dire en tenant compte des probabilités de non-réalisation d'un événement favorable* »[1130]. L'incertitude de cette reconstitution se mêle à celle de la prescription. En limitant le jeu de la reconstruction salariale à la prescription triennale, les juges n'en feront-ils pas autant de la reconstruction indemnitaire de la carrière ? « *On peut en effet supposer, sur le modèle de ce qu'elle pratique en matière de salaire, que l'indemnisation pour le préjudice subi par le salarié dans son évolution de carrière soit limité par la prescription biennale ou quinquennale. À moins que la Cour ne raisonne pour la requalification comme pour la reconstitution de carrière suite à une discrimination* »[1131]. L'article L. 1134-5 du Code du travail prévoit en effet que « *les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ». La prescription n'atteint donc pas les

[1127] J. Icard, « Requalification-sanction et prescription », *op. cit.*, p. 247.
[1128] Cass. soc., 6 novembre 2013, préc.
[1129] Cass. soc., 22 octobre 2014, n° 13-16936 et n° 13-17209, *Bull. civ.* V, n° 250, *D.* 2014, p. 2178 ; *Cah. soc.* janvier 2015, p. 18, obs. J. Icard.
[1130] J. Icard, « Requalification-sanction et prescription », *op. cit.*, p. 247.
[1131] J. Icard, « Requalification-sanction et prescription », *op. cit.*, p. 248.

conséquences de la reconnaissance de la discrimination. Plus encore, les dommages-intérêts peuvent permettre de couvrir les rappels de salaires prescrits. Les juges décident en effet que « *le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé* »[1132]. Sous couvert de réparer le préjudice subi, la manœuvre aboutit à offrir aux salariés les salaires qu'ils auraient dû percevoir.

Cette utilisation détournée des dommages-intérêts pourrait être étendue à la requalification, de façon à assurer un rappel de salaire sous couverture indemnitaire. D'ailleurs, l'indemnité de requalification n'étant pas plafonnée, rien n'empêche les juges de la fixer au-delà du mois minimum. Reste le principe de réparation intégrale à respecter. Il faut bien avouer que la manœuvre tend à augmenter l'indemnité de requalification de façon opportuniste, et ressemble davantage à une peine privée qu'à une mesure de réparation. Certains appellent clairement à la reconnaissance de la fonction dissuasive de l'indemnité de requalification, considérant que son montant ne doit pas seulement être déterminé au regard du préjudice subi, mais aussi au regard de la gravité de l'irrégularité[1133].

235. On voit donc comment la prescription, en tant qu'obstacle à l'admission de l'action en réparation, peut être instrumentalisée par le juge qui tente de faire accéder le préjudice à la réparation. Le préjudice est réparable, cela ne fait pas de doute. Il existe en revanche le risque de voir l'action en réparation se refermer, ce que le juge essaie d'éviter. Les clauses élusives de responsabilité ne peuvent en revanche être combattues. Prescription et clause élusive de responsabilité n'affectent donc pas le préjudice réparable, mais seulement l'action en réparation. Il existe, en revanche, d'autres obstacles qui déterminent le caractère réparable du préjudice.

[1132] Cass. soc., 3 juillet 2003, n° 01-44522, 01-44717 et 01-44718, *Bull. civ*. V, n° 214, *RJS* 10/2003, n° 1141 ; *D*. 2004, p. 180, obs. B. Reynès.
[1133] D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, *op. cit*., n° 872.

§2. Des obstacles avérés

236. Il semble que la protection accordée à certains responsables de préjudices leur enlève leur qualité de réparable. La formule employée par les juges est célèbre, « *l'ouvrier ne peut être tenu pour responsable que si sa façon de procéder révèle, par comparaison avec un ouvrier normalement diligent, non une simple erreur involontaire, mais une faute lourde, voire volontaire* »[1134]. Il s'agit d'une norme prétorienne à laquelle la Cour de cassation donne « *la valeur absolue d'une règle d'ordre public*[1135]*, à laquelle on ne saurait apporter de dérogation, notamment par voie conventionnelle* »[1136]. Il faut donc en conclure que le préjudice causé par le salarié à son employeur n'est réparable que s'il est le résultat d'une faute lourde. À charge pour l'employeur de qualifier ce comportement, sans quoi son préjudice ne sera pas réparable[1137]. Il y a là une exception au droit commun « *où l'existence de l'obligation de réparer est indépendante de l'importance de la faute commise par le débiteur* »[1138]. L'employeur qui subit pourtant un préjudice direct, certain, licite, personnel et prévisible ne pourra, en effet, en obtenir réparation qu'après avoir démontré qu'il était la conséquence d'une faute lourde du salarié.

De la même façon, le salarié, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, peut prétendre à la réparation forfaitaire de certains préjudices, sans que l'ensemble de ces préjudices ne soit qualifié de réparable, sauf à démontrer la faute inexcusable de l'employeur[1139].

237. On voit dans ces hypothèses que les critères classiques du préjudice ne suffisent pas pour apprécier son caractère réparable. Peu importe que ces derniers soient remplis sans la démonstration d'une faute lourde ou d'une faute inexcusable. Est ainsi imposée une condition supplémentaire pour que le préjudice gagne le statut de « préjudice

---

[1134] Cass. soc., 27 novembre 1958, *D.* 1959, p. 20, note R. Lindon ; *JCP* 1959.II.11143, obs. J. Brèthe de la Gressaye.
[1135] V. par exemple, Cass. soc., 21 octobre 2008, n° 07-40809, *Bull. civ*. V, n° 197, *RDT* 2009, p. 112, note G. Pignarre.
[1136] H. Blaise, « La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur », *RJS* 2/96, p. 68.
[1137] Cass. soc., 19 janvier 2012, n° 10-20826, *RCA* 2012, comm. 103 : « *Vu le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde ; Attendu que pour condamner le salarié à payer des dommages-intérêts, l'arrêt énonce qu'il lui avait nécessairement causé un préjudice en travaillant à son insu pour la société; qu'en statuant ainsi, alors que l'employeur n'imputait au salarié qu'une faute grave, la cour d'appel a violé le principe susvisé* ».
[1138] D. Mazeaud, « Les clauses pénales en droit du travail », *op. cit*., n° 42.
[1139] Art. L. 452-1 C. SS.

réparable » devant les juges. C'est seulement après le respect de cette condition supplémentaire que le préjudice accédera à la réparation, laissant au juge l'appréciation de l'étendue du préjudice et de la forme de réparation la plus adéquate. Autrement dit, l'immunité civile du salarié (A) et de l'employeur (B) s'inscrivent comme des obstacles à la reconnaissance du préjudice réparable.

A. L'immunité du salarié, obstacle au préjudice réparable de l'employeur

238. L'action préjudiciable du salarié existe, mais elle n'est pas souvent créatrice de responsabilité pour celui-ci. Protégé d'une part par l'exigence d'une faute lourde vis-à-vis de son employeur, le salarié bénéficie d'une immunité « contractuelle »[1140]. Protégé, d'autre part, par le régime de la responsabilité des commettants vis-à-vis des tiers au contrat, il bénéficie encore d'une immunité plus « procédurale »[1141]. Ces deux immunités n'en font qu'un responsable rarement tenu de réparer les préjudices qu'il a causés. Il ne faut pas en conclure que le salarié ne cause jamais de préjudice réparable, mais seulement que le caractère réparable de ces préjudices fait l'objet d'une démonstration particulière parce qu'il bénéficie d'une immunité liée à sa condition de salarié (1) et à l'exercice d'un droit protégé par la constitution, le droit de grève (2).

1) Immunité et exécution du contrat de travail

239. Le salarié est un contractant, soumis à une obligation de moyens, celle de mettre son activité professionnelle au service de son employeur par tous les moyens nécessaires pour atteindre une correcte exécution. Suivant cette définition, le salarié est responsable

---

[1140] C. Mangematin, *La faute de fonction en droit privé*, Dalloz, Paris, 2014, p. 413. Le terme est utilisé par opposition à l'immunité délictuelle de l'article 1384 alinéa 5 C. civ (nouv. 1242).

[1141] Bien que la nature procédurale de cette immunité soit remise en question. V. C. Mangematin, *La faute de fonction en droit privé*, *op. cit*., p. 406 et s : Madame Mangematin rappelle que « *le mécanisme de l'immunité procédurale repose […] sur la distinction entre le droit substantiel et le droit d'action – le second permettant en principe la réalisation du premier. L'immunité procédurale opère sur le droit d'action, qu'elle paralyse, empêchant la réalisation du droit substantiel* ». Elle soutient ensuite que cette qualification répond mal à l'immunité du salarié dans la mesure où elle « *ne peut se faire qu'au détriment des règles de la subrogation et de la logique de l'assurance de responsabilité* ». Elle observe, en jurisprudence, une préférence pour une « *irresponsabilité du préposé* » plutôt qu'un « *obstacle aux poursuites* ».
V. aussi, V. Egéa, « L'immunité en droit privé », *Revue de la Recherche Juridique*, 2008-4, p. 1977 ; M. Bacache, « L'immunité du préposé », *in Les immunités de responsabilité civile*, *Colloque CEPRISCA*, PUF, Paris, 2009, p. 15.

de toutes ses fautes, volontaire, d'imprudence ou de négligence. Une telle solution, inspirée des principes « *issus d'un droit civil qui postule l'égalité idéale des contractants, [est mal adaptée] lorsqu'[elles] s'appliquent au contrat de travail qui, régissant les relations entre personnes d'inégale force économique, crée un double déséquilibre entre les parties dont il faut bien tenir compte ; le salarié transfère en effet à son employeur les risques (mais aussi les bénéfices) de son activité et se soustrait ainsi à la logique du marché, en contrepartie de quoi il lui délègue le pouvoir de diriger son activité, aliénant une part de sa liberté professionnelle* »[1142]. Le salarié n'est donc pas un contractant ordinaire, ce qui explique qu'on ne peut laisser peser sur lui la responsabilité contractuelle de droit commun[1143]. Il appartient au chef d'entreprise d'assumer les risques inhérents à son activité[1144]. Il ne peut pas, dans un même rapport d'obligation, être à la fois le débiteur – celui qui a créé le risque – et le créancier – celui qui le subit –. de la prévoir.

240. L'on peut encore voir dans la position « de faiblesse » du salarié, une explication de son immunité. Les juges participent ainsi au rééquilibrage du régime contractuel. Le rapport contractuel justifie la protection du salarié, mais non sa dépendance économique[1145]. Le « *lien juridique de subordination* »[1146], d'autorité[1147], de l'employeur sur son salarié autorise la double immunité du salarié[1148]. Celle offerte par l'article 1384 alinéa 5 du Code civil et la jurisprudence *Costedoat*[1149] excluent sa responsabilité vis-à-

---

[1142] Ch. Radé, « Autorité et responsabilité au sein de l'entreprise », *RLDC*, n° 51 suppl., 2008, p. 39, n° 15.
[1143] V. C. Benoît-Renaudin, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, Paris, 2010.
[1144] Sur le principe de l'immunité de responsabilité reconnue au salarié, V. Ch. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, *op. cit*., p. 138 : « *Selon une doctrine unanime, le contrat de travail fait partie de ces contrats "spéciaux" auxquels renvoie l'article 1137 in fine du Code civil ; le salarié est donc tenu d'apporter à l'exécution de sa prestation tous les soins exigibles d'un ouvrier moyen. […] Mais rien ne vient suggérer l'idée qu'il devrait bénéficier d'un quelconque régime de faveur dans le cadre de cette obligation de moyens* ». L'auteur rappelle que c'est Josserand, le premier, qui exprima le souhait d'exiger une faute lourde du débiteur afin d'assurer au salarié « *sa liberté d'esprit et de mouvement dans le cadre de sa fonction et qu'il soit, en quelque sorte couvert par celle-ci* ».
[1144] Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, *op. cit*., n° 608, p. 482.
[1145] « *La condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties* », Cass. civ., 6 juillet 1931, *Bardou*, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4e éd., Dalloz, Paris, 2008, n° 1-5.
[1146] *Ibid*.
[1147] Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13187, *Bull. civ*. V, n° 386, *Dr. soc.* 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux.
[1148] P. Jourdain, « L'immunité civile du préposé », *RCA* mars 2013, dossier, art. 14 ; M. Bacache, « L'immunité du préposé », *in* O. Deshayes (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, 2010, p. 15.
[1149] Cass. ass. plén., 25 février 2000, n° 97-17378, *Bull. ass. plén*. n° 2, *D*. 2000, p. 673, note Ph. Brun ; *D* 2000. p. 467, obs. P. Delebecque ; *RDSS* 2001.134, obs. J.-M. Lhuilier ; *RTD civ*. 2000. 582, obs. P. Jourdain.

vis des tiers[1150] ; l'employeur doit en effet répondre des fautes de ses salariés[1151]. Cette immunité n'atteint pas la notion de préjudice réparable mais contraint la désignation du débiteur de la réparation[1152]. En revanche, l'immunité prétorienne atténue la responsabilité contractuelle personnelle du salarié, et condamne, chaque fois qu'elle joue, la reconnaissance du caractère réparable du préjudice.

2) Immunité et exercice du droit de grève

241. La reconnaissance du droit de grève par l'alinéa 7 du préambule de la Constitution du 24 octobre 1946 a rendu incompatible la grève et la faute contractuelle. Pour autant, l'employeur subissait toujours un préjudice né de l'absence de travail de ces salariés. Pour en obtenir réparation, il lui fallait donc trouver un autre fondement, la responsabilité délictuelle. Or, l'exercice d'un droit doit permettre à son bénéficiaire de n'encourir aucune responsabilité de ce fait[1153]. Ainsi, le salarié gréviste est protégé. L'article L. 2511-1 du Code du travail fait référence à la notion de faute lourde imputable au salarié, et en fait la condition de la licéité du licenciement. L'article L. 1132-2 du Code du travail interdit de sanctionner disciplinairement un gréviste, et prévoit la nullité de plein droit de la sanction prise, dès lors que le salarié gréviste n'a commis que des faits entrant dans « l'exercice normal du droit de grève ». Le salarié bénéficie donc d'une immunité disciplinaire, qui se couple à l'immunité civile offerte à chaque salarié.

[1150] Par ailleurs, les solutions sont à relativiser : l'immunité ne bénéficie qu'au préposé fautif, son assureur demeure condamnable (Cass. civ. 1ère, 12 juillet 2007, n° 06-12624, *Bull. civ*. I, n° 270, *D*. 2007, p. 2908, note S. Porchy-Simon ; *D*. 2008, p. 506, obs. J. Penneau ; *D*. 2008, p. 2894, obs. Ph. Brun et P. Jourdain ; *RDSS* 2007, p. 1108, obs. F. Arhab ; *RTD civ*. 2008, p. 109, obs. P. Jourdain). En effet, l'immunité civile n'emporte pas la disparition de la responsabilité du salarié. Les juges confirment cette idée en admettant une restriction de plus au champ de l'immunité civile du préposé : « *le préposé qui poursuit la réparation du préjudice que lui aurait personnellement causé un tiers, lui-même cocontractant de son commettant, peut se voir opposer sa propre faute par ce tiers* » (Cass. com., 10 décembre 2013, n° 11-22188, *Bull. civ*. IV, n° 182, *D*. 2014, p. 9 ; *RTD Civ*. 2014 p. 386, note P. Jourdain). Cette solution peut révéler « *la volonté de ne pas soustraire le préposé aux conséquences de ses fautes dès lors que celles-ci ne se traduisent que par une simple réduction d'indemnité, non par une condamnation dont il devrait répondre. Autrement dit, s'il parait excessivement rigoureux de condamner un préposé qui a agi dans les limites de sa mission et n'a pas commis de faute intentionnelle ou pénalement punissable, il serait admissible de sanctionner civilement ses fautes en restreignant le droit à indemnisation de son dommage* » (P. Jourdain, note sous Cass. com., 10 décembre 2013, *op. cit.*).

[1151] La responsabilité du commettant est justifiée par de multiples explications : « *de la faute dans le choix du préposé […], à la théorie du risque-profit, dont Demogue sera l'un des défenseurs ; de la référence à la garantie, à la représentation ou encore à l'intérêt social, au crédit ou à la confiance témoignée par le commettant* », N. Molfessis, « La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlisement de la Cour de cassation », *op. cit.*, spéc. n° 56.

[1152] C'est pourquoi cette immunité sera étudiée dans la seconde partie de la thèse.

[1153] Traduction de l'adage d'Ulpien « *Neminem laedit, qui suo jure utitur* ».

242. Face à l'immunité du salarié, l'employeur pourrait être tenté d'agir contre les organisations syndicales à l'origine du mouvement de grève. « *Cette action en responsabilité civile semble d'abord constituer un réflexe naturel de la part de l'employeur à l'occasion de la grève. Cette dernière lui causant nécessairement un préjudice, il faut donc un coupable ou du moins un fautif. Si les salariés apparaissent fort bien assurer ce rôle, leur nombre et leur relative insolvabilité face aux sommes en cause les déqualifient au profit des syndicats : "C'est la tête qu'il faut frapper si l'on veut contenir dans de justes limites les tendances tumultueuses des grèves"* »[1154]. Les employeurs peuvent donc être tentés d'intimider financièrement les syndicats. D'autant plus que l'abus de droit peut être reproché au salarié dans l'exercice individuel de son droit de grève, alors qu'un syndicat « *ne saurait abuser d'un droit dont il n'est pas investi* »[1155] personnellement. Toutefois, offrir une immunité totale aux syndicats aurait rejailli sur les grévistes, seuls responsables potentiels pour l'employeur. Les juges[1156] se sont donc clairement manifestés en faveur d'une immunité du syndicat, mais relative[1157].

243. Salariés et organisations syndicales bénéficient donc d'une immunité en cas de conflits collectifs licites, qui s'inscrit comme un obstacle à la démonstration du préjudice réparable de l'employeur et bénéficie à tous les salariés, sans exception. Cependant, l'employeur bénéficie lui aussi d'une immunité civile, à l'égard de certains salariés.

B. L'immunité de l'employeur offerte par le Code de la sécurité sociale

244. Un salarié, dont le licenciement serait privé de cause réelle et sérieuse, va recenser l'ensemble des préjudices subis par cette perte d'emploi, laissant aux juges le soin de les apprécier et d'en évaluer l'importance. Pour le salarié, qui perd son emploi des suites

---

[1154] J.-E. Ray, *Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève*, Librairies techniques, Paris, 1985, p. 319.

[1155] G. Lyon-Caen, « La recherche des responsabilités dans les conflits du travail », *D.* 1979, p. 255.

[1156] Après que le législateur ait tenté d'affirmer la responsabilité du syndicat dans une loi du 6 octobre 1982 (art. 8 : « *aucune action ne peut être intentée à l'encontre de salariés, de représentants du personnel élus ou désignés ou d'organisations syndicales de salariés, en réparation des dommages causés par un conflit collectif du travail ou à l'occasion de celui-ci, hormis les actions en réparation du dommage causé par une infraction pénale et du dommage causé par des faits manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice du droit de grève ou du droit syndical* ») mais que son élan fut stoppé par le conseil constitutionnel (Cons. Cons,. 22 octobre 1982, n° 82-144 NC, *D.* 1983, p. 189, note F. Luchaire).

[1157] Cass. soc., 9 novembre 1982, n° 80-13958, 80-14046 et 80-14097, *Bull. ch. soc.* n° 614, *D.* 1982, p. 621 ; *JCP* G 1983.I.13971, concl. P.-Y. Gauthier ; *Dr. Ouvr*. 1983, p. 276, note F. Saramito ; *Dr.* Soc. 1983, p. 177, note J. Savatier ; solution reprise par la suite, V. par ex., Cass. soc., 30 janvier 1991 n° 89-17332, *Bull. civ*. V, n° 40.

d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, ces préjudices vont être beaucoup plus difficilement réparables.

245. L'évaluation est en effet offerte aux caisses de sécurité sociale, et devant elles, « *les chiffrages quant aux pertes estimées du fait du chômage sont absents, ainsi que les conséquences à venir sur le niveau de la retraite. Même la production des dernières feuilles de paie est peu fréquente. Quant à chiffrer la perte d'employabilité par rapport à la situation réelle du marché du travail ou les difficultés supplémentaires entraînées par l'altération physique ou psychique pour se rendre au travail, pour l'effectuer au même rythme qu'avant, la fatigue supplémentaire générée, il n'en est pas question devant ces instances. L'indemnisation d'autres préjudices, encore plus "évanescents", tels que la perte de dynamisme ou la perte d'estime de soi parce que l'on donne une image dégradée à son entourage, serait carrément perçue comme une provocation par certaines formations de jugement* »[1158]. La différence entre ces préjudices, reconnus ou non réparables, tient à un article du Code de la sécurité sociale, l'article L. 451-1 qui fait dépendre, en droit des accidents du travail et des maladies professionnelles, la prise en compte de l'entier préjudice réparable[1159] de la gravité de la faute de l'employeur.

246. « *Aucune action en réparation des accidents et maladies mentionnés par le présent livre ne peut être exercée conformément au droit commun, par la victime ou ses ayants droit* »[1160]. En admettant ainsi l'irresponsabilité civile de l'employeur, le droit de la sécurité sociale a posé un obstacle au préjudice réparable du salarié. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a d'ailleurs retenu que ce régime ne cause pas de discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article premier du Protocole additionnel n° 1 à la convention[1161]. La question de la conventionalité de ces dispositions est ainsi résolue. Or, tout le préjudice effectivement subi n'est pas réparable, puisque la loi interdit l'action en réparation le concernant. Mais il faut admettre que le principe de réparation intégrale n'est pas considéré comme une garantie issue de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention.

[1158] F. Meyer, « L'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles : une jurisprudence incohérente », *Dr. ouvr*., 2010, p. 509, spéc. p. 512.
[1159] Qui se traduit par la majoration de la rente.
[1160] Art. L. 451-1 C. SS.
[1161] Cass. civ. 2ème, 11 juillet 2013, n° 12-15402, *Bull. civ*. II, n° 158, *D.* 2013, p. 190 et p. 2658, obs. S. Porchy-Simon.

Le préjudice ne deviendra réparable que si la vicitme démontre une faute inexcusable de l'employeur[1162]. Et ce n'est d'ailleurs qu'à cette condition que l'indemnisation est réellement à la charge de l'employeur, sans que la mutualisation ne vienne lui en soulager le poids. Cependant, là encore, seule une liste de préjudices devenus réparables est prévue par la loi.

247. « "*Obsolète", "complexe et discriminatoire", "inéquitable et juridiquement fragile"* »[1163], cette immunité implique l'existence de préjudices réparables, sous condition de faute inexcusable. Se dévoile donc un obstacle à la reconnaissance du préjudice réparable qui s'inscrit en marge du droit commun de la responsabilité. À l'instar de la faute lourde du salarié, la nécessité de prouver une faute inexcusable ramène le comportement fautif de l'auteur du dommage sur le terrain de la réparabilité.

Ces deux immunités s'inscrivent donc comme des obstacles à la reconnaissance du préjudice réparable et illustrent un phénomène particulier, celui de voir la faute comme condition de l'accès à la réparation. Une telle situation s'inscrit en marge des évolutions de notre droit de la responsabilité, qui tentent de faire accéder à la réparation de plus en plus de préjudices, sans considération pour la faute leur ayant donné naissance. Il serait alors tentant de présager un assouplissement de ces conditions supplémentaires par le juge, de façon à remédier à ces obstacles à la reconnaissance du caractère réparable de certains préjudices.

Section 2. Les remèdes à ces obstacles

248. L'existence d'obstacles à la démonstration de préjudice réparable s'impose comme une particularité du droit du travail mais connaît aussi ses propres limites. Loin de nier tout caractère réparable au préjudice de ces victimes, il leur faudra démontrer la faute lourde du salarié ou la faute inexcusable de l'employeur pour que le préjudice puisse accéder à la réparation, autrement dit, qu'il devienne réparable. Faut-il y voir une

[1162] Art. L. 452-1 C. SS.

[1163] I. Monteillet, « Les arrêts "amiante" de la Cour de cassation du 28 février 2002 », *RJS* 5/02, p. 403, faisant référence au rapport de la Cour des comptes, « Gestion du risque accidents du travail et maladies professionnelles », disponible en ligne : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/024000102/0000.pdf.

résurgence de la faute dans notre droit de la responsabilité ? Quoi qu'il en soit, chaque obstacle connait sa faille. En revanche, l'appréciation qui en est faite par les juges se révèle d'une intensité différente selon l'immunité combattue, souple pour l'une (§2), plus sévère pour l'autre (§1).

§1. L'appréciation stricte de la faute lourde commise par le salarié

249. « *Certains déficits d'exploitation ne sont pas négligeables et il importe de savoir qui va les assumer. […] L'employeur peut donc avoir intérêt à faire supporter par le salarié la réparation du dommage causé* »[1164]. Or, la jurisprudence et la doctrine sont unanimes pour dire que le salarié n'est responsable que de sa faute lourde. La notion de faute lourde revêt alors une importance particulière. C'est elle qui conditionne le caractère réparable du préjudice de l'employeur et permettra ainsi au préjudice d'être réparé. « *La loi n'ayant pas défini la faute, il appartient à l'interprète de le faire* »[1165], c'est vers la jurisprudence qu'il faut se tourner pour savoir de quelle façon est appréhendée la faute lourde.

L'enjeu est clair : rejeter la responsabilité du salarié en l'absence de faute lourde revient à rejeter la réparabilité des préjudices subis par l'employeur. La définition retenue est donc particulièrement importante pour savoir quelle attitude les juges décident de retenir : une conception souple de la faute lourde favorise la reconnaissance du préjudice de l'employeur, là où une conception plus sévère protège l'immunité du salarié. La faute lourde est une condition du préjudice réparable de l'employeur (A) appréciée avec encore plus de rigueur lorsqu'est en jeu le droit de grève du salarié (B).

A. Une condition du préjudice réparable

250. La faute, entendue comme la violation d'une obligation préexistante, peut, en matière contractuelle, être caractérisée par tout manquement aux obligations auxquelles le

[1164] B. Bossu, « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », *Dr. soc*. 1995, p. 26.
[1165] Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, *op. cit*., n° 608.

contractant a consenti[1166]. S'ajoutent les règles légales qui imposent des devoirs, y compris aux contractants, puisque la violation d'un texte impératif est une faute. Le contrat de travail permet donc de dire ce à quoi est tenu le salarié et de pouvoir lui reprocher diverses fautes. Pourtant, ses fautes doivent être appréciées à travers un angle supplémentaire. L'employeur, détenteur du pouvoir disciplinaire, peut en effet sanctionner le salarié pour les fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions, sans que ces fautes ne permettent d'engager sa responsabilité pécuniaire. Il faut donc distinguer deux types de fautes lourdes. Elle peut être le comportement fautif du salarié donnant lieu à une sanction disciplinaire[1167]. Elle peut aussi être la condition faisant échec à l'immunité civile du salarié. À travers la notion de faute lourde ressort l'opposition du « *critère civiliste classique* » et de « *l'évolution contemporaine du droit du travail* »[1168]. Les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation ont en effet éliminé la faute lourde au profit d'une certaine conception de la faute intentionnelle (1) et de l'intention de nuire (2).

1) La faute lourde non intentionnelle du droit commun

251. Le droit commun distingue la faute intentionnelle[1169] de la faute non intentionnelle. En principe, toute faute justifie, l'action en responsabilité civile, mais le juge la subordonne parfois à la preuve de l'intention de nuire. Il y a alors le souhait de protéger le défendeur puisqu'est ainsi élevé le seuil au-delà duquel sa responsabilité est susceptible d'être engagée. En matière contractuelle, la faute lourde qui a pour synonyme le dol[1170], est celle qui « *consiste en une négligence grossière* »[1171]. Elle est celle du débiteur qui « *de propos délibéré, se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant* »[1172].

[1166] Il s'agit là d'une définition objective de la faute, pour des exemples récents de fautes du salarié, V. P. Adam, « De quoi la "faute" et la "sanction" sont-elles le nom ? », *RDT* 2015, p. 590.
[1167] La sanction disciplinaire peut aller jusqu'au licenciement, la faute lourde excluant, dans cette hypothèse le bénéfice de l'indemnité compensatrice de congés payés.
[1168] G.-H. Camerlynck, note sous Cass. soc., 27 mai 1964, *Bull. civ*., n° 451, *JCP* 1965.II.14056.
[1169] G. Viney, « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *D.* 1975, p. 263. Pour une approche plus générale, V. L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, th. dactyl., Paris I, 2011 ; A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, PUAM, Aix-Marseille, 2004.
[1170] Le dol dans l'exécution du contrat et non le dol tel qu'il est entendu comme vice du consentement.
[1171] V. par ex., Cass. civ. 1ère, 27 juin 2000, n° 98-14882.
[1172] Cass. civ. 1ère, 4 février 1969, *Bull. civ*. I, n° 60, arrêt *Société des comédiens français*, *D*. 1969, p. 601, note J. Mazeaud, *JCP* 1969.II.16030, note R. Prieur ; *RTD civ*., 1969, p. 708, obs. G. Durry.

252. La notion de faute lourde semble toutefois varier selon les domaines qui l'utilisent. Ainsi l'article L. 133-8 du Code de commerce définit la faute lourde du transporteur en l'assimilant à la faute inexcusable[1173]. S'agissant de certaines clauses limitatives de responsabilité, les juges peuvent les mettre en échec en cas de faute qui « *ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* »[1174]. L'État, quant à lui, est responsable pour mauvais fonctionnement de la justice dès lors qu'est constatée une faute lourde, entendue comme « *toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* »[1175]. Enfin, les arbitres sont responsables en cas de « *faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* »[1176]. Ce désordre de définitions révèle malgré tout un point commun, la faute lourde revêt un important degré de gravité relative à l'intention de son auteur (a) sans que cette dernière ne révèle l'intention de nuire (b).

a) La notion d'intention

253. « *Pour le juriste, l'intention se définit comme la recherche du résultat causé, autrement dit, elle implique une volonté appliquée à l'acte et aux conséquences effectivement réalisées étant précisé que l'intention de nuire implique le franchissement d'une étape supplémentaire : l'examen des mobiles* »[1177]. Des différentes valeurs psychologiques, l'intention se distingue en ce qu'elle suppose *« la volonté de l'acte et se concrétise dans un but qui lui est extérieur, sous l'impulsion des mobiles et des motifs* »[1178]. Si l'intention dévoile ainsi la volonté, la réciproque n'est pas vraie. « *La*

[1173] Art. L. 133-8 C. com. : « *Seule est équipollente au dol la faute inexcusable du voiturier ou du commissionnaire de transport. Est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».
[1174] Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ*. IV, n° 115, arrêt *Faurecia* ; *D*. 2010, p. 1707, obs. X. Delpech et p. 1832, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ*. 2010, p. 555, obs. B. Fages ; *JCP* G 2010.787, obs. D. Houtcieff ; *RDC* 2010, p. 1220, obs. Y.-M. Laithier ; V. aussi, T. Genicon, « Clause limitative de responsabilité : la fin de la révolution, l'heure de la liberté », *RDC* 2014, p. 176.
[1175] Cass. ass. plén., 23 février 2001, n° 99-16165, *Bull. ass. plén.* n° 5, *D*. 2001, p. 1752, note Ch. Debbash ; *JCP* G 2001.I.340, obs. G. Viney
[1176] Cass. civ. 1ère, 15 janvier 2014, n° 11-17196, *Bull. civ*. I, n° 1, *D*. 2014, p. 219, obs. X. Delpech.
[1177] A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, *op. cit*., p. 25.
[1178] *Ibid*.

volonté "n'est autre que le vouloir appliqué à un fait matériel" alors que l'intention suppose, en outre, un vouloir appliqué aux conséquences de l'acte »[1179].

254. L'intention envisagée sous l'angle de la recherche du dommage a donné lieu à un débat doctrinal qui oppose la théorie de la représentation à celle de la volonté. La théorie de la représentation[1180] assimile la prévision à l'intention, autrement dit, *« tout ce qui peut être prévu est considéré comme ayant été voulu. […] L'agent est ainsi tout autant responsable des conséquences prévues mais non recherchées pour elles-mêmes, que de celles qu'il a précisément désirées* »[1181]. L'individu doit avoir une représentation de toutes les conséquences de son acte. Cette théorie s'est vue reprocher sa trop grande ouverture, puisqu'elle intègre la négligence et l'imprudence dans le champ de l'intention. Face à elle, les théories de la volonté définissent l'intention au regard de la volonté du résultat[1182]. Ainsi, la prévision ne suffit plus à caractériser l'intention, l'individu doit avoir voulu réaliser le résultat.

Les juristes français ont retenu une définition classique de l'intention, d'abord en droit pénal, où elle était conçue comme « *la volonté de réaliser le délit tel que prévu par la loi considérant que la volonté de commettre l'infraction implique nécessairement la volonté du résultat dommageable* »[1183] puis en droit civil, prenant pour référence la définition pénaliste. Ainsi, l'intention était entendue comme la volonté du résultat, avant qu'elle ne soit confondue avec l'intention de nuire[1184] et au dol en matière contractuelle[1185].

255. Madame Vignon-Barrault propose une autre définition, considérant que la recherche du résultat est le seul élément de différenciation de la faute d'intention des autres fautes qualifiées. Plus que la volonté, passive, dont la traduction juridique est l'imputabilité, l'intention se caractérise par la volition du dommage, « *l'acte par lequel la volonté se détermine à quelque chose* »[1186]. « *Ainsi, lorsque la volition n'implique pas nécessairement la volonté du résultat, l'acte est volontaire mais pas, à proprement*

[1179] *Ibid*.
[1180] Défendue par l'allemand L. Harscher von Almendingen, *Untersuchungen über das kulpose Verbrechen*, Tasché und Müller, Giesen, 1804, cité par A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, *op. cit*., p. 27.
[1181] A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, *op. cit*., p. 27.
[1182] V. R. Griffon, *De l'intention en droit pénal*, th. dactyl., Paris, 1911.
[1183] A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, *op. cit*., p. 31.
[1184] D. Nguyen Thanh-Bourgeais, « Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place dans la gamme des fautes », *RTD civ*. 1973, p. 496.
[1185] Cass. civ. 1ère, 4 février 1969, préc. ; *RTD civ*. 1969, p. 708, obs. G. Durry : « *le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse a exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant* ».
[1186] *Le Petit Robert*, dictionnaire, *op. cit*, V. Volition.

parler, intentionnel. L'élément psychologique qui mérite le label d'intentionnel est donc celui qui suppose la recherche du résultat par opposition à la simple conscience de son éventualité »[1187]. Le résultat recherché doit donc être certain et ne pas être soumis à un quelconque aléa. En revanche, cette certitude emporte avec elle toutes les conséquences certaines de l'acte[1188]. L'intention se définit donc comme « *la recherche des conséquences [du dommage donc] impliquant, le cas échéant, l'acceptation des suites inéluctables d'un acte voulu* »[1189].

Cette définition peut ensuite être interprétée, strictement pour rendre la démonstration de la faute plus difficile ou alors largement, pour soumettre à ces régimes certaines fautes qui n'en relèvent pas par principe. Il en ressort une gradation de l'intention qui « *oscille de la connaissance qu'un dommage peut survenir à l'intention de causer le dommage et impliquer, à l'extrême, l'intention de nuire* »[1190].

b) La faute lourde exclusive de l'intention de nuire

256. « *L'intention comporte une gradation qui s'étend, selon les cas, de la simple mauvaise foi jusqu'à l'intention de nuire, en passant par la volonté de réaliser le dommage. La faute intentionnelle est ainsi la plus grave des fautes qualifiées car elle suppose, à l'origine, la recherche du résultat dommageable* »[1191]. Et les juges civilistes n'ont pas décidé d'assimiler la faute lourde à l'intention de nuire.

257. La faute lourde se caractérise par un comportement anormalement déficient, un grave manquement du débiteur à ses obligations[1192]. L'élément moral de la faute lourde est donc distinct de celui de la faute intentionnelle. La faute intentionnelle suppose une réelle faculté d'anticipation des conséquences de l'acte que n'a pas à avoir l'auteur de la faute lourde. Là où la faute intentionnelle suppose une appréciation *in concreto*, la faute lourde suppose une appréciation *in abstracto*, au regard de l'écart de conduite observé.

[1187] A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, *op. cit*., p. 33.
[1188] L'auteur illustre le propos : « *L'individu qui projette d'assassiner quelqu'un et qui pose une bombe dans un lieu fréquenté sait que la mort d'autres personnes en résultera nécessairement. Il a ainsi accepté toutes les conséquences de son acte, comme étant nécessaires à la réalisation de son but final, et les a donc voulues, en tant que telles* » : A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, *op. cit*., p. 34.
[1189] A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, *op. cit*., p. 35.
[1190] *Ibid*., p. 36.
[1191] *Ibid*., p. 71.
[1192] Sur la question de la faute lourde, V. P. Voisenet, *La faute lourde en droit français*, th. dactyl., Dijon, 1934 ; A. Ghafourian, *Faute lourde, faute inexcusable et dol en droit français*, th. dactyl., Paris II, 1977 ; R. Roblot, « De la faute lourde en droit privé français », *RTD civ*. 1943, p. 1-25 ; L. Mazeaud, « L'assimilation de la faute lourde au dol », *DH* 1933, p. 49.

Autrement dit, la faute lourde s'apprécie au regard du comportement qu'aurait adopté un contractant raisonnable.

L'autonomie de la faute lourde par rapport à l'intention s'est confirmée grâce au mouvement d'objectivation de la faute conduit par les juges. Ils ont en effet déduit la faute lourde de l'inexécution d'une obligation essentielle ou fondamentale[1193]. On peut en conclure que la faute lourde est une « *notion protéiforme qui se définit tantôt par référence à la conduite du responsable – il s'agit alors d'un comportement véritablement aberrant – tantôt d'après l'importance objective du manquement constaté, celle-ci étant caractérisée soit par la place qu'occupe l'obligation ou le devoir méconnu parmi ceux qui incombaient au responsable, soit même par la gravité des conséquences qu'a entraînée la faute pour le créancier* »[1194].

Le critère de distinction entre la faute lourde et la faute intentionnelle est donc la mauvaise foi entendue strictement. La faute lourde suppose la mauvaise foi sans exiger la recherche du dommage. La faute intentionnelle suppose la volonté du dommage et contient donc, en elle, la mauvaise foi. Autrement dit, la faute intentionnelle est toujours une faute lourde alors que la faute lourde n'est pas intentionnelle.

258. Pourtant les juges tendent à confondre les deux notions. Les juges décidaient auparavant que « *le dol dans l'exécution des contrats exige la preuve des faits permettant de penser que le débiteur a agi malicieusement ou dans l'intention de nuire* »[1195]. Ils adoptaient donc une conception restrictive du dol qui suppose la volonté de causer le dommage mais aussi l'intention positive de nuire à autrui. Puis ils ont réduit le dol à la simple prévision du dommage, et non plus à la volonté du dommage, décidant que « *le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant* »[1196]. L'intention de nuire est rejetée comme critère du dol contractuel. L'évolution illustre la volonté des juges de se servir de la responsabilité pour punir le contractant. « *En effet, même si l'auteur d'une faute lourde ne s'est pas placé intentionnellement hors du contrat, "il paraît logique de le sanctionner en lui interdisant*

[1193] Cass. civ., 1ère, 11 octobre 1966, *Bull. civ*. I, n° 466, *JCP* 1967.II.15193, obs. G. de la Pradelle ; Cass. civ., 1ère, 15 novembre 1988, n° 86-18970 et 87-10263, *Bull. civ*. I, n° 318, *D*. 1989, p. 349, note Ph. Delebecque.
[1194] G. Viney, obs. sous Cass. civ., 1ère, 2 décembre 1997, n° 95-21907, *JCP* G 1998.I.144.
[1195] Cass. civ., 14 novembre 1956, *Bull. civ.* 1956, n° 409.
[1196] Cass. civ., 4 février 1969, préc.

d'invoquer à son profit la loi contractuelle, en raison de la gravité de la faute par laquelle il l'a transgressée" »[1197].

L'assimilation de la faute lourde au dol peut être plus ou moins utile selon l'effet recherché. En matière contractuelle, l'abaissement du seuil de responsabilité se comprend, afin de sanctionner davantage de comportements contraires au contrat. Les juges ont ainsi consacré l'assimilation de la faute lourde au dol dans le contentieux des clauses limitatives ou élusives de responsabilité[1198].

Bien qu'en droit positif, la gravité de la faute ne soit pas prise en compte dans l'appréciation de l'évaluation du préjudice, la sanction de la faute lourde au titre du dol s'inscrit comme un moyen de sanctionner les comportements contraires au respect de la force obligatoire du contrat. L'assimilation permet en effet de dépasser la limite posée à l'article 1150 du Code civil et admet la réparation du dommage même imprévisible. Seul le préjudice prévisible est réparable et la faute lourde permet de donner à d'autres préjudices, imprévisibles, un caractère réparable.

259. On voit donc que l'utilisation de la notion d'intention à travers l'appréciation de la faute lourde sert à aggraver la responsabilité du contractant. La même logique est à l'œuvre en droit du travail. Face à l'immunité du salarié, la faute lourde « aggrave »[1199] sa responsabilité.

2) L'intention de nuire du salarié

260. « *Si l'intention a été écartée à tous les stades du processus contractuel comme condition de la responsabilité civile, afin de garantir une déontologie entre les partenaires ou les contractants, elle est exigée s'agissant du salarié qui cause, à l'occasion de sa mission, un préjudice à l'entreprise qui l'emploie. Dans ce cadre précis, le souci de le protéger contre la tentation de son employeur de se prémunir contre tous les risques de l'entreprise, par le biais de ses employés, a conduit la jurisprudence à subordonner toute action en responsabilité à la preuve d'une faute lourde. Cette faute*

[1197] A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, *op. cit*., p. 79.
[1198] Cass. ass. plén., 30 juin 1998, n° 96-11866, *Bull. ass. plén*. n° 2, *D*. 1999, p. 262, obs. D. Mazeaud ; *JCP* G 1998.II.10146, note Ph. Delebecque ; *RTD. Civ.* 1999, p. 119, obs. P. Jourdain.
[1199] Elle n'est pas aggravée par rapport au droit commun mais retrouvée pour le salarié qui, par principe, est irresponsable.

présente en réalité toutes les caractéristiques de l'intention de nuire »[1200]. Bousculant les catégories du droit commun de la responsabilité contractuelle[1201], les juges de la chambre sociale ont défini la faute lourde du salarié comme celle qui manifeste « *l'intention de nuire du salarié vis-à-vis de l'employeur ou de l'entreprise* »[1202]. Plus que la mauvaise foi en droit civil, c'est l'intention de nuire, « *la méchanceté du débiteur* »[1203] qui est recherchée. « *Non seulement il a prévu les conséquences dommageables de son acte pour le créancier, mais en plus il les a recherchées* »[1204]. Conception restrictive de la faute lourde qui conduit l'employeur à devoir prouver[1205] la volonté de causer le dommage de son salarié et plus encore, « *relecture de la règle* »[1206]. « *Il ne faut plus dire que la responsabilité contractuelle du salarié suppose une faute lourde de celui-ci, elle suppose sa faute intentionnelle. Ce n'est pas une nouvelle définition de la faute lourde, en réalité c'est l'élimination de la faute lourde au profit de la seule faute intentionnelle* »[1207]. Les juges adoptent ainsi une conception très restrictive de la faute lourde, qu'ils n'entendent pas abandonner. Les juges rappellent régulièrement[1208] la nécessaire intention de nuire du salarié, et sont venus préciser que « *la faute lourde est caractérisée par l'intention de nuire à l'employeur, laquelle implique la volonté du salarié de lui porter préjudice dans la commission du fait fautif et ne résulte pas de la seule commission d'un acte préjudiciable à l'entreprise* »[1209]. Il est intéressant de remarquer que les juges refusent de faire du préjudice une condition suffisante du droit à réparation des employeurs, alors qu'ils avaient su découvrir de nombreux préjudices « nécessairement » réparables pour le salarié[1210]. L'intention devient le critère unique des responsabilités contractuelle et délictuelle du salarié et du préposé.

[1200] A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, *op. cit*., p. 222.
[1201] G. Couturier, « La faute lourde du salarié », *Dr. soc.* 1991, p. 105.
[1202] Cass. soc., 28 juin 1990, n° 88-43429, *RJS* 10/90 n° 759 ; Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 88-40618, *Bull. civ*. V, n° 599, *Dr. soc.* 1991, p. 105, note G. Couturier ; Y. Saint-Jours, « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », *D.*, 1990, p. 113.
[1203] B. Bossu, « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », *op. cit.*, spéc. p. 27.
[1204] *Ibid.*
[1205] Pour des illustrations de « *grandes difficultés à rapporter la preuve de l'intention de nuire* », V. Ch. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, *op. cit*., p. 144.
[1206] G. Couturier, « La faute lourde du salarié », *op. cit*., spéc. p. 106.
[1207] *Ibid.*
[1208] V. notamment, Cass. soc., 29 avril 2009, n° 07-42294, *RJS* 7/09, n° 619 ; Cass. soc., 9 avril 2014, n° 13-10175 ; Cass. soc., 11 février 2015, n° 13-26843 ; Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-22108 ; Cass. soc., 22 juin 2016, n° 15-16880, *JCP* S 2016.277.
[1209] Cass. soc., 22 octobre 2015, n° 14-11291 et n° 14-11801, *à paraître*, *D*. 2015, p. 2186 ; *JSL* 2015, n° 399-400-3, obs. J.-P. Lhernould ; *D*. 2016, p. 144, obs. Ph. Flores; *RDT* 2016, p. 100, note P. Adam.
[1210] Sur cette question, *cf. supra*, p. 142.

Il faut voir, dans cette appréciation spéciale, la volonté de protéger le salarié contre les excès de son employeur, par un cantonnement de la faute lourde à des situations exceptionnelles. Les raisons qui justifiaient l'immunité du salarié se retrouvent dans celles qui justifient l'appréciation stricte de la faute qui permet de la briser.

261. Il appartient donc au juge de relever les deux éléments de la faute : l'élément matériel, l'acte incorrect, et l'élément intentionnel, la volonté de nuire[1211]. La gravité de l'acte ne suffit pas à qualifier le comportement de faute lourde. « *La nouvelle démarche adoptée par la chambre sociale a pour effet de mettre à l'abri de toute responsabilité maints comportements fautifs jusqu'alors sanctionnés au titre de la faute lourde, c'est-à-dire d'une faute particulièrement grave mais pas nécessairement intentionnelle* »[1212]. Ainsi, des détournements de fonds clairement établis[1213], le détournement de clientèle[1214] ou encore le non-respect de la clause d'exclusivité contenue dans le contrat de travail[1215], sans que l'intention de nuire ne soit prouvée, ne sont pas qualifiés de faute lourde. La démonstration de la faute lourde s'inscrit donc comme un exercice difficile pour l'employeur qui souhaite obtenir réparation de son préjudice. Cette sévérité répond sans doute aux lourdes conséquences que la qualification de faute lourde fait peser sur le salarié. Outre l'admission du préjudice réparable de l'employeur, cette faute lourde est celle qui permet à l'employeur de licencier le salarié sans aucune indemnité. La faute lourde est donc ambivalente : outil de responsabilité contractuelle et de responsabilité disciplinaire.

262. Le cadre disciplinaire est d'ailleurs préféré à la mise en jeu de la responsabilité contractuelle. Le contentieux autour de la faute lourde repose sur les indemnités dont le salarié a été privé du fait d'un licenciement pour faute lourde. « *En privant le salarié de toute indemnité de rupture, l'employeur espère opérer une compensation avec le préjudice subi du fait de la faute contractuelle. La solution a aussi le mérite de maintenir la procédure sous "la tutelle de l'employeur" : il détermine les fautes et choisit les*

[1211] V. par exemple, Cass. soc., 27 septembre 2011, n° 10-16721 : « le salarié avait, à de multiples reprises**, utilisé de manière délibérée la carte professionnelle** de la société à des fins strictement personnelles pour des montants importants, la cour d'appel a pu décider que **ces détournements de fonds caractérisaient une volonté de nuire à l'employeur** ».

[1212] J. Déprez, « Vers une évolution du régime de la responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur », *RJS* 5/92, p. 319.

[1213] Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-28133.

[1214] Cass. soc., 21 juin 2006, n° 04-43388.

[1215] Cass. soc., 3 octobre 1995, n° 92-41567.

sanctions »[1216]. Il peut aussi, à l'appui de la faute lourde ayant justifié le licenciement, demander la réparation du préjudice qu'il a subi.

En revanche, l'employeur doit être diligent, car *« il importe peu que l'employeur ait ou non subi un préjudice en raison de la faute lourde du salarié dès lors qu'il n'a pas invoqué les faits caractérisant cette dernière dans la lettre de licenciement* »[1217]. Dans un arrêt du 16 mars 1999, les juges de la Cour de cassation rappellent, en effet, que l'employeur doit énoncer le ou les motifs de licenciement dans la lettre de licenciement[1218], faute de quoi, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse[1219] . Une simple référence à la gravité des faits reprochés[1220] ne suffit pas. Les motifs contenus dans la lettre de licenciement permettent ainsi de fixer les limites du litige[1221] et interdisent au juge de s'intéresser à des griefs invoqués ultérieurement par l'employeur[1222]. Les juges tirent les conclusions de cette règle : à défaut d'avoir justifié la faute lourde du salarié, l'employeur perd le droit de la revendiquer devant le juge. L'emprise de la fixation des limites du litige est renforcée. « *Par une absorption totale de la forme sur le fond, la cour régulatrice ôte toute possibilité à l'employeur négligent d'invoquer des faits susceptibles d'engager la responsabilité pécuniaire du salarié pour faute lourde* »[1223]. Et l'aveu du salarié quant à la réalité des faits invoqués n'a pas changé la solution. La forme l'a emporté sur le fond et avec elle, le droit à réparation, faute pour la victime – l'employeur – de pouvoir démontrer son préjudice comme étant réparable.

263. L'immunité du salarié semble donc pouvoir être combattue par deux moyens, la démonstration d'une faute lourde en matière de responsabilité civile, ou la mise en œuvre de la procédure disciplinaire en matière de droit du travail, bien que leur conciliation

[1216] B. Bossu, « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », *op. cit*., spéc. p. 32.
[1217] C. Puigelier, note sous Cass. soc., 16 mars 1999, n° 96-45247, *Bull. civ*. V, n° 115, *D*. 2000, p. 297.
[1218] Art. L. 122-14-2 c. trav.
[1219] Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 88-44308, *Bull. civ*. V, n° 598, *Dr. soc*. 1991, p. 99, note J. Savatier ; *D*. 1991, p. 3.
[1220] Cass. soc., 30 novembre 1994, n° 93-40422 et n° 93-40368, *Bull. civ*. V, n° 317, *Dr. soc*. 1995, p. 60, obs. F. Favennec.
[1221] Cass. soc., 22 janvier 1998, n° 95-41496, *Bull. civ.* V, n° 28, *JCP* E 1998.402 ; Cass. ass. plén., 27 novembre 1998, n° 97-40423, *Bull. ass. plén*. n° 6, *JCP* 1999.II.10019, note D. Corrignan-Carsin ; *D*. 1999, p. 11.
[1222] Cass. soc., 30 juin 1993, n° 91-43725, *Bull. civ*. V, n° 186, *Dr. soc*. 1993, p. 771.
[1223] C. Puigelier, note sous Cass. soc., 16 mars 1999, *op. cit*.

semble difficile à envisager[1224]. Reconnaître au préjudice un caractère réparable passe en effet par la démonstration de la faute lourde « contractuelle » et non disciplinaire.

264. Peut-être la matière pénale apporte-t-elle, par ailleurs, quelques informations sur l'avenir de l'appréciation de la faute lourde. En condamnant un salarié pour détournement de son temps de travail[1225], les juges de la Cour de cassation laissent entrevoir une issue pour des employeurs confrontés à l'irresponsabilité civile et pénale de leurs salariés. Ils ont en effet accepté de porter atteinte à l'immunité du salarié en admettant diverses exceptions. D'abord, ils l'ont écartée dans les cas d'infraction pénale intentionnelle du préposé[1226], sans exiger une condamnation pénale[1227]. Ils ont poursuivi leur construction en l'excluant en cas d'infraction pénale non intentionnelle pour faute qualifiée[1228] jusqu'à admettre la responsabilité du salarié en présence d'une simple infraction pénale même non intentionnelle[1229]. Le procès pénal peut donc être l'allié de la condamnation civile. La faute pénale permet de mettre à mal l'immunité civile du salarié. Il ne faut toutefois pas donner au droit pénal un rôle supérieur à celui qu'il tient réellement. Même si le préjudice de l'employeur est réparable grâce à la voie pénale, les juges peuvent limiter la portée de cette reconnaissance, en excluant une réparation intégrale du préjudice. C'est l'exemple d'un célèbre *trader* qui n'a pas eu à réparer l'entier préjudice subi par l'employeur[1230] car ce dernier avait lui-même commis des « *fautes […] ayant concouru au développement de la fraude et à ses conséquences financières* »[1231].

265. L'obstacle à la reconnaissance du préjudice réparable de l'employeur se révèle plutôt difficile à surmonter. Au-delà des rapports individuels du travail, c'est aussi à

[1224] Le caractère unilatéral de la démarche disciplinaire semble peu compatible avec l'intervention du juge exigée par la responsabilité civile, B. Bossu, « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », *op. cit*., spéc. p. 32.

[1225] Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83031, *Bull. crim*. n° 145, note V. Malabat, *RDT* 2013, p. 767.

[1226] Cass. ass. plén., 14 décembre 2001, n° 00-82066, *Bull. ass. plén.* n° 17, arrêt *Cousin*, *D*. 2002, p. 1230, note J. Julien ; *D.* 2002, p. 1317, obs. D. Mazeaud ; *D*. 2002, p. 2117, obs. B. Thullier ; *RDSS* 2002, p. 526, obs. G. Mémeteau ; *RTD civ*. 2002, p. 109, obs. P. Jourdain.

[1227] Cass. crim. 7 avril 2004, n° 03-86203, *Bull. crim*. n° 94, *D*. 2004, p. 1563 ; Cass. civ. 2ème, 21 septembre 2004, n° 03-15451, *Bull. civ*. II, n° 402, *RCA* 2005, comm. 2, par H. Groutel ; *Lexbase Hebdo* 2004, Éd. sociale, n° 136, note Ch. Radé.

[1228] Cass. crim. 28 mars 2006, n° 05-82975, *Bull. crim*. n° 91, *D*. 2006, p. 1252 ; *RTD civ*. 2007, p. 135, obs. P. Jourdain.

[1229] Cass. civ. 2ème, 20 décembre 2007, n° 07-13403, *Bull. civ*. II, n° 274, *D*. 2008, p. 1248, note J. Mouly ; *D*. 2008, p. 648, chron. J.-M. Sommer et C. Nicoletis ; *RTD civ*. 2008, p. 315, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 2ème, 21 février 2008, n° 06-21182, *D*. 2008, p. 2125, note J.-B. Laydu.

[1230] Estimé par les juges du fond à 4 915 610 154 €.

[1231] Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87416, *Bull. crim*. n° 86, *D.* 2014, p. 912, note J. Lasserre Capdeville et obs., T. Coustet ; *RTD civ*. 2014, p. 389, note P. Jourdain ; *JCP* G 2014.I.449, obs. V. Wester-Ouisse.

l'occasion des rapports collectifs que certains préjudices peuvent être causés, sans que leur caractère réparable ne soit plus simple à démontrer.

B. Préjudice réparable et exercice du droit de grève des salariés

266. Certes, l'employeur est titulaire d'une action en justice contre certains grévistes, contre les syndicats ou les représentants du personnel, afin de voir réparés les préjudices subis, mais elle ne lui sera favorable qu'à raison d'une faute lourde commise à l'occasion de cette grève. L'appréciation du comportement dommageable (1) doit concilier l'exercice d'un droit du salarié avec son comportement pendant l'exercice de ce droit. Il y a toutefois dans cette hypothèse, une autre question que celle du comportement dommageable, celle de savoir si l'employeur peut justifier d'un préjudice réparable (2).

1) Prouver le comportement dommageable

267. Apparues dans les années 1960[1232], les actions[1233] en responsabilité civile, sur le fondement de l'article 1240[1234] du Code civil[1235], ont pu faire craindre un détournement de la responsabilité civile qui deviendrait « *une arme ajoutée à d'autres dans l'arsenal des procédés anti-grèves et cette arme serait d'autant plus redoutable qu'elle se présente sous l'apparence inoffensive et même bénéfique d'un remède, d'une protection accordée à ceux qui subissent un préjudice* »[1236]. Ce que révèle cette action est, en réalité, l'équilibre entre le droit de grève reconnu par la Constitution[1237] et le droit des victimes d'actes fautifs commis à l'occasion de l'exercice de ce droit de grève appelant réparation[1238]. La jurisprudence a d'ailleurs « *éprouvé dans un premier temps de réelles difficultés pour concilier les exigences du droit de grève avec les règles de la responsabilité civile, les magistrats privilégiant généralement la logique propre au droit*

[1232] G. Viney, « Responsabilité civile et relations collectives de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 416, spéc. p. 417.
[1233] Des actions qui sont pour certains auteurs inconciliables avec la responsabilité civile puisque « *la nocivité est inhérente à la grève* », H. Sinay, « La neutralisation du droit de grève ? », *Dr. soc.* 1980, p. 250.
[1234] Anc. art. 1382 C. civ.
[1235] Les salariés cessant le travail, le rapport contractuel est suspendu, l'action est donc fondée sur le régime délictuel.
[1236] G. Viney, « Responsabilité civile et relations collectives de travail », *op. cit.*, spéc. p. 417.
[1237] Alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.
[1238] Sur les rapports entre la grève et la responsabilité, V. Ch. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 247 et s.

civil »[1239]. La grève, en tant que droit individuel d'expression collective[1240] semblait en effet condamner toute action individuelle, et encore plus les actions dirigées contre les syndicats, puisque le syndicat, en tant que personne morale, ne peut pas faire grève[1241]. Pourtant, les juges ont admis que tous les participants aux conflits collectifs, y compris les délégués syndicaux[1242] et les organisations syndicales[1243], peuvent être jugés responsables. La responsabilité civile n'admettant pas la responsabilité collective, les juges ont transposé le schéma classique de la faute individuelle[1244]. Ainsi, tous les grévistes engagent individuellement leur responsabilité, s'ils ont commis une faute.

268. D'abord, se pose la question du mouvement de grève. Est-il licite ou non ? « *Dès l'instant où l'arrêt de travail, auquel il avait participé, ne relevait pas des dispositions de l'article L. 521-1[devenu L. 2511-1] du Code du travail* »[1245], le salarié ne bénéficie plus de la protection de cet article. Certes, « *Le "gréviste" n'est plus gréviste en droit s'il participe à un mouvement illicite ; son contrat n'est donc plus suspendu, et l'inexécution fautive de ses obligations contractuelles peut être sanctionnée en dehors de toute faute lourde* »[1246] mais il reste un salarié. Autrement dit, si l'immunité spéciale du droit de grève disparaît, il lui reste l'immunité civile et la démonstration d'une faute lourde reste inconditionnelle pour que le préjudice de l'employeur soit réparable.

269. Ensuite, c'est la participation individuelle des salariés qui doit être appréciée. Un syndicat n'est pas présumé responsable des actes préjudiciables commis[1247] à l'occasion de la grève[1248], l'organisation syndicale ne répond que des actes de ses dirigeants, de ses

---

[1239] Ch. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile, op. cit*., p. 254.
[1240] Cass. soc., 9 novembre 1982, n° 80-16929, *Bull. ch. soc*. n° 615, *Dr. soc.* 1983, p. 175, note J. Savatier.
[1241] G. Lyon-Caen, « La recherche des responsabilités dans les conflits du travail », *D.* 1979, p. 255.
[1242] Pour l'un des premiers exemples, V. Cass. soc., 8 février 1972, n° 71-40285, *Bull. ch. soc.* n° 113, *D.* 1972, p. 656, note J. Savatier.
[1243] V. par exemple, Cass. soc., 26 juillet 1984, n° 82-14355, *Bull. civ*. V, n° 331.
[1244] V. toutefois l'article 1240 de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile qui prévoit que « « *Lorsqu'un dommage [corporel] est causé par un membre indéterminé d'un groupe de personnes identifiées agissant de concert ou pour des motifs similaires, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé* ».
[1245] Cass. soc., 16 novembre 1993, n° 91-41024, *Bull. civ*. V, n° 268, *Dr. soc.*1994, p. 35, avis Ph. Waquet et comm. J-E. Ray.
[1246] J.-E. Ray, note sous Cass. soc., 16 décembre 1993, *op. cit*.
[1247] L'employeur ne peut pas invoquer une faute d'abstention chaque fois que le syndicat ne s'oppose pas aux illégalités de certains grévistes. Une telle faute obligerait le syndicat à encadrer l'exercice du droit de grève, qui s'exerce, au contraire, individuellement.
[1248] V. par exemple Cass. soc., 17 juillet 1990, n° 88-11937, *Bull. civ*. V, n° 375 : « *les grévistes, même lorsqu'ils sont représentants du syndicat auprès de l'employeur ou des organes représentatifs du personnel au sein de l'entreprise, ne cessent pas d'exercer individuellement le droit de grève et n'engagent pas par les actes illicites auxquels ils peuvent se livrer la responsabilité des syndicats auxquels ils appartiennent* ».

représentants[1249] ou des ordres qu'elle a pu donner[1250]. En revanche, les juges ont retenu « *le principe selon lequel toute faute est de nature à fonder la responsabilité du syndicat, sans qu'il soit nécessaire que la faute soit lourde. [Ainsi,] la jurisprudence manifeste sa volonté de policer des mouvements qui par leur nature sont une contestation radicale de l'autorité de l'employeur* »[1251]. Il faut toutefois pouvoir démontrer la commission d'une faute, ayant causé un préjudice. Or, il apparaît difficile de distinguer avec précision la faute du syndicat de certains faits illicites causés par les grévistes eux-mêmes. « *Entre la consigne qu'il a pu donner et le fait dommageable s'intercale l'action du gréviste* »[1252]. Par ailleurs, si l'intention de nuire économiquement à l'employeur existe à chaque mouvement de grève, comment concilier cette intention et la qualification de faute lourde ? « *La liberté d'agir et de nuire trouvera sa juste limite dans l'incitation ou l'encouragement à la commission de délits pénaux ou d'actions "exorbitante" au sens propre* »[1253].

270. S'agissant des salariés, seul leur comportement illicite, leur faute personnelle[1254], permet d'engager leur responsabilité[1255], une faute qui doit être en lien direct avec le préjudice[1256]. La faute occupe donc la place essentielle de la responsabilité civile engagée à l'occasion d'un conflit collectif. Se pose alors la question de l'appréciation de cette faute. Appréciée de façon restrictive, elle témoignera une fois encore d'un obstacle au préjudice réparable de l'employeur, difficile à contourner.

Il semble qu'en la matière, la faute lourde soit retenue sans l'intention de nuire, comme en droit commun. Les juges concluent à l'existence d'une faute lourde du salarié qui participe à une cessation du travail illicite[1257], ou qui commet des actes d'une extrême gravité, sans nécessairement relever l'intention de nuire. C'est par exemple le cas des

---

[1249] Deux catégories d'actes engagent la responsabilité du syndicat : « *ceux qu'il a ordonnés ou accomplis par l'intermédiaire de ses organes dirigeants agissant es-qualités et ceux auxquels il a incité les grévistes par l'intermédiaire de ses propres délégués, mais à condition, dans cette seconde hypothèse, que ceux-ci aient agi sur ses ordres, à titre de représentants du syndicat et non à titre personnel, en leur seule qualité de salarié* », G. Viney, « Responsabilité civile et relations collectives de travail », *op. cit*., spéc. p. 419.

[1250] Cass. soc., 30 janvier 1991, n° 89-17332, *Bull. civ*. V, n° 40, *Dr. ouvr*. 1991, p. 107, note F. Saramito. Les juges de la Cour de cassation considèrent que : « *les juges du fond ont relevé que les entraves au libre accès de l'entreprise et à la liberté du travail avaient été effectuées sur les instructions du syndicat, qui a ainsi engagé sa responsabilité* » .

[1251] B. Grelon, « Syndicats et politiques de l'entreprise », *in L'actualité de la charte d'Amiens*, PUF, Paris, 1987, p. 167.

[1252] J.-E. Ray, *Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève*, *op. cit.*, p. 392.

[1253] *Ibid*., p. 372.

[1254] Cass. soc., 30 janvier 1991, n° 89-17332, préc.

[1255] Cass. soc., 18 janvier 1995, n° 91-10476, *Bull.* civ. V, n° 27, *RJS* 3/95, n° 289.

[1256] Cass. soc., 19 octobre 1994, n° 92-11795, *Dr. ouvr*. 1995, p. 146.

[1257] Cass. soc., 25 juin 1987, n° 85-40250, *Bull. civ*. V, n° 420, *D.* 1998, p. 99, obs. J. Pélissier.

actes de violence à l'égard de non-grévistes[1258], de l'occupation des lieux[1259], de la séquestration d'un cadre[1260], de l'entrave à la liberté du travail des non-grévistes[1261]. Bien que l'intention de nuire ne soit pas expressément exigée, les exemples la révèlent implicitement et certains juges du fond la mentionnent[1262].

De la même façon, l'abus du droit de grève[1263] n'est pas justifié par une référence à la faute lourde. Pourtant, « *l'abus de droit*[1264] *est la terre d'élection des questions d'intention car le critère intentionnel permet de démasquer une faute là où l'exercice d'un droit n'est pas, à lui seul, fautif* »[1265]. Toutefois, confronté au droit de grève, l'intention se révèle être un critère inefficace de l'abus. « *La finalité de celle-ci est en effet de nuire à l'employeur et à l'entreprise. C'est précisément de cette nuisance que découle son efficacité ; si elle ne gênait pas l'employeur, elle n'aurait aucun intérêt. […] C'est pourquoi le critère de l'intention de nuire ne peut servir à caractériser un abus du droit de grève, pas plus d'ailleurs qu'il ne peut être utilisé pour caractériser la faute lourde du gréviste* »[1266].

L'absence de référence à l'intention de nuire paraît légitime, s'y référer « *pour caractériser la faute lourde impliquerait que le juge puisse distinguer l'intention légitime de nuire, protégée par la loi, de l'intention coupable qu'elle réprime* »[1267]. La jurisprudence lui a donc préféré des critères objectifs, telles que la faute ou la mauvaise foi, sans qu'elle ne pose aucun critère précis[1268]. Les juges qualifient l'abus du droit de grève au regard de la gravité des faits : désorganiser anormalement l'entreprise[1269],

---

[1258] Cass. soc., 19 novembre 1987, n° 84-45895, *Bull. civ*. V, n° 654.
[1259] Cass. soc., 4 novembre 1992, n° 90-41899, *Bull. civ*. V, n° 529, *Dr. soc*. 1992, p. 1007 ; Cass. soc., 3 mai 2016, n° 14-28353 et 14-28354, *à paraître*, *SSL* 2016, n° 1723, p. 15.
[1260] Cass. soc., 1er avril 1997, n° 95-42246, *Bull. civ*. V, n° 131, *D*. 1997, p. 117.
[1261] Cass. soc., 15 mai 2001, n° 00-42200, *Bull. civ*. V, n° 166, *D*. 2001, p. 1772.
[1262] CA Metz, ch. soc., 18 sept. 1996, *SA Sarreguemines bâtiment c/ Mme Gilbert*, JurisData n° 046927, *JCP* E 1997.541 ; CPH Montauban, 14 septembre 2015, n° 14/00246*M. L. c/ SAS Nutribio et a.*, *JCP* S 2015.1450, note B. Teyssié.
[1263] La reconnaissance du droit de grève « *ne saurait exclure les limitations apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'éviter un usage abusif* », CE 7 juillet 1950, *Dehaene*, *D*. 1950, p. 538, note A. Gervais.
[1264] La théorie de l'abus de droit a été développée par Saleilles (R. Saleilles, « De l'abus de droit », Rapport présenté à la commission de révision du Code civil, *Bulletin de la société d'études législatives*, 1905, p. 325) et Josserand (L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Réimpression de la 2ème éd., de 1938, Dalloz, Paris, 2006).
[1265] A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, *op. cit*., p. 138.
[1266] Ph. Waquet, « La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève », *RJS* 9/95, p. 139.
[1267] Ch. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile, op. cit*., p. 266.
[1268] Sur l'abus du droit de grève, V. P. Barthmanabane, *L'abus du droit syndical*, LGDJ, Paris, 1993.
[1269] Cass. soc., 6 janvier 1972, n° 70-40512, *Bull. ch. soc*. n° 3, *JCP* 1972.II.10678. *A contrario*, Cass. soc., 18 janvier 1995, n° 91-10476, *Bull. civ*. V, n° 27 ; Cass. soc., 5 juillet 1995, n° 93-20402, *Bull. civ*. V, n° 232.

interdire l'accès des locaux aux non-grévistes[1270], occuper des locaux[1271] ou encore porter atteinte à l'image de l'entreprise auprès de certains clients[1272]. Ce sont ces mêmes critères que l'employeur devra mettre en avant pour prouver que les faits revêtent l'intention de nuire du salarié.

271. Après cette démonstration de la faute lourde, encore faudra-t-il que l'employeur établisse avoir subi un préjudice réparable.

2) Prouver le préjudice réparable

272. « *Lorsqu'un mouvement est illicite* ab initio *et ne reçoit pas la qualification de grève, la détermination des dommages réparables paraît simple à effectuer : tous les dommages matériels, corporels et moraux résultant des comportements incriminés devront être indemnisés. Cette logique commutative, arithmétique, est apparemment simple et incontestable. Pourtant, elle semble bien incapable de rendre compte avec finesse de situations complexes* »[1273]. La réalité du préjudice peut parfois être difficile à établir. Admettre le préjudice réparable de l'employeur dans ces hypothèses suppose d'admettre que les salariés ont l'obligation d'indemniser l'entreprise de la baisse de production, alors même qu'ils exercent un de leurs droits[1274]. Il s'agit là de la délicate articulation de la responsabilité civile avec « *le droit de causer un préjudice à l'employeur que constitue la grève* »[1275]. L'existence du préjudice est, en effet, consubstantielle à la grève. L'exercice du droit de grève cause de toute évidence un dommage mais encore faut-il pouvoir qualifier les préjudices réparables qui en sont nés. « *Dès lors, convient-il pour chaque espèce de séparer le bon grain de l'ivraie : de différencier le "bon préjudice", simple conséquence de l'exercice d'un droit du "mauvais préjudice" causé directement par les fautes du syndicat* »[1276].

273. Les atteintes aux biens, les violences peuvent facilement être chiffrées. En revanche, le préjudice économique, déterminé par les juges, semble plus difficile à qualifier de réparable. En décidant que « *le préjudice résultant pour l'employeur de la*

[1270] Cass. soc., 7 mai 1987, n° 83-45000, *Bull. civ*. V, n° 278.
[1271] Cass. soc., 6 juin 1989, n° 87-40738, *Bull. civ*. V, n° 425, *D*. 1990, p. 169, note G. Borenfreund.
[1272] CA Paris, 9 janvier 2001, n° S98/39146 et S00/30544, *D*. 2001, p. 594.
[1273] Ch. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile, op. cit*., p. 279.
[1274] Au titre duquel les salariés bénéficient d'une immunité disciplinaire, art. L. 2511-1 C. trav.
[1275] J.-E. Ray, *Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève, op. cit*., p. 346.
[1276] *Ibid*., p. 379.

diminution des résultats commerciaux n'a qu'un caractère indirect qui rend irrecevable sa constitution de partie civile devant la juridiction répressive »[1277], les juges invitent à penser que la reconnaissance d'un préjudice réparable de l'employeur est limitée. D'ailleurs, si l'employeur peut pratiquer une retenue sur les salaires du gréviste, ce qui compense une partie de son préjudice, la recherche de la responsabilité du syndicat pour ce préjudice suppose de prendre en compte cette part de salaires non versés. À défaut, il y aurait le risque de réparer deux fois le même préjudice.

274. La comparaison de cette position à celle retenue pour les salariés se révèle, toutefois, plutôt sévère. Des salariés non-grévistes peuvent demander la réparation de leur préjudice subi[1278] par la perte des salaires lorsque l'activité de l'entreprise a été paralysée dans des conditions abusives[1279]. Or, cette perte de salaire peut s'assimiler à la perte de bénéfice, à la perte de production de l'employeur, qui reste pourtant « indirecte » quand c'est l'employeur qui en demande réparation. Comment justifier la différence d'appréciation ? Le Professeur Pradel a pu justifier le caractère réparable du préjudice des salariés par la nécessité de compenser le « *chômage forcé* » [1280] de ces derniers. Nous y voyons aussi l'appréciation stricte du préjudice économique de l'employeur par les juges, seule la « *désorganisation de l'entreprise* » justifie une perte économique réparable.

275. Le constat selon lequel ne sont parfois prononcées que des condamnations purement symboliques[1281] finit de convaincre que la réparation du préjudice de l'employeur est une véritable épreuve judiciaire, en raison d'un caractère réparable difficile à prouver. L'obstacle est, à l'inverse, plus facilement levé lorsqu'il s'agit d'atteindre la réparation du préjudice du salarié.

276. Parmi « *les solutions les plus originales du droit du travail – liées à une prise en compte de l'inégalité des contractants et de la dimension collective* »[1282], on peut donc citer l'aménagement de la responsabilité contractuelle du salarié. Toutefois, l'obstacle ainsi créé au caractère réparable du préjudice de l'employeur connaît une faille : la démonstration d'une faute lourde du salarié, quoi que les juges l'apprécient avec rigueur.

[1277] F. Duquesne, note sous Cass. crim. 23 avril 2003, n° 02-84375, Boano et Moala, *Dr. soc.* 2003, p. 994.
[1278] Ils peuvent se constituer partie civile, leur demande est recevable puisque leur préjudice est la conséquence directe de l'infraction.
[1279] Cass. crim., 16 décembre 1982, n° 81-93956, *Bull. crim*. n° 297.
[1280] J. Pradel, « Au confluent des relations de travail et du droit pénal : l'exemple du délit d'entrave à la liberté du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 37.
[1281] J. Déprez, « La responsabilité des salariés à l'occasion de grèves », *BS F. Lefebvre*, avril 1982, n° 7, p. 117.
[1282] J.-J. Dupeyroux, « Avant-propos. Droit civil et droit du travail : l'impasse », *Dr. soc.* 1988, p. 371.

Une autre originalité du droit du travail doit être relevée : l'immunité, cette fois, de l'employeur prévue en matière d'accidents du travail et de maladie professionnelle.

§2. L'appréciation modérée de la faute inexcusable commise par l'employeur

277. L'irresponsabilité civile de l'employeur en cas d'accidents du travail ou de maladies professionnelles s'impose comme un obstacle au préjudice réparable du salarié dans la mesure où tout son préjudice n'est intégralement reconnu. Pourtant la doctrine et les juges ont su imaginer les moyens de contourner cette réparation forfaitaire en ouvrant la liste des préjudices réparables . En interprétant le remède offert par la loi elle-même, la faute inexcusable, ou en imposant une obligation de sécurité à l'employeur, la démarche est guidée par le même objectif, donner à un plus grand nombre de préjudices le caractère réparable en contournant la protection accordée à l'employeur. La notion de faute inexcusable a fait l'objet d'une évolution particulière. Impassible pendant plusieurs années, elle a connu un revirement qui l'a libérée (A). Conséquence de cette nouvelle définition, l'obligation de sécurité de l'employeur est insérée au contrat de travail et évoque un possible retour aux conditions du droit de la responsabilité contractuelle (B). Elle porte en elle l'espoir d'étendre les prjéudices réparables au-delà de la liste prévue par le Code de la sécurité sociale (C).

A. Le droit de la sécurité sociale contre lui-même

278. Dans la loi de 1898, la faute inexcusable n'apparaissait qu'à l'article 20 de la loi. Et, comme le relève Monsieur Sargos, « *on devrait plutôt parler des fautes inexcusables* »[1283]. Car c'est d'abord la faute inexcusable de l'ouvrier qui est prévue dans la loi, ayant pour effet de diminuer la pension à laquelle il peut prétendre. Ensuite seulement est précisé que « *lorsqu'il est prouvé que l'accident est dû à la faute inexcusable du patron ou de ceux qu'il s'est substitué dans la direction, l'indemnité pourra être majorée, mais sans que la rente ou le total des rentes allouées puisse dépasser soit la réduction, soit le montant du salaire annuel* »[1284]. C'est ainsi que la faute

[1283] P. Sargos, « La saga triséculaire de la faute inexcusable », *D.* 2011, p. 768, spéc. p. 770.
[1284] Article 20, tel qu'issu de loi du 9 avril 1898.

inexcusable devient la clé d'une ouverture des préjudices réparables, sans définition précise de cette faute. C'est au juge qu'est revenue la tâche de définir cette faute, retenant d'abord une conception restrictive (1) avant de l'assouplir (2).

1) Une stricte définition jurisprudentielle

279. « *C'est de tout évidence, avec la volonté de créer un degré intermédiaire entre le dol et la faute lourde que la loi du 9 avril 1898 relative aux accidents du travail a introduit dans la langue juridique l'expression de faute inexcusable jusque là inusitée* »[1285]. La notion de faute inexcusable est née d'un besoin particulier, celui d'une loi qui s'inscrit en marge de la responsabilité civile, une loi qui substitue la notion de responsabilité de l'employeur pour risque à celle de faute. La dispense de preuve du lien de causalité entre l'accident et le dommage obtient, en compromis, une réparation forfaitaire et l'exclusion de toute action sur le fondement du droit commun. C'est alors que la faute inexcusable est introduite, afin de limiter cette inédite immunité de l'employeur.

280. Ne donnant aucune définition de la faute inexcusable, le législateur incitait la doctrine et les juges à l'appréhender à travers la hiérarchie des fautes existantes, entre faute intentionnelle et faute lourde. Elle a aujourd'hui été étendue à d'autres domaines[1286] sans qu'elle n'ait jamais fait l'objet d'une définition précise de la part du législateur.

Les juges ne se sont intéressés à la notion de faute inexcusable qu'au milieu du XXème siècle, en énonçant la rigoureuse formule de l'arrêt *Veuve Villa*[1287]. Il fallait donc entendre de la faute inexcusable de l'employeur, *« toute faute d'une gravité exceptionnelle dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant par le défaut d'un élément intentionnel »*[1288]. La réunion d'une « *action ou une omission volontaire* », d'une « *exceptionnelle gravité* », avec la « *conscience du danger* », limita l'essor du contentieux. En exigeant une faute déterminante et aucun

[1285] G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité, op. cit*., p. 571.
[1286] G. Légier, « La faute inexcusable de la victime d'un accident de la circulation régi par la loi du 5 juillet 1985 », *D*. 1986, p. 97 ; V. aussi, A. Sériaux, *La faute du transporteur*, 2ème éd., Economica, Paris, 1998.
[1287] Cass. ch. réunies, 15 juillet 1941, arrêt *Dame Veuve Villa*, *Les grands arrêts de la Sécurité sociale*, Dalloz, Paris, 1998, n° 56 ; *JCP* G 1941.II.1705, note J. Mihura ; *DC* 1941, p. 117, note A. Rouast : l'auteur relève le refus des juges de la Cour de cassation de contrôler les appréciations des juges du fond quant à la qualification de cette faute.
[1288] Cass. ch. réunies, 15 juillet 1941, préc.

comportement imprudent opposable à la victime, les conditions de la faute inexcusable la rendaient trop difficile à prouver. Sa qualification restait aussi en question[1289] : était-ce une faute pénale ou une faute civile dolosive[1290] ?

281. La confusion avec la faute pénale a été atténuée[1291] par la loi du 10 juillet 2000[1292]. « *L'objectif essentiel de cette loi [… était] de mettre fin à l'identité de la faute civile et de la faute pénale*[1293] *de façon à éviter des poursuites pénales à l'encontre de personne qui, non seulement n'ont pas eu l'intention de faire le mal, mais n'ont pas même violé de manière intentionnelle une obligation de prudence. Il s'agit au fond d'opérer une distinction entre les fautes qui manifestent la volonté de faire courir un risque et les fautes qui constituent de simples imprudences, ces dernières engageant la responsabilité civile mais les premières seules pouvant justifier des poursuites pénales. Il ne sera donc plus désormais nécessaire de condamner pénalement une personne pour engager sa responsabilité civile* »[1294]. La rupture est pleinement consacrée depuis que la faute inexcusable n'est plus une faute d'une exceptionnelle gravité.

Les conséquences de l'amiante ont en effet conduit les juges à redéfinir cette faute. Le nombre de salariés atteints d'une maladie professionnelle ne cessait de croître, ces vicitmes ont alors été amenées à demander la reconnaissance de la faute inexcusable de leur employeur. Des demandes qui se sont vite trouvées démunies devant l'impasse de la définition et l'exigence du caractère de gravité exceptionnelle de la faute. Imposant ainsi une appréciation *in concreto* pour chaque employeur, la définition de la faute inexcusable

---

[1289] Pour une compilation de ces interrogations, V. not., Y. Saint-Jours, *La faute dans le droit général de la sécurité sociale*, LGDJ, Paris, 1972, R. Jaillet, *La faute inexcusable en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle*, LGDJ, Paris, 1980.

[1290] Certains auteurs continuent à s'interroger sur la nature de la faute inexcusable, V. notamment les réflexions du Professeur Morvan, qui considère qu'il s'agirait d'un « quasi délit-civil », « *Securitas omnia corrumpit*, ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la santé et la sécurité des travailleurs », *op. cit*., n° 6.

[1291] Si pour certains, « en ajoutant un article 4-1 au Code de procédure pénale, la loi du 10 juillet met fin à l'identité de la faute civile et de la faute pénale » (*SSL* 2000, n° 991, p. 2), pour d'autres la conclusion n'était pas si évidente : V. Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal », *D*. 2000, p. 603. La Cour de cassation a, pour sa part, pris acte de la distinction entre faute inexcusable et faute pénale, V. Cass. civ. 1ère, 30 janvier 2001, n° 98-14368, *Bull. civ*. I, n° 19, *RTD civ.* 2001, p. 376, obs. P. Jourdain ; *JCP* G 2001.I.338, n° 4, obs. G. Viney ; Cass. soc., 12 juillet 2001, n° 99-18375, *Bull. civ*. V, n° 267, *D.* 2002, p. 1311, obs. P. Jourdain ; *D.* 2001, p. 3390, note Y. Saint-Jours.

[1292] L. n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, *JO* n° 159 du 11 juillet 2000 page 10484 ; S. Petit, « Une nouvelle définition du délit d'imprudence », *Gaz. Pal*., 9-11 juillet 2000, n° 193, p. 2 ; G. Vachet, « L'incidence de la loi du 10 juillet 2000 relative aux délits intentionnels sur la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur », *Dr. soc.* 2001, p. 47.

[1293] Un objectif atteint, V. not., Cass. soc., 30 janvier 2003, n° 01-13692 ; Cass. civ., 2ème, 3 mai 2006, n° 04-30601 ; Cass. civ., 2ème, 15 mars 2012, n° 10-15503, *Bull. civ*. II, n° 46, *D*. 2012, p. 1316.

[1294] G. Vachet, « L'incidence de la loi du 10 juillet 2000 relative aux délits intentionnels sur la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur », *op. cit.*

aurait conduit à des différences de situations entre les victimes difficiles à justifier. Face à l'ampleur du « drame » de l'amiante et l'influence du droit communautaire[1295], les juges adoptent alors une nouvelle définition de la faute inexcusable[1296]. La formule est connue : « *l'employeur est tenu envers [le salarié] d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* ». Dès lors, il ne s'agit plus de savoir si l'auteur de la faute a eu réellement conscience du danger, mais seulement qu'il aurait dû en avoir conscience. L'appréciation de la conscience du danger se fait *in abstracto* et fait perdre à l'aspect subjectif de la faute inexcusable une bonne part de son autonomie par rapport à l'élément de gravité objective[1297].

282. L'œuvre de la Cour de cassation continue avec l'abandon de la faute inexcusable comme cause déterminante de l'accident[1298]. Avant cet arrêt, en cas de concours de fautes de l'employeur et du salarié, la faute imputable à l'employeur devait avoir été la cause déterminante dans la réalisation du dommage, à défaut, elle ne se voyait pas reconnaître le caractère de faute inexcusable[1299]. Les juges adoptent une nouvelle solution, estimant que « *tout manquement à [l']obligation contractuelle de sécurité-résultat [de l'employeur]se suffit à lui-même pour caractériser sa faute inexcusable, même si d'autres fautes ont concouru à la réalisation du dommage* »[1300]. Ce faisant, la Cour abandonne les critères classiques de la faute pour ne retenir que la conscience du danger, qu'elle déduit de l'obligation de sécurité de résultat à la charge de l'employeur. Enfin, comme « *la majoration de la rente prévue lorsque l'accident du travail est dû à la faute inexcusable de l'employeur, […] ne peut être réduite en fonction de la gravité de cette faute, mais*

[1295] Directive cadre 89/391/CEE du 12 juin 1989 « concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail »

[1296] Cass. civ., 2ème, 28 février 2002, n° 99-18390 et 00-11793, 26 arrêts dans le même sens, *Bull. civ*. V, n° 81 ; Rapport. annuel C. cass. 2002, p. 109 et 391 ; *RJS* 5/2002, nos 618, 621, 622, 623, 626 et 629 ; *D*. 2002, p. 2696, note X. Prétot ; *RTD civ*. 2002, p. 310, obs. P. Jourdain ; *Dr. soc.* 2002, p. 445, note A. Lyon-Caen; *Grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, Paris, 2010, n° 26; *JCP* E 2002.643, note G. Strebelle ; *JCP* G 2003.I.104, chron. P. Sargos.

[1297] G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité, op. cit*., p. 574.

[1298] Cass. soc., 31 octobre 2002, n° 00-18359, *Bull. civ*. V, n° 336, *D*. 2003, p. 644, note Y. Saint-Jours, et p. 382, obs. F. Signoretto.

[1299] Cass. soc., 17 février 1950, *Bull. civ*. IV, n° 168.

[1300] Y. Saint-Jours, note sous Cass. soc., 31 octobre 2002, *op. cit.*

seulement lorsque le salarié victime a lui-même commis une faute inexcusable »[1301], il fallait aussi préciser la définition de la faute inexcusable du salarié, en fixant des conditions suffisamment strictes pour n'être que difficilement retenue[1302].

283. Depuis les *arrêts amiante*, la faute inexcusable bénéficie donc d'une définition plus souple à laquelle s'ajoute une libre appréciation des éléments de preuves apportés par les victimes. S'agissant de la conscience du risque, l'employeur semble devoir connaître tous les risques présents dans son entreprise[1303]. Sa connaissance est parfois même présumée[1304]. Par ailleurs, « *ni l'existence d'un plan particulier de sécurité ni le comportement du travailleur victime de l'accident ne sont de nature à faire disparaître la faute inexcusable de l'employeur en lien avec la violation de son obligation de sécurité* »[1305]. C'est aussi l'obligation d'information et de formation du salarié qui sont appréciées avec sévérité. Le manquement de l'employeur à l'une de ses obligations permet la reconnaissance d'une faute inexcusable[1306]. Enfin, l'« *organisation du travail pathogène* »[1307] justifie la connaissance du risque de dépression ou de suicide par l'employeur.

284. L'évolution récente traduit donc une objectivation de la faute inexcusable qui la recentre hors du champ de la faute intentionnelle. Une telle appréciation répond aux insuffisances de la réparation forfaitaire car elle favorise l'octroi d'une réparation complémentaire. Toutefois, *cette extension du concept ne saurait être généralisée s'agissant notamment de la faute inexcusable de la victime lorsqu'elle diminue son droit à indemnisation. Dans ce cas, la faute inexcusable doit au contraire être interprétée*

[1301] Cass. soc., 19 décembre 2002, n° 01-20447, *Bull. civ*. V, n° 400, *D*. 2003, p. 1792, note Y. Saint-Jours ; *Dr. soc*. 2003, p. 243, obs. P. Chaumette.

[1302] Longtemps sans définition générale, la Cour de cassation a finalement défini la faute inexcusable du salarié comme « *la faute volontaire du salarié, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience* », Cass. civ., 2ème, 27 janvier 2004, n° 02-30693, *Bull. civ*. II, n° 25, *D*. 2004, p. 2185, obs. L. Noël ; *RTD civ*. 2004, p. 296, obs. P. Jourdain ; Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30038, préc. La formule use des mêmes termes que ceux définissant la faute inexcusable du piéton victime d'un accident de la circulation : Cass. ass. plén., 10 novembre 1995, n° 94-13912, *Bull. ass. plén*. n° 6, *D*. 1995, p. 633, rapp. Y. Chartier ; *JCP* G 1996.II.22564, concl., M. Jéol, note G. Viney.

[1303] V. par ex., Cass. civ. 2ème, 18 novembre 2010, n° 09-17275, *Bull. civ*. II, n° 191, *JCP* S 2011.1128, obs. T. Tauran.

[1304] Cass. civ., 2ème, 3 juillet 2008, n° 07-18689, *Bull. civ*. II, n° 167, *JCP* S 2008.399 ; Cass. civ. 2ème, 16 juin 2011, n° 10-21419.

[1305] P.-Y. Verkindt, « L'obligation de sécurité de résultat … encore et toujours !! », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2011, dossier n° 5, à propos de Cass. civ., 2ème, 1er juillet 2010, n° 09-15469.

[1306] Sur l'insuffisance d'une formation de 2 heures, Cass. civ. 2ème, 18 novembre 2010, n° 09-71318, *RCA* 2011, comm. 55 ; Sur l'apposition d'une fiche de poste près de cet outil avisant expressément d'un risque d'entraînement de la broche comme insuffisant, Cass. civ., 2ème, 22 septembre 2011, n° 10-17360

[1307] D. Asquinazi-Bailleux, « Étendue de l'obligation de sécurité de l'employeur », *JCP* S 2012.1143.

strictement afin que son droit à réparation ne soit pas systématiquement écarté. L'objectivation de la faute inexcusable comme l'interprétation opportuniste de la notion répondent à une volonté commune : l'indemnisation optimale des dommages résultant d'un accident »[1308]. Ces évolutions, bien que favorables aux victimes, demeurent pourtant insuffisantes. Certes, *in fine*, la réparation se trouve améliorée[1309] selon les conditions et modalités prévues par l'article L. 452-2 du Code de la sécurité sociale. Mais surtout, par la reconnaissance de la faute inexcusable, le salarié est censé bénéficier d'une indemnisation complémentaire des préjudices prévus à l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale[1310]. Or, tous les préjudices du salarié peuvent-ils être reconnus réparables ? Le remède à l'obstacle n'est-il pas partiel[1311] ? La démonstration simplifiée de la faute inexcusable ne suffisait pas, c'est seulement la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 qui est venu libérer le préjudice réparable de ces victimes.

2) La libération

285. La décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010[1312], dans laquelle est émise une réserve, ouvre droit à la réparation de « *l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du Code de la sécurité sociale* ». À la lecture de cette réserve, on peut penser que la liste des préjudices énumérés à l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale ne revêt plus un caractère limitatif mais seulement indicatif. Le Conseil constitutionnel laisse à l'appréciation souveraine des juridictions de l'ordre judiciaire le soin de déterminer quels sont les préjudices complémentaires. La désignation des préjudices réparables va devoir être faite avec précision : les préjudices couverts par l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale ne pouvant se voir réparés deux fois. Prenant acte de la réserve, les juges

[1308] A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, *op. cit*., p. 95

[1309] « *La rente due à la victime est en particulier majorée ; et c'est sur le montant de cette rente majorée qu'est calculée la majoration pour le recours à l'assistance d'une tierce personne. Mais, compte tenu du niveau faible des salaires perçus par la grande majorité des victimes, même la rente majorée tierce personne ne couvre pas le coût réel de l'assistance pour les victimes en ayant besoin en permanence* », P. Sargos, « La saga triséculaire de la faute inexcusable », *op. cit.*, spéc. p. 771.

[1310] Les souffrances physiques ; les souffrances morales ; le préjudice esthétique ; le préjudice d'agrément ; le préjudice résultant de la perte ou de la diminution des possibilités de promotion professionnelle.

[1311] Certains préjudices restaient ainsi écartés, notamment certains préjudices économiques (perte réelle de revenus, frais d'adaptation du domicile, du véhicule, assistance d'une tierce personne après la consolidation, frais d'obsèques,…) mais aussi des préjudices extrapatrimoniaux, tel que le préjudice sexuel. V. M. Blatman et P.-Y. Verkindt, *L'État de santé du salarié*, *op. cit.*, p. 188.

[1312] Cons. const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, préc.

ont précisé les préjudices devenus réparables : préjudice sexuel[1313], déficit fonctionnel temporaire[1314] ou encore frais d'aménagement du logement et d'adaptation du véhicule[1315].

286. Bien que la situation des victimes s'améliore, tous leurs préjudices ne sont pas reconnus réparables[1316]. Certains préjudices sont considérés comme compris dans la réparation forfaitaire et ne font pas l'objet d'une présentation autonome devant le juge. La double nature de la faute inexcusable rattrape le préjudice réparable. En effet, cette dernière n'est pas seulement une condition d'admission du préjudice réparable, elle est aussi une condition d'accès à une meilleure réparation, en ce qu'elle annihile la réparation forfaitaire prévue par la loi. La libération de la faute inexcusable ne suffit pas à considérer tous les préjudices réparables dans la mesure où certains restent enfermés dans une réparation forfaitaire, prévue par le Code de la sécurité sociale[1317]. Le Conseil constitutionnel s'est d'ailleurs gardé de consacrer « *expressis verbis, un principe de réparation intégrale* »[1318]. La question se pose encore : « *que signifie donc l'expression "réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du Code de la sécurité sociale"* »[1319] ? L'enjeu est de savoir si la formule du Conseil constitutionnel peut être interprétée de façon à offrir à tous les préjudices leur caractère réparable, indépendamment de tout lien avec les préjudices couverts par la réparation forfaitaire.

Certes, la formule « *n'impose formellement que la réparation des postes de préjudices absents de la liste de l'article L. 452-3 et non un complément d'indemnisation de ceux qui seraient indemnisés de façon imparfaite dans le cadre des accidents du travail* »[1320], mais elle n'exclut pas que la victime présente ses préjudices au juge. Le juge constitutionnel n'a pas consacré la réparation intégrale mais la reconnaissance intégrale des préjudices est admise. Si la formule est imparfaite quant à la réparation effective de ces préjudices[1321], le

---

[1313] Cass. civ., 2ème, 4 avril 2012, n° 11-14311 et 11-14594, *Bull. civ*. II, n° 67, *D*. 2012, p. 1098, note S. Porchy-Simon ; *RTD civ*. 2012, p. 539, note P. Jourdain.
[1314] *Ibid*.
[1315] Cass. civ., 2ème, 30 juin 2011, n° 10-19475, *Bull. civ*. II, n° 148, *D*. 2011, p. 1909.
[1316] Cass. civ., 2ème, 4 avril 2012, n° 11-10308, *Bull. civ*. II, n° 68, *D*. 2012, p. 1013, la formule est explicite : « *le caractère forfaitaire de cette rente n'a pas été remis en cause par la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, laquelle n'a pas consacré le principe de la réparation intégrale du préjudice causé par l'accident dû à la faute inexcusable de l'employeur* ».
[1317] Art. L. 452-3 C. SS.
[1318] G. Pignarre, « Simple réserve, mais grands effets… », *RDT* 2011, p. 186, spéc. n° 3.
[1319] *Ibid.*
[1320] S. Porchy-Simon, « Indemnisation des salariés victimes de faute inexcusable, la nouvelle donne ? », *in* Colloque Droit du dommage corporel, *Gaz. Pal.*, 19 et 20 décembre 2010, n° 353 à 355, p. 31.
[1321] Ne pas ouvrir la réparation des préjudices non-couverts par le livre IV du Code de la sécurité sociale serait néanmoins « *une atteinte disproportionnée aux droits des victimes* », tellement la réparation intégrale

considérant du Conseil constitutionnel participe sans aucun doute à lever l'obstacle de la recherche en « réparabilité ».

287. Si les évolutions semblent traduire un « allégement » de la faute inexcusable par des solutions qui en facilitent la reconnaissance[1322] et étendent les préjudices réparables causés par un accident ou une maladie d'origine professionnelle, il ne faut pas y voir un abandon progressif de la faute inexcusable. Elle demeure exigée pour prétendre à une meilleure reconnaissance des préjudices réparables. Même la réserve émise par le Conseil constitutionnel n'écarte pas cette condition pour donner au préjudice sa qualité de réparable. Affirmer que l'obstacle est levé appelle donc d'autres issues que les seules interprétations des concepts du droit de la sécurité sociale. Peut-être le droit commun est-il l'un de ses secours.

B. Le droit commun au secours du droit de la sécurité sociale

288. De la loi de 1898, la responsabilité civile de l'employeur ne ressurgit qu'exceptionnellement. L'appel à une obligation de sécurité de résultat[1323] par les arrêts « amiante » évoque, en revanche, la responsabilité contractuelle de droit commun. Obligation civile de l'employeur, son inexécution fautive devient le siège d'une condamnation à réparer intégralement tous les préjudices.

289. C'est d'abord toutes les victimes dont l'accident ou la maladie n'a pas été reconnu comme professionnel qui se tourneront vers les juges prud'homaux. On peut d'ailleurs se demander si, désormais, les salariés ont intérêt à voir leur accident ou leur maladie reconnus comme professionnels. La Cour de cassation a manifesté une certaine indulgence quant aux limites de la présomption d'imputabilité d'un accident[1324] et à

---

paraît « *inéluctable* » : J.-B. Prévost, « L'inéluctabilité de la réparation intégrale », *in* Colloque Droit du dommage corporel, *op. cit*., p. 18. Sur la réparation intégrale du préjudice, *cf. infra*, p. 243 et s.

[1322] À l'inverse, la faute inexcusable du salarié, qui entraîne une diminution de la rente accordée reste appréciée avec rigueur. « *Présente un tel caractère la faute volontaire du salarié, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience* », Cass. civ., 2ème, 27 janvier 2004, n° 02-30693, *Bull. civ*. II, n° 25 ; *D*. 2004, p. 436, obs. X. Prétot ; Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30038, préc.

[1323] Sur la naissance et la nature de cette obligation, *cf. supra*, p. 147.

[1324] La Cour de cassation a en effet apprécié avec souplesse les trois critères qui confèrent la qualification d'accident du travail que sont l'atteinte physique ou psychique, l'événement ou la série d'événements survenant par le fait ou à l'occasion du travail et la soudaineté de cet événement. V. par ex., Cass. soc., 2 avril 2003, n° 00-21768, *Bull. civ*. V, n° 132, *D*. 2003, p. 1724, obs. H. Kobina Gaba.

l'admission du caractère professionnel des maladies[1325], mais cette œuvre vient-elle encore au secours des victimes ? La croissance de l'obligation de sécurité de résultat conduit à une reconnaissance presque systématique du manquement de l'employeur à son obligation, entrainant l'admission des préjudices réparables du salarié. Les victimes du manquement à l'obligation de sécurité pourraient ainsi être tentées de préférer l'action en droit commun, et ne plus saluer la clémence du juge quant à la reconnaissance du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie.

290. Ensuite, en ayant recours à l'obligation de sécurité, les juges mêlent droit de la protection sociale et droit du travail. La réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles a incité les juges à forcer la définition de la faute inexcusable, par une référence à l'obligation contractuelle de sécurité. Désormais, il suffit que l'employeur ait eu conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'ait pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver pour justifier l'existence d'une faute inexcusable. Les juges de la deuxième chambre civile constatent ainsi, en réalité, « *un manquement de l'employeur à une obligation d'anticipation et de prévention des risques auxquels il expose ses salariés* »[1326]. Le contentieux du travail a donc nourri celui du social et le contentieux du social nourrit celui du travail. Les deux contentieux se mêlent au profit d'une victime à qui l'on souhaite une reconnaissance intégrale de ces préjudices.

C'est ainsi que les juges de la chambre sociale, *a priori* incompétents en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle[1327] ont, malgré tout ,consacré un préjudice réparable, celui de la perte de son emploi[1328]. Or, « *affirmer que la réparation de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle n'a pas le même objet que celle de la perte de l'emploi consécutive au licenciement prononcé suppose qu'il soit démontré que la réparation prévue par le Code de la sécurité sociale est envisagée indépendamment du sort réservé au contrat de travail et que les préjudices indemnisés*

[1325] Approbation des cours d'appel de considérer que la preuve d'une constatation médicale dans le délai de prise en charge pouvait être rapportée par un certificat postérieur à l'expiration de ce même délai (Cass. soc., 24 mai 1989, n° 87-18416, *Bull. civ*. V, n° 382) ; Appréciation souple de la preuve de l'existence d'une constatation médicale pour interrompre le délai de prise en charge (M. Voxeur, « Maladies professionnelles : la fin du délai de prise en charge ? », *JCP* S 2010.1295) ; Approbation des cours d'appel qui retiennent la preuve, même ultérieure à la fin du délai de prise en charge pour retenir le caractère professionnel de la maladie (Cass. civ. 2ème, 7 octobre 2010, n° 09-15950, *JCP* S 2011.1085, note M. Voxeur).

[1326] M. Keim-Bagot, *De l'accident du travail à la maladie : la métamorphose du risque professionnel. Enjeux et perspectives*, thèse Strasbourg, 2013, p. 179.

[1327] Sur la compétence du juge prud'homal en ce domaine, *cf. infra*, p. 385.

[1328] Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47455, *Bull. civ*. V, n° 176, *RDT* 2006, p. 94, obs. B. Lardy-Pélissier et p. 103, obs. F. Meyer ; *JCP* G 2006.II.10153, note J. Mouly ; *JCP* S 2006.1538, note G. Vachet

dans les deux cadres soient différents »[1329]. Il s'agit de savoir si la perte d'emploi est un dommage professionnel lié à l'accident ou à la maladie professionnelle, ou si elle est un dommage, distinct, lié au licenciement. De prime abord, la législation sociale semble réparer les préjudices liés à l'inaptitude professionnelle causée par la faute inexcusable de l'employeur. Parmi ces préjudices pourraient se trouver ceux causés par le licenciement pour inaptitude. D'ailleurs, la rente versée aux victimes est proportionnelle au taux d'incapacité, et la reconnaissance d'une faute inexcusable ouvre droit à la réparation du préjudice de perte de chance de promotion professionnelle.

291. La législation sociale est envisagée indépendamment du sort réservé au contrat de travail. Elle n'a pas été instaurée pour régir les conséquences de la rupture du contrat, mais les conséquences de l'accident ou de la maladie en cours d'exécution du contrat. Le droit du travail régit l'exécution du contrat et sa fin, dès lors, en cas d'inaptitude constatée et conduisant au licenciement, c'est bien de la fin du contrat de travail dont il s'agit. Dans l'hypothèse du licenciement pour inaptitude dû à une faute inexcusable, la perte de l'emploi n'est pas la conséquence d'une rupture « banale » du contrat de travail, mais celle d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Cela ne lui enlève pas sa qualité, selon nous, de dommage aux diverses conséquences préjudiciables, et emporte toutes les conséquences d'une classique perte d'emploi. Ce n'est pas seulement l'incapacité du salarié qui est en cause, mais la perte de son revenu pour le futur. Sa condition de salarié pour l'avenir disparaît et avec elle la stabilité dans l'emploi. Le préjudice physique ou psychique de l'accident ou de la maladie professionnel est différent du préjudice qui résulte de la perte de l'emploi. Considérer ce dernier comme réparable n'a rien d'étonnant lorsqu'il est compris comme un préjudice indépendant, autonome, lié à la rupture du contrat de travail et non à l'accident ou la maladie professionnelle.

292. Bien que la Cour de cassation soit revenue sur l'autonomie de ce préjudice[1330], nous continuons de penser que la perte de revenus pour l'avenir est un préjudice réparable, indépendamment du régime d'indemnisation sociale, sans à devoir craindre la double réparation d'un seul préjudice. De l'aveu de ces détracteurs, « *la réparation de la perte de capacité de gains par le droit de la sécurité sociale n'indemnise pas intégralement la perte de l'emploi mais, précisément, parce que la loi a prévu une*

[1329] A. Gardin, « Les contours de la réparation en cas de faute inexcusable de l'employeur », *RJS* 10/12, p. 651, spéc. p. 656.
[1330] Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28799, *Bull. civ*. V, n° 135, *D*. 2013, p. 1417, et p. 1768, note E. Wurtz ; *Dr. soc*. 2013, p. 764, obs. V. Orif ; *JCP* S 2013.1359, note E. Jeansen.

réparation forfaitaire »[1331]. Or, la faute inexcusable n'est-elle pas, « précisément » la clé d'accès à une réparation intégrale des préjudices ? La réserve du Conseil constitutionnel le suppose et surtout, la reconnaissance de la perte de l'emploi autonome permet de la faire échapper au débat lié à l'identification des postes de préjudices déjà couverts par l'article L. 451-3 du Code de la sécurité sociale. Nul doute que la perte d'emploi est un préjudice réparable. Reste au salarié à en prouver l'existence et l'étendue et au juge à l'apprécier. Au besoin, ils pourront la considérer atténuée par les prestations qui ont déjà été versées au salarié au titre de la législation sociale. Il s'agit bien de distinguer le préjudice réparable, de sa réparation. Si sa réparation peut soulever une question quant à son évaluation, en tout état de cause, il n'appartient pas au droit de condamner la démonstration d'un préjudice réparable.

293. Le volontarisme des juges dans la prise en considération des intérêts de la victime oblige à constater les failles que connaît aujourd'hui l'édifice de 1898. Face à la doctrine qui appelle à l'évolution[1332], à la rénovation[1333] du système, ils sont les acteurs du changement. Est-ce dire qu'ils iront jusqu'à faire disparaître la condition d'accès à la réparation du préjudice des victimes d'accident du travail et de maladie professionnelle ?

C. Une condition à l'avenir incertain

294. L'ouverture de la notion de faute inexcusable et la reconnaissance d'une obligation de sécurité sont-ils suffisants pour donner à tous les préjudices de ces victimes le statut de « préjudice réparable » ? Au contraire, ces évolutions ne signent-elles « *pas la nécessité pour le législateur d'intervenir afin d'actualiser un régime de réparation, qui […] ne correspond plus aujourd'hui, […] aux objectifs et idéaux de la société contemporaine* ? »[1334].

295. « *Les tribunaux sont des redresseurs de torts et non de lois* »[1335]. Au regard de l'appréciation de la faute inexcusable, il semble bien que les juges tentent de redresser la loi pour être sûrs de redresser les torts. Si la redéfinition de la faute inexcusable s'est faite

[1331] M. Blatman et P.-Y. Verkindt, *L'État de santé du salarié*, *op. cit*., p. 188.
[1332] G. Viney, « L'évolution du droit de l'indemnisation des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles », *Dr. soc.* 2011, p. 964.
[1333] M. Laroque, « La rénovation de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles », rapport au ministre de l'Emploi et de la Solidarité, mars 2004.
[1334] G. Pignarre, « Simple réserve, mais grands effets… », *op. cit*., n° 7.
[1335] P. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », *in Mélanges Savatier* Dalloz, Paris, 1964, p. 603.

dans le cadre du régime légal spécifique, sans la remettre en cause en tant que condition de la réparation du préjudice, les juges vont plus loin en admettant dans certaines hypothèses un droit d'option au salarié lui permettant un retour aux règles du droit commun. Avec un tel conflit entre les juges de la réparation[1336], l'admission de ces actions illustre la liberté des juges[1337] vis-à-vis du régime légal des accidents du travail et des maladies professionnelles. Ces derniers, par l'œuvre de leur raisonnement, réussissent à contourner le régime légal et à rendre inefficace la condition posée par la loi.

296. Conclusion du chapitre.

Certains obstacles à l'action en réparation se rencontrent dans les deux champs disciplinaires. C'est notamment le cas de l'action en prescription, qui anéantit l'action en réparation, et laissera le préjudice, bien que réparable, irréparé. Au-delà de ces obstacles formels, il existe, en droit du travail, de véritables obstacles à la démonstration du caractère réparable : l'immunité du salarié et celle de l'employeur. Il faut toutefois distinguer les deux. Le premier est d'origine jurisprudentielle, comme si les juges entravaient eux-mêmes la réparabilité du préjudice de l'employeur. Le second est d'origine légale, et les juges sont intervenus pour en limiter les effets, en tentant d'admettre des exceptions à la faveur du préjudice réparable des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

La démonstration du préjudice est toujours un enjeu compliqué mais, plus qu'en droit commun, certaines victimes rencontrées en droit du travail connaissent de véritables obstacles à cette démonstration. Si le juge vient au secours de certaines victimes, en tentant de favoriser la reconnaissance de leur préjudice réparable, il ne suit pas toujours cette volonté protectrice. Le préjudice de l'employeur n'est ainsi que rarement considéré comme réparable.

[1336] Sur ce conflit, *cf. infra*, p. 385.

[1337] Sur la substitution du juge à la loi, V. Ph. Langlois, « La doctrine de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc*. 2006, p. 1084.

Conclusion du Titre II

297. Afin de savoir si la preuve des qualités du préjudice suffisait à la qualifier de réparable, il fallait d'abord s'intéresser au caractère direct du préjudice réparable. L'étude de cette cinquième qualité nous a mené vers l'appréciation de certaines présomptions. En admettant une obligation de sécurité de résultat et divers préjudices « *nécessairement causés* », les juges faisaient abstraction de la démonstration des qualités du préjudice. Sans nier la présence du préjudice, ils n'appréciaient plus ses qualités, ils les présumaient remplies. Le salarié bénéficiait alors d'un traitement dérogatoire du droit commun.

Ces présomptions traduisaient une volonté de la part des juges, celle de donner à la réparation du préjudice une fonction différente de la seule disparition du préjudice. « *La nature et le degré de l'illicéité s'affirm[ai]ent comme le support de la réparation, à travers laquelle est rétablie la légalité et effacée l'atteinte portée aux droits du salarié ou, à tout le moins, sont effacées ou compensées les conséquences de l'illicéité* »[1338]. La réparation du préjudice en droit du travail laissait une place à la peine privée. Cette dernière « *recèle une aptitude particulière à répondre à l'exigence plus impérieuse qui se fait jour d'un contrôle des actes de l'employeur comme d'une protection efficace des droits fondamentaux et des libertés des salariés* »[1339]. Il nous semble regrettable que cette volonté s'efface aujourd'hui derrière les décisions de la Cour de cassation. Sans doute, le retour aux conditions de la responsabilité civile sert l'harmonie entre les deux champs disciplinaires, mais elle condamne un argument en faveur de la reconnaissance officielle de la peine privée en droit du travail.

La démonstration du préjudice est ainsi (re)devenue la règle imposée par la chambre sociale de la Cour de cassation. On pouvait alors penser que tout préjudice, dès lors qu'il remplit les cinq qualités attendues de lui, est réparable. Or, il apparaît que le droit du travail connaît de véritables obstacles qui entravent sa reconnaissance. Des immunités « historiques » s'inscrivent comme des freins à l'admission du préjudice réparable. Bien que le constat soit nuancé par une appréciation des juges tendant à assouplir la condition pesant sur le salarié – la redéfinition de la faute inexcusable a en effet permis au salarié

[1338] M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail*, *op. cit.*, p. 343.
[1339] *Ibid.*, p. 344.

d'étendre la liste de ses préjudices réparables –, la démonstration de son préjudice réparable apparaît plus compliquée qu'en droit commun. Il en va de même pour la démonstration du préjudice réparable de l'employeur, qui fait face à une immunité du salarié appréciée avec vigueur par les juges.

Pour conclure, la démonstration du préjudice réparable apparaît, en droit du travail, plus difficile qu'en droit commun. Si elle a pu un temps être à la faveur du salarié, les juges de la Cour de cassation reviennent sur cette conception. Employeurs et salariés ne doivent pas se contenter de prouver avoir subi un préjudice, direct, certain, personnel, légitime et prévisible. Ils doivent parfois prouver plus et n'ont plus à prouver moins.

Conclusion de la Partie I

298. Le premier temps de notre étude s'achève. Nous savons désormais reconnaître le préjudice réparable en droit du travail. Il ressemble à celui du droit commun, car il respecte les mêmes critères de réparabilité. Il doit être légitime, prévisible, certain, personnel et direct. Toutefois l'appréciation de ces qualités révèle quelques particularités. Bien que certaines de ces définitions soient communes aux deux champs disciplinaires, ce n'est pas tant par symétrie avec le droit commun que par manque d'intérêt pour ces qualités. Ni la doctrine, ni les juges travaillistes ne s'intéressent en effet au préjudice prévisible. Quant au préjudice légitime, ils le résument la plupart du temps à l'intérêt légitime à agir de la victime. L'analyse travailliste ne s'est donc pas saisie de ces critères car elle les ignore.

Ensuite, certaines qualités ont été adaptées aux besoins du droit du travail. C'est surtout le caractère personnel du préjudice qui reflète la singularité du droit du travail, par l'admission du préjudice à l'intérêt collectif. Aujourd'hui, ce préjudice mériterait de pouvoir être davantage défendu, en reconnaissant notamment une qualité pour agir au CHSCT. Avec moins d'originalité par rapport au droit civil, l'analyse travailliste a aussi adapté la certitude du préjudice en prenant en compte le risque professionnel comme un dommage certain et permettant, notamment, la reconnaissance du préjudice d'anxiété.

Par ailleurs, la démonstration de ces qualités devant le juge a révélé une différence importante entre le droit du travail et le droit civil. Si des présomptions de préjudices réparables existent dans les deux champs disciplinaires, la jurisprudence travailliste a pu se montrer, un temps, plus généreuse que le droit commun. Ce mouvement est aujourd'hui en recul et oblige les victimes à prouver tout leur préjudice réparable. Ce retour au droit commun est critiquable pour deux raisons. D'abord, il détruit une originalité du droit du travail. Ensuite, il place les victimes du droit du travail dans une situation moins favorable que les victimes de droit commun. En constatant que des obstacles entravent la réparabilité de certains préjudices, il faut en effet admettre que le préjudice « travailliste » est plus difficile à démontrer. Certes, les juges ont redéfini la faute inexcusable de l'employeur, de façon à combattre l'obstacle que rencontre la

victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. En revanche, ni la faute inexcusable de la victime, ni la faute lourde du salarié n'ont été atténuées par les juges pour favoriser la reconnaissance du préjudice réparable de l'employeur. Les évolutions jurisprudentielles traduisent donc une asymétrie dans les droits et les devoirs des employeurs et des salariés et consacrent aussi, une différence entre droit du travail et droit civil.

Pour conclure, les contours du préjudice réparable en droit du travail n'épousent pas parfaitement ceux du droit civil. Si la démonstration du préjudice est parfois plus difficile qu'en droit commun, les définitions des qualités du préjudice laissent entrevoir une faveur pour le préjudice du salarié. Les qualités sont appréciées au regard de sa situation particulière : préjudice à l'intérêt collectif, mise à l'écart de la prévisibilité ou de la légitimité. Le préjudice réparable de l'employeur ne connaît pas ces faveurs, au contraire, il rencontre un obstacle que les juges apprécient avec rigueur : la faute lourde du salarié. Que penser de cette double appréciation du préjudice réparable ? Est-ce pour rééquilibrer le contrat de travail ou poursuivre un objectif de punition de l'employeur ? L'étude des mesures de réparation du préjudice nous permettra de savoir si l'admission plus étendue des préjudices du salarié vise uniquement la disparition de ces préjudices, ou si elle s'intéresse, effectivement, au comportement lui ayant donné naissance.

PARTIE II. LE PRÉJUDICE RÉPARÉ

299. Cette seconde partie doit permettre de constater si le préjudice « travailliste » est réparé selon les mêmes principes qu'en droit civil. Le préjudice réparé est celui dont les effets ont disparu, car le débiteur a exécuté une mesure de réparation, il a payé sa dette. Les moyens pour atteindre cette disparition n'ont pas été précisé par le législateur[1340]. Toutefois, un point commun guide le choix de la mesure : elle doit réparer intégralement le préjudice. Il appartient alors au juge de choisir la mesure la plus appropriée pour parevenir à ce retour au *statu quo ante*, en condamnant à faire quelque chose[1341] ou à payer une somme d'argent[1342]. Sur ce point, les moyens du droit civil sont-ils utilisés en droit du travail ?

Au-delà des moyens de la disparition, les acteurs de cette disparition sont tout aussi importants. Qui répare ? La question peut se dédoubler. On peut d'abord se demander qui prononce la mesure de réparation, autrement dit, quel est le juge de la réparation ? En droit civil, il est classique de parler du juge de droit commun[1343], mais le droit du travail

---

[1340] Ou pas encore, V. l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile qui envisage de codifier les solutions jurisprudentielles aux articles 1258 et s. du Code civil.

[1341] Par exemple, détruire un mur (Cass. civ., 3ème, 28 juin 2006, n° 02-15640, *Bull. civ*. III, n° 168 ; Cass. civ., 2ème, 23 novembre 2006, n° 05-18099), restaurer ou remplacer le bien abîmé (Cass. civ., 3ème 25 janvier 2006, n° 04-18672, *Bull. civ*. III, n° 20, *RDC* 2006, p. 818, obs. G. Viney). C'est également la publicité donnée à la condamnation du responsable qui peut, dans certains cas, être prononcée (Cass. 9 mars 2004, n° 01-11296, *Bull. civ*. I, n° 80, *D*. 2004, p. 1727, note C. Riefa).

[1342] Payer des dommages-intérêts compensatoires, autrement dit, distincts des dommages-intérêts moratoires, sur la distinction, *cf. infra*, p. 277.

[1343] Art. L. 211-3 COJ : « *Le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction* » ; M. Segonds, « La plénitude de juridiction du tribunal de grande instance », *JCP* G 2000.I.223.

bénéficie sur ce point de dispositions dérogatoires, de sorte que le juge du travail n'est pas le juge de droit commun. Savons-nous alors qui est le juge de la réparation en droit du travail ?

On peut ensuite se demander qui paie la créance de réparation. Le droit civil enseigne que celui qui est responsable du dommage doit le réparer[1344], mais le responsable est-il toujours le débiteur final ? La recherche d'une meilleure indemnisation incite, en effet, dans les deux champs disciplinaires, à remettre en cause le rapport de responsabilité, au profit d'un rapport d'indemnisation.

L'étude du préjudice réparé en droit du travail invite à suivre une réflexion en deux temps, en s'interrogeant d'abord sur les moyens de la réparation (Titre 1), avant de s'intéresser à ses acteurs (Titre 2).

Notons toutefois que le tribunal d'instance est compétent pour toute action en responsabilité dès lors que la valeur du litige n'excède pas 10 000 euros (art. L. 221-4 COJ).

[1344] Art. 1231-1 C. civ (anc. art. 1147) en matière contractuelle et Art. 1240 C. civ. (anc. art. 1382) en matière délictuelle.

TITRE I. LES MOYENS DE LA RÉPARATION

300. La réparation est une fonction de la responsabilité qui vise à faire disparaître le préjudice. Le principe est celui d'une réparation intégrale, qui n'apporte à la victime « *ni perte, ni profit* »[1345]. Il ne s'agit donc pas, *a priori*, de moduler l'étendue de la réparation en fonction de la gravité de la faute de l'auteur du dommage[1346] ou d'allouer à la victime une réparation forfaitaire[1347]. Afin de savoir si le préjudice est réparé de la même façon en droit civil et en droit du travail, il convient de se demander quels sont les moyens de la réparation en ces deux champs disciplinaires.

301. Les moyens de la réparation sont variés. « *Notre droit positif reconnaissant aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation des modalités de la réparation, on comprend aisément que ni le législateur, ni les tribunaux n'aient éprouvé le besoin de construire une classification rigoureuse des formes de la réparation* »[1348]. C'est donc la doctrine qui tente de proposer une typologie des formes de la réparation. La *summa divisio* comporte toujours deux catégories. L'une est invariable, la réparation en nature ; l'autre hésite entre réparation pécuniaire et réparation par équivalent.

Une première distinction doctrinale est proposée, celle qui oppose la réparation en nature à la réparation pécuniaire. Puisque la responsabilité civile crée une nouvelle obligation, celle de réparer le préjudice, une classification au regard de son objet peut être proposée : s'agit-il d'une obligation de donner, faire ou ne pas faire[1349] ? Et plus précisément, est-ce une obligation de donner une somme d'argent[1350] ou de faire quelque chose ? Apparaît

---

[1345] Cass. crim., 21 octobre 1998, n° 97-84414 ; Cass. civ., 2ème, 7 juin 2001, n° 99-15645, *D*. 2002, p. 1313, obs. P. Jourdain ; Cass. civ., 2ème, 19 février 2004, n° 02-17954.

[1346] Cass. civ., 2ème, 8 mai 1964, préc.

[1347] Cass. civ., 3ème, 3 juin 2004, n° 03-11475, *RCA* 2004, comm 256.

[1348] F. Leduc, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *in Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, Dalloz, Paris, 2014, p. 121, spéc. p. 126.

[1349] Cette classification est héritée du droit romain (V. R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain, Les obligations*, t. 2, éd. Domat, Montchrestien, Paris, 1954, n° 21 et s. ; R. Villers, *Rome et le droit privé*, Albin Michel, Paris, 1977, p. 313 et s.).
Elle possède, pour certains, une valeur de « *vérité éternelle* », V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 13, Videcoq, Paris, 1827, p. 46, citant Favart. Pourtant, la réforme du droit des obligations ne reprend pas cette classification. Désormais, l'article 1102 C. civ. dispose seulement que les parties sont libres de « *déterminer le contenu* » du contrat.

[1350] Nous n'entrons pas dans le débat relatif à l'existence ou non de l'obligation de donner une somme d'argent. Pour certains, elle n'existe pas (V. M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner »,

ainsi la distinction entre obligation de réparer en nature et obligation de réparer pécuniairement[1351]. L'obligation créée par la responsabilité est alors en nature, chaque fois que la mesure de réparation consiste en la fourniture d'une prestation, et pécuniaire, lorsqu'il s'agit d'une condamnation à payer des dommages et intérêts. Cette division reste pourtant imparfaite. Toutes les mesures de réparation en nature ne sont pas forcément de la même nature[1352] que le préjudice initial, ; la réparation pécuniaire est parfois la nature même du préjudice initial[1353].

Une seconde distinction doctrinale sépare la réparation en nature de la réparation par équivalent[1354]. Le critère de différenciation n'est plus alors l'objet de la mesure mais l'objectif. La réparation en nature tend à effacer le préjudice lorsque la réparation par équivalent ne peut que le compenser[1355]. Cette distinction présente elle aussi ses limites. Une condamnation à des dommages et intérêts peut en effet être une mesure de réparation en nature et une mesure de réparation par équivalent.

Une troisième distinction doctrinale est alors proposée en réponse aux « *inconvénients respectifs des deux typologies présentées ci-dessus* » [1356]. Invitant à « *se poser crûment la question de savoir si l'on ne se fourvoie pas en érigeant en* summa divisio*, d'un côté la réparation en nature, de l'autre la réparation pécuniaire ou par équivalent* »[1357], le Professeur Leduc n'y voit que des « *sous-catégories […], à reléguer à un niveau typologique inférieur* »[1358] et propose de situer la *summa divisio* à un niveau supérieur, en distinguant « *la réparation par restauration et la réparation par compensation* »[1359].

RTD civ. 1996, p. 85), il faudrait même appeler une catégorie différente pour les désigner : G. Pignarre, « À la redécouverte de l'obligation de *praestare* », *RTD civ*. 2001, p. 41.

[1351] En ce sens, v. not., G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité, op. cit*., n° 55 et s. ; M. Bacache-Gibeili, , *La responsabilité extracontractuelle*, 3ème éd., Economica, Paris, 2016, n° 586.

[1352] La perte d'un animal de compagnie n'est pas effacée lorsqu'un autre animal de compagnie est offert en réparation.

[1353] Lorsque le préjudice est économique, il est quantifiable en argent et effaçable par la remise d'une somme d'argent.

[1354] Conception soutenue par H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, III, 6e éd. refondue, Montchrestien, Paris, 1970.

[1355] F. Leduc, « La forme de la réparation », fasc. 296-13 : La réparation par compensation suppose l'impossibilité de rétablir la situation antérieure. Elle peut elle-même se décliner en deux variantes : la réparation par équivalent, lorsqu'il existe une mesure commune entre l'avantage alloué en compensation et le dommage subi par la victime, et la réparation par consolation, lorsqu'aucune mesure commune n'existe et que la victime peut seulement être « consolée ».

[1356] F. Leduc, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature, *op. cit*., spéc. p. 128.

[1357] *Ibid.*

[1358] *Ibid.*.

[1359] *Ibid.*

Face à ce débat civiliste, la doctrine travailliste ne répond pas directement, elle préfère s'interroger sur le montant des indemnités à verser[1360]. L'aspect pécuniaire de la condamnation l'emporte. Par ailleurs, l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité prévoit de consacrer la distinction entre la réparation en nature et la condamnation à des dommages-intérêts[1361], c'est pourquoi nous retiendrons, dans le cadre de cette étude, la distinction qui oppose réparation en nature et réparation pécuniaire.

302. Au regard de cette classification, l'on peut se demander si l'un des deux moyens est privilégié. En droit commun, la réparation en nature souffre de critiques. D'abord, elle n'est pas toujours possible. Comment réparer la perte d'un être cher, ou une atteinte corporelle irréversible autrement qu'en argent ? Ensuite, elle se confond parfois avec la cessation de l'illicite[1362]. Nous verrons, en effet, que certaines mesures de remise en l'état en nature permettent de supprimer le fait illicite et non le préjudice. Le droit du travail partage-t-il ce détachement de la réparation en nature à la faveur de la réparation pécuniaire (Chapitre 1) ? S'il apparaît que la réparation pécuniaire est privilégiée, une autre question se posera. L'évaluation pécuniaire est-elle toujours en adéquation avec la valeur du préjudice ? Cette question soulève de vives controverses en droit civil mais peut-être plus encore en droit du travail. Ce champ disciplinaire connaît certains aménagements particuliers : forfait, plafond, plancher, barème,… Ces outils permettent-ils seulement de guider l'évaluation, ou sont-ils instrumentalisés par le juge ou le législateur (Chapitre 2) ?

[1360] Les index des principaux manuels de droit du travail ne comportent aucune occurrence au mot réparation, les auteurs lui préfèrent l'occurrence « indemnité », V. not., G. Couturier, *Droit du travail*¸ 3ème éd., PUF, Paris, 1996 ; B. Bossu, F. Dumont et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*¸ Montchrestien, Paris, 2011 ; P. Lokiec, *Droit du travail*, PUF, Paris, 2011 ; A. Coeuret, B. Gauriau et M. Miné, *Droit du travail*, 3e éd., Sirey, 2013 ; A. Mazeaud, *Droit du travail*, 9ème éd., Domat, LGDJ, Paris, 2014 ; B. Teyssié, J.-F. Cesaro et A. Martinon, *Droit du travail – Relations individuelles*, LexisNexis, Paris, 2014 ; G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, 30ème éd., Précis, Dalloz, Paris, 2015 ; E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail 2016*, 10ème éd., Hyper Cours, Dalloz, Paris, 2015 ; F. Favennec-Héry et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, 5ème éd., LGDJ, Paris, 2016 ; J.-E. Ray, *Droit du travail, droit vivant 2016*, 24ème éd., Wolters Kluwer, Paris.
V. aussi l'étude de la Chancellerie relative à ***L'indemnisation*** *des licenciements sans motif réel et sérieux devant les cours d'appel en octobre 2014* ou encore les débats relatifs au barème d'**indemnisation** du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

[1361] Art. 1259 avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile, soumis à consultation publique le 29 avril 2016.

[1362] Sur cette question, V. M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit*., p. 213 et s. ; C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, *op. cit*., n° 64 et s. Une confusion qui s'inscrit dans un courant de réflexion plus large mettant l'accent sur la fonction préventive de la responsabilité civile (C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, *op. cit*., p. 20 et s.).

Chapitre 1. Les outils classiques de la réparation

303. Une réparation parfaite du préjudice suppose un retour à la situation antérieure au dommage, à l'effacement intégral du préjudice. Les moyens de cette disparition varient entre réparation en nature et réparation pécuniaire. Comment ces outils classiques sont-ils utilisés en droit du travail ?

On peut d'abord se demander si la réparation en nature trouve sa place dans les condamnations prononcées en droit du travail. Ces mesures de remise en l'état en nature peuvent être qualifiées de mesure de réparation, si elles s'attaquent au préjudice, mais peuvent aussi être une réponse à l'annulation d'un acte[1363]. Il faut donc s'assurer de la présence de véritables mesures de réparation en nature, en droit du travail. On peut ensuite s'interroger sur la place accordée à la réparation pécuniaire. Si les condamnations à verser des dommages-intérêts sont nombreuses, sont-elles pour autant en adéquation avec le préjudice ?

Si les outils classiques de réparation sont assimilés en droit du travail afin d'atteindre la réparation intégrale du préjudice (Section préliminaire), il est permis de se demander si la réparation en nature trouve encore une place (Section 1) face à l'ostensible réparation pécuniaire (Section 2).

Section préliminaire. La réparation intégrale du préjudice comme objectif

304. « *Parmi les "mythes" fondateurs du droit de la responsabilité civile, le principe de réparation intégrale du dommage figure assurément en bonne place* »[1364]. La réparation intégrale constitue en effet le droit commun de la réparation du préjudice, en matière délictuelle comme en matière contractuelle, à l'instar de tous les pays

[1363] B. Bossu, *La remise en l'état en droit du travail*, *op. cit.*, p. 3.
[1364] Ph. Pierre et F. Leduc, « Introduction », *in La réparation intégrale en Europe*, *Études comparatives des droits nationaux*, Larcier, Bruxelles, 2012, spéc. p. 19.

européens[1365]. La recherche de cette compensation intégrale va influencer la forme et l'évaluation de la réparation offerte à la victime. Chaque préjudice sera en effet évalué en fonction de sa nature et de son intensité. Un préjudice patrimonial ne s'évalue pas de la même façon qu'un préjudice extrapatrimonial, car son appréciation repose sur des éléments objectivement appréciables[1366], tandis que certains préjudices extrapatrimoniaux ne peuvent pas s'apprécier de façon objective[1367]. Il appartient alors au droit de la réparation de se saisir de ces préjudices « inestimables » et de leur apporter la compensation la plus appropriée, dans sa forme et dans son montant. Mais le dynamisme du principe (§1) ne suffit pas à en assurer l'application (§2).

§1. Le dynamisme du principe de réparation intégrale

305. Dire que le préjudice doit être intégralement réparé peut signifier deux choses. Entendu de façon « statique », le principe de réparation intégrale suppose qu'il faille compenser purement et simplement le préjudice. Entendu de façon plus dynamique, il ne s'agit plus seulement de compenser le préjudice mais de permettre à la victime de retrouver la situation la plus proche de celle qui aurait été la sienne, sans frais. Ainsi, en cas d'atteintes aux biens, la créance n'est pas déterminée par une référence à la seule valeur vénale du bien mais au regard du coût de remplacement ou de réparation[1368] ; sont aussi réparés davantage de préjudices, tels que les frais liés à l'aménagement d'un logement au nouvel handicap de la victime[1369].

Le Professeur Viney explique les avantages liés à ce principe, « *plus souple que la réparation forfaitaire [puisqu'il] s'adapte aux progrès techniques et aux modifications des données sociales de la réparation. Par exemple, pour le préjudice corporel, il permet d'intégrer le prix des traitements et soins qu'autorise le dernier état de la science* »[1370]. La quête d'un objectif idéal a ainsi permis de découvrir de nouveaux préjudices

[1365] F. Leduc, « La conception générale de la réparation intégrale », *in La réparation intégrale en Europe, Études comparatives des droits nationaux, op. cit*., spéc. p. 31.
[1366] Voir par exemple, Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation, op. cit*., p. 184 et s.
[1367] Comment remplacer la perte d'un proche, ou d'un membre de son corps, par exemple ?
[1368] V. not., Cass. civ., 2ème, 4 février 1982, n° 80-17139, *JCP* G 1982.II.19894, note J.-F. Barbiéri.
[1369] Cass. civ., 2ème, 9 octobre 1996, n° 94-19763, *Resp. civ. et assur.*, 1996, comm. n° 383
[1370] G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité, op. cit*. n° 58 ; V. aussi, F. Meyer, « La problématique de la réparation intégrale », *Dr. soc.* 1990, p. 718

indemnisables. La multiplication contemporaine des chefs de préjudice est une conséquence de l'application de ce principe qui commande que tous les préjudices soient intégralement réparés. Préjudice d'agrément[1371], préjudice sexuel, risques préjudiciables, ont ainsi gagné une autonomie leur permettant d'être intégralement réparés. Car, « *le droit à réparation intégrale dont se prévaut la victime n'est pas un luxe, mais un ensemble de mesures d'accompagnement dont l'objectif est de rendre à l'individu ce qu'il a perdu* »[1372].

306. Bien que le principe de réparation intégrale ne soit pas expressément consacré par les textes du code civil, on le retrouve insidieusement. L'article 1231-2 du Code civil[1373] en disposant « *les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé* » incite à la recherche exacte de l'étendue des pertes et profits subis par le créancier pour réparer l'intégralité de son préjudice. L'article 1240 du même code[1374] ne fait, quant à lui, aucune mention du caractère intégral de la réparation mais vise le « dommage » sans autre précision, invitant à y voir le dommage dans sa totalité[1375]. Par ailleurs, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne sont revenues sur ce principe. « *La réparation intégrale répond à une logique commutative chère au droit civil ; elle protège à la fois la victime, en lui garantissant qu'elle percevra la compensation de l'entier dommage, et pas moins, mais aussi le responsable, en l'assurant qu'il ne paiera pas plus que ce qu'il doit* »[1376]. Que la mesure de réparation soit en nature ou pécuniaire, elle est donc censée compenser le préjudice dans son intégralité.

Malgré tout, le principe de réparation intégrale reste sans consécration[1377] expresse au sein du bloc de constitutionnalité. Seul le droit à réparation a valeur constitutionnelle depuis une décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982[1378], confirmée et

---

[1371] V. not., Cass. civ., 2ème, 28 mai 2009, n° 08-16829, *Bull. civ*. II, n° 131, *RTD civ*., 2009, p. 534, note P. Jourdain.

[1372] J.-B. Prévost, « Aspects philosophiques de la réparation intégrale », *in Réparation intégrale : mythe ou réalité ?*, colloque organisé par le conseil national des barreaux, *Gaz. Pal*., 9-10 avril 2010, p. 7.

[1373] Anc. art. 1149 C. civ.

[1374] Anc. art. 1382 C. civ.

[1375] C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit français, op. cit.*, p. 79. Par une étude des travaux préparatoires au Code civil, l'auteur conclut à l'absence de désaccord autour du choix du quantum de la réparation.

[1376] Ch. Radé, « Préjudices et indemnisation : à la croisée des disciplines », *in* Colloque *Préjudices et indemnisation en droit social*, *Dr. ouvr*. 2015, p. 441, spéc. p. 447.

[1377] V. toutefois l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile qui prévoit de rédiger l'article 1258 comme suit : « *la réparation doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit* ».

[1378] Cons. const., n° 82-144 DC, 22 octobre 1982, *Rec. Cons. const.*, p. 61, en particulier : « *le droit français ne comporte, en aucune matière, de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes*

étendue par une seconde du 9 octobre 1999[1379]. Sa décision du 18 juin 2010[1380] offre toutefois un argument en sa faveur. En remettant en cause un système de réparation forfaitaire, applicable depuis plus de cent ans, au profit de la réparation intégrale des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles, le juge constitutionnel confirme l'importance de la réparation intégrale. La reconnaissance du principe de réparation intégrale comme appartenant au bloc de constitutionnalité progresse, sa force consensuelle permet à tout le moins de le retenir comme principe fondamental de notre droit[1381].

307. En droit communautaire, si « *nombres d'actes communautaires contiennent une clause relative à la responsabilité, peu définissent le dommage ou la réparation* »[1382]. La directive « RC produit »[1383] a toutefois permis au juge de préciser quelle réparation devait être accordée au dommage : « *un dédommagement adéquat et intégral* »[1384]. Elle interdit ainsi de « *limiter les types de dommages matériels* »[1385]. Il n'appartient donc pas au juge de limiter les chefs de dommages. Il reste en revanche libre de les évaluer. Sur la question de l'évaluation, la jurisprudence de la Cour de justice a déjà précisé qu'une réparation « *adéquate* » doit « *permettre de compenser intégralement les préjudices effectivement subis* »[1386]. Mise à part l'utilisation du vocable « intégrale », la Cour de justice ne donne aucune précision. En revanche, son contrôle sur les juridictions nationales s'opère par le biais de l'effet utile des solutions proposées par les États membres pour rendre effectif l'objectif fixé par la directive. Ainsi, s'agissant de la directive 76/207, qui « *n'impose pas*

---

civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes ».

[1379] Cons. const., n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *JO* 16 novembre 1999, p. 16962.

[1380] Cons. const., n° 2010-8 QPC,18 juin 2010, *AJDA* 2010, p. 1232 ; *D.* 2010, p. 1634 ; *D.* 2011, p. 35, obs. Ph. Brun et O. Gout ; *JCP* S 2010.1361, note G. Vachet ; *Constitutions* 2010, p. 413, comm. Ch. Radé ; H. Groutel, « Lutte armée contre l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale », *RCA* 2010, chron. n° 8 ; S. Porchy-Simon, « L'indemnisation des préjudices des victimes de faute inexcusable à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : réelle avancée ou espoir déçu ? », *D.* 2011, p. 459.

[1381] C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit français, op. cit.*, p. 123 et s.

[1382] S. Francq, « L'influence du droit européen sur la réparation du dommage », Actes du colloque organisé par la Cour de cassation « Incertitude et réparation », préc.

[1383] Directive 85/374 du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *JOCE*, 1985, L 210/29.

[1384] CJCE, 10 mai 2001, C-203/99, *Henning Veedfald c. Amtskommune*, point 27, *D.* 2001, p. 3065, note P. Kayser; *RTD civ.* 2001, p. 898, note P. Jourdain.

[1385] *Ibid*., point 28 et 29 : « *Un État membre ne saurait donc limiter les types de dommage matériel, résultant de la mort ou de lésions corporelles, ou de dommage causé à une chose ou consistant dans la destruction d'une chose, qui seront réparés* ».

[1386] CJCE, 2 août 1993, C-271/91, *Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, point 23 ; CJCE 11 octobre 2007, C 460/06, *Paquay c. Société d'architectes Hoet + Minne SPRL*, point 46.

[…] une forme déterminée de sanction en cas de violation de l'interdiction de discrimination, elle implique néanmoins que cette sanction soit de nature à assurer une protection juridictionnelle effective et efficace. Elle doit en outre avoir à l'égard de l'employeur un effet dissuasif réel. Il en résulte que lorsque l'État membre choisit de sanctionner la violation de l'interdiction de discrimination par l'octroi d'une indemnité, celle-ci doit être en tout cas adéquate au préjudice subi »[1387]. À défaut d'une définition précise de la réparation intégrale, la Cour de justice sème le doute. Elle semble commander que la mesure de réparation soit, aussi, une sanction suffisamment dissuasive. Faut-il en conclure que le principe de réparation intégrale peut être dépassé de façon à ce que la réparation soit supérieure au dommage pour être véritablement dissuasive ? La réserve que les juges apportent semble indiquer que non. Ils précisent en effet que l'indemnité doit être « adéquate » au préjudice subi. Un subtil équilibre entre réparation adéquate et effet utile doit donc être recherché. La tendance communautaire explique alors, que les mesures de réparation en droit français puissent être détournées de leur objectif initial qu'est la suppression du préjudice. Sous l'impulsion communaitaire, elles peuvent assurer d'autres fonctions, parmi lesquelles, la dissuasion.

308. Malgré la force du consensus autour du principe de réparation intégrale, il est aujourd'hui, face à un défi : trouver sa place dans l'évolution que connaît le droit de la responsabilité. Ce dernier est face à un triple point de rupture[1388]. *Dans le temps*, par l'invitation qui lui est faite à se tourner davantage vers l'avenir, vers les générations futures, avec le développement d'un caractère préventif, *dans l'espace*, car la réparation ne peut plus être cantonnée à un pays, à une réglementation nationale mais doit être internationale et dépasser les frontières dans notre société qui accroit sans cesse les échanges, et enfin *dans la relation humaine*, dépassant les anciennes problématiques interpersonnelles pour créer un nouveau lien entre générations actuelles et générations futures. Le défi est ambitieux et pourrait se trouver difficile à atteindre en raison des limites inhérentes à ce désir de réparation intégrale.

[1387] CJCE, 10 avril 1984, C-14/83, *von Colson et Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, point 24.
[1388] C. Thibierge, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD civ*. juill.-sept. 1999, p. 561, spéc. p. 579 s.

§2. Les limites du principe de réparation intégrale

309. Une première entorse « *au dogme de la réparation intégrale* »[1389] est inévitable lorsque l'équivalence quantitative entre la réparation et le dommage est difficile à établir. « *Une première illustration de ce phénomène, commune à la plupart des systèmes juridiques européens concerne la réparation du préjudice résultant du retard dans le paiement d'une dette monétaire. […Il] échappe au principe de la réparation intégrale pour faire l'objet d'une indemnisation forfaitaire […]. À s'en tenir au principe de la réparation intégrale, le montant des dommages et intérêts moratoires devrait être égal au gain qu'un emploi immédiat de la somme d'argent payée en temps voulu aurait procuré au créancier. Or, la quantification de ce gain manqué serait des plus délicates : comme le relevait Carbonnier, " la difficulté serait d'établir à quel usage [le créancier] aurait employé la somme s'il l'avait touchée et même d'établir qu'il l'aurait employée d'une manière quelconque"*[1390]*. Dans ce contexte, on comprend que l'édiction d'un forfait légal soit apparue comme la meilleure manière de prévenir les difficultés qu'aurait immanquablement suscitées la preuve de l'étendue du préjudice litigieux* »[1391].

310. Il y a des situations où, plus que difficile à établir, l'équivalence entre la réparation et le dommage est impossible. Pour certains, le principe de la réparation intégrale est alors « *un non sens* »[1392]. La réparation intégrale du préjudice moral cristallise une importante part des critiques formulées[1393]. Réparation illusoire d'un préjudice inestimable, le principe de la réparation intégrale aurait été utilisé par les juges pour augmenter, artificiellement[1394], des condamnations à des dommages-intérêts[1395]. « *Comment, en effet, parler de réparation intégrale des souffrances physiques ou morales alors qu'il n'existe*

[1389] F. Leduc, « La conception générale de la réparation intégrale », *in La réparation intégrale en Europe, op. cit*., spéc. p. 37.
[1390] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, vol. II, *op. cit*., p. 324.
[1391] F. Leduc, « La conception générale de la réparation intégrale », *in La réparation intégrale en Europe, op. cit*., spéc. p. 37.
[1392] V. Heuzé, « Une reconsidération du principe de la réparation intégrale », Actes du colloque organisé par la Cour de cassation « Incertitude et réparation », préc.
[1393] Pour une étude historique des arguments pour ou contre, invoqués par la doctrine, V. Y. Le Gall, « Le préjudice moral et l'argent, De la fin du XIXème siècle au milieu du XXème siècle », *in La victime, II- La réparation*, XXVIIIe journées d'histoire du droit de Limoges, 1er-3 octobre 2008, Pulim, Limoges, 2009, p. 119.
[1394] Le montant des indemnités présenterait nécessairement un caractère arbitraire, V. not., M. Fifi, « Le rapport d'expertise médicale en matière de responsabilité civile : le voyage d'un librettiste au pays d'Utopie », *in Le dommage corporel et l'expertise, Liber amicorum P. Lucas*, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2009, p. 257.
[1395] Il en résulte des impératifs financiers auxquels la société ne peut plus échapper, M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation, op. cit*., p. 345.

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 ? »[1396]. Pourtant, le principe de sa réparation est fermement établi[1397] et « *il semblerait [bien plus] 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* »[1398].

311. C'est également la réparation du préjudice écologique qui appelle la critique pour certains. Si la préférence pour la réparation en nature s'impose[1399], la réparation pécuniaire constitue parfois la seule alternative. La question se pose de savoir comment évaluer une atteinte à l'environnement en elle-même[1400]. La nature a-t-elle un prix[1401] ? Les difficultés techniques d'évaluation ne doivent pas conduire à l'abandon du principe, « *il vaut mieux restaurer un milieu équivalent plutôt que de ne rien faire ou de ne pas affecter les sommes perçues à la protection de l'environnement* »[1402].

312. Le dommage corporel connaît lui aussi la critique du principe de sa réparation intégrale. Les limites de cette réparation intégrale « *s'articulent autour de trois points. D'abord, le caractère fictif de la réparation intégrale du dommage corporel. Il est bien évident que la réparation n'est qu'un équivalent et dans sa dimension physique et dans sa dimension morale. Le fait que la réparation soit dans une certaine mesure illusoire a d'ailleurs fourni l'essentiel de l'argumentation aux opposants qui invoquent les conséquences immorales de cette indemnisation et l'arbitraire de son estimation*[1403]. *En*

[1396] F. Leduc, « La conception générale de la réparation intégrale », *in La réparation intégrale en Europe, op. cit*., spéc. p. 38.

[1397] La jurisprudence est constante depuis plus d'un siècle. V. not., Ch. réun., 15 juin 1833, *S* 1833.I.458 ; Cass. crim., 22 septembre 1837, *S* 1838.I.331 ; Cass. civ., 13 février 1923, H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Dalloz, Grands arrêts, Paris, 2008, p. 290.

[1398] H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, *op. cit*., p. 408.

[1399] M.-P. Camproux-Duffrene, « Les modalités de réparation du dommage ; apports de la responsabilité environnementale », *in* C. Cans (sqous la dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, Dalloz, Paris, 2009, p. 113 ; V. Gaillot-Mercier et M. Boutonnet, « La mise en œuvre de l'action en responsabilité et la réparation du dommage en matière d'environnement », *in Lamy Droit de la responsabilité*, étude 375 ; L. Neyret, « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *op. cit*., spéc. p. 174 ; V. Rebeyrol, *L'affirmation d'un droit à l'environnement et la réparation des dommages environnementaux*, Defrénois, Paris, 2010.

[1400] V. not., I. Cretaux, *Questions juridiques liées à l'évaluation du dommage écologique*, th. dactyl., Univ. Paris I, 1998.

[1401] Reprenant l'expression de M. Remond-Gouilloud, « Le prix de la nature », *D*. 1982, p. 33.

[1402] M.-P. Camproux-Duffrene, « Les modalités de réparation du dommage ; apports de la responsabilité environnementale », *op. cit*., p. 117.

[1403] V. aussi, M. Bourrié-Quenillet, « Pour une réforme conférant un statut juridique à la réparation du préjudice corporel », *JCP* G 1996.I.3919 ; G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les effets de la*

second lieu la référence implicite ou explicite aux barèmes aboutit à forfaitiser partiellement la réparation et à échelonner les préjudices personnels de plus en plus objectivement en se détachant de l'appréciation subjective « in concreto » […]. Enfin, et ce n'est pas le moins important, les conventions passées entre assureurs, entre assureur et client […] portent atteinte au principe de réparation intégrale. Pour ne citer qu'un exemple les clauses de défense et recours des contrats d'assurance, lorsqu'elles trouvent application peuvent produire de sérieuses oppositions d'intérêts entre la victime assistée par la compagnie d'assurance et cette compagnie elle-même »[1404]. Ces difficultés ne servent pas d'arguments en faveur d'un abandon du principe de réparation intégrale mais sont les points d'entrée d'un renouvellement des questions qui hantent la réparation du dommage corporel.

313. Des raisons financières expliquent, par ailleurs, que des atteintes au principe de réparation intégrale soient constatées. La réparation intégrale coûte – coûterait – cher. En témoignent la doctrine des assureurs[1405] et certains discours politiques[1406]. Si la question de l'évaluation du droit à réparation intéresse l'économie du droit, certains juristes lui préfèrent le droit à l'indemnisation. On ne peut en effet « *demander au juge, quand il recherche la justice du cas, de prendre en souci des intérêts économiques transcendés au plan national* »[1407]. Certains optent tout de même pour le compromis. C'est ainsi que le Professeur Tunc, aux prémices de la réforme de l'indemnisation des accidents de la circulation[1408], proposait de systématiser leur indemnisation en échange de la suppression du droit à l'indemnisation du *pretium doloris* et du *pretium affectionis*. On retrouve cette idée de « réparation négociée » en droit du travail. Le système de réparation forfaitaire des accidents du travail et des maladies professionnelles correspond à cette idée.

---

responsabilité, op. cit., n° 58-1 : « *les avantages de simplicité et d'objectivité dont le principe de réparation intégrale peut se réclamer pour l'évaluation des indemnités destinées à couvrir des pertes pécuniaires, ou plus généralement des préjudices ayant un équivalent pécuniaire, disparaissent totalement lorsqu'on prétend l'appliquer aux préjudices non économiques auxquels pourtant la jurisprudence française l'a explicitement étendu* ».

[1404] F. Meyer, « La problématique de la réparation intégrale », *op. cit.*, spéc. p. 719.

[1405] V. not., H. Margeat, « Déclin, rémanence ou renaissance de la responsabilité civile », *Risques*, n° 10, avril-juin 1992, p. 25 ; C. Delpoux, « Assurance et responsabilité : un couple en crise », *Risques*, n° 10, avril-juin 1992, p. 79 ; G. Defrance, « Pourquoi les assureurs rêvent d'un référentiel », *L'Argus de l'assurance*, janvier 2007, p. 32 ; P.-M. Liedtke, « L'évolution de la responsabilité civile aux États-Unis : leçons pour l'assurance européenne », *Risques*, n° 60, décembre 2004, p. 95.

[1406] V. not., les discours sur l'indemnisation du licenciement, qu'il faut plafonner parce que la réparation du licenciement effraie les entreprise française : Discours du Premier ministre M. Valls, 9 juin 2015, annonçant un « *small business act* à la française ».

[1407] J. Carbonnier, « Les dommages résultant des accidents corporels en droit français », *in Jean Carbonnier 1908-2003*, Écrits, Textes rassemblés par R. Verdier, PUF, Paris, 2008, p. 538.

[1408] A. Tunc, *La sécurité routière, Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, Dalloz, Paris, 1966 ; du même auteur, *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, Economica, Paris, 1981.

Toutefois, « *l'idée des amateurs de forfaits a été, sans doute, inspirée par l'accroissement des indemnités ; ce n'est pas là une pensée de justice ; c'est une idée de commodités et d'économie. On s'étonne que les indemnités aient augmenté ! C'est que la valeur de la personne et de la vie elle-même s'est valorisée en quantité et en qualité* »[1409]. Il semble donc que l'argument financier ne suffise pas à combattre la prééminence du principe de réparation intégrale.

314. C'est encore un autre argument qui est soulevé pour critiquer le principe de réparation intégrale, celui de l'absence d'homogénéité dans l'évaluation des indemnités par les juges[1410]. « *Pratiquement l'évaluation semble varier du simple au triple, de cour à cour, de chambre à chambre, d'une chambre à la même chambre autrement constituée* »[1411]. Laissant ainsi la fixation du montant de l'indemnisation aux juges du fond, notre système de responsabilité serait dans le faux. « *Si, du fait du principe de la réparation intégrale, l'appréciation de la réalité et de la mesure du préjudice moral relève incontestablement de l'activité juridictionnelle, il n'en va aucunement de même pour ce qui concerne le quantum de l'indemnité qui y correspond* »[1412]. La solution préconisée est alors l'instauration de barèmes[1413], « *fatalement arbitraire[s]* »[1414] et élaborés par le législateur[1415]. Une telle réponse s'inscrit en marge du principe de réparation intégrale[1416] et de l'importante appréciation *in concreto* du préjudice. « *Les citoyens refusent une justice qui serait automatisée, taylorisée et donc déshumanisée ; ils ont désormais la sereine conviction que la dimension humaine est consubstantielle à l'acte de juger qui n'est juste et n'a de légitimité que lorsque les juges, dans chaque*

[1409] M.-A. Toulemon, « La mathématique et la valeur de la personne humaine », *in Le préjudice corporel et moral en droit commun*, Sirey, 3e éd., Paris, 1968, p. 29.
[1410] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation, op. cit.*, p. 349.
[1411] A. Touffait et A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice », *RTD civ.* 1974, p. 487.
[1412] V. Heuzé, « Une reconsidération du principe de la réparation intégrale », *op. cit.*
[1413] G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009, p. 2944, spéc. p. 2949 ; E. Baraduc, V. Heuzé, C. Bernier (sous la dir.), *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, Paris, 2008.
[1414] V. Heuzé, « Une reconsidération du principe de la réparation intégrale », *op. cit.*
[1415] Le Professeur Heuzé n'a « *guère de doute [….] qu'un encadrement législatif des indemnités finira par s'imposer, même s'il faudra à l'acceptation de son principe de nombreuses années encore, et même si sa réalisation conduira probablement […] à reconsidérer le rôle respectif de la responsabilité, de l'assurance directe et des fonds collectifs d'indemnisation ou de solidarité* », V. Heuzé, « Une reconsidération du principe de la réparation intégrale », *op. cit.*
[1416] Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation, op. cit.*, p. 22 : « *Certes l'argent, commune mesure de toute indemnisation, paraît bien impuissant à assumer "la réparation intégrale" d'un dommage corporel. Cependant ce principe […] doit être compris en lui donnant un sens fort, au-delà d'un énoncé littéral emblématique* » ; V. aussi, A. Boyer, « Indemnisation à "prix-unique" », *Gaz. Pal.* 12-13 juillet 2006, p. 2193.

affaire qui leur est soumise, peuvent effectivement se livrer à une application éminemment individualisée de la règle de droit, faute de quoi la justice risque fort de ressembler à un rituel sans âme »[1417]. Le principe de réparation intégrale suppose donc, en lui-même, des inégalités[1418]. Des inégalités que certains tentent de relativiser dans la mesure où l'effet du juge peut conduire une certaine harmonisation[1419].

315. Toutes ces critiques résonnent également en droit du travail. Les juges travaillistes doivent également atteindre une réparation intégrale par la mesure de réparation choisie. Or, ils sont particulièrement confrontés aux difficultés de mise en œuvre de ce principe. D'abord, la réparation y paraît concurrencée par d'autres fonctions de la responsabilité. L'intervention de la puissance publique est venue « *assurer à la victime la présence d'un débiteur qui répondra effectivement à son besoin de réparation*. *Pour remplir cette fonction non-plus simplement commutative mais distributive, la loi [s'est] chargée de déterminer les fautes qui seront sanctionnées et le montant de la réparation sur laquelle la victime pourra compter* »[1420]. Plus qu'en droit commun, la confusion entre la réparation et la sanction menace donc la réparation de perdre son authenticité. Ensuite, si certains des préjudices, rencontrés en droit du travail, s'évaluent sans trop de difficultés (pertes de salaire, pertes d'avantages sociaux, pertes de primes ou de congés, …), d'autres s'avèrent, en revanche, plus compliqués à apprécier. Comment par exemple, évaluer le préjudice moral du salarié qui vient de perdre son emploi ? Comment évaluer la douleur du harcèlement ? La valeur de la discrimination ? La difficile évaluation de ces préjudices pourrait laisser penser qu'une réparation en nature sera davantage recherchée, elle qui n'exige pas une appréciation monétaire du préjudice. Pourtant, il n'en est rien. La réparation en nature s'avère réduite au profit d'une réparation pécuniaire qui pose la question de son adéquation avec le préjudice.

[1417] Y. Benhamou, « Plaidoyer pour le retour en grâce des juges, Contribution à l'étude critique de la fonction de juger », *D*. 2009, p. 1040, spéc. p. 1043.
[1418] J.-B. Prévost, « Justice de la justesse, à propos de la réparation du dommage corporel », *in Réparation du dommage corporel, Gaz. Pal*., 30-31 janvier 2009, n° 31, p. 6 : « *la nécessité d'épouser les réalités, qui dérive de la réparation intégrale, revient ultimement à devoir consacrer de nécessaires inégalités* ».
[1419] C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale*, *op. cit*., p. 357.
[1420] Ch. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 20.

Section 1. La place réduite de la réparation en nature

316. D'une qualité supérieure à la réparation pécuniaire pour certains[1421], impossible pour d'autres[1422], la réparation en nature est moins consensuelle que la réparation pécuniaire. Avant de se demander si, comme en droit commun, les mesures de remise en l'état, en nature, prononcées en droit du travail, s'attaquent davantage au dommage – faisant ainsi cesser le fait illicite – (§1) qu'au préjudice (§2), il convient de préciser ce que sont les mesures de réparation en nature (§ préliminaire).

§ Préliminaire. Les mesures de réparation en nature

317. La réparation en nature peut se définir négativement comme la mesure dirigée contre le préjudice qui ne correspond pas au versement d'une somme d'argent. Elle correspond à « *tous les cas dans lesquels le juge impose au responsable non pas le paiement d'une indemnité, mais un acte ou un comportement qui contribue à supprimer ou, au moins, à atténuer le dommage*[1423] *subi par la victime* »[1424]. Elle est cependant niée par certains auteurs, ceux-là même qui réfutent toute idée de responsabilité contractuelle[1425]. Surpris par ce « *curieux vocabulaire* »[1426] qui oppose exécution en nature et réparation en nature, pour eux, la réparation en nature n'est qu'une forme d'exécution forcée. Toutefois, en considérant que la responsabilité contractuelle existe, la réparation en nature ne peut pas être niée en son principe. Il faudra en revanche tester son existence pratique afin de savoir si des mesures de réparation en nature sont effectivement prononcées en droit du travail.

318. La réparation en nature est matériellement et juridiquement plus compliquée à atteindre que la réparation pécuniaire. Matériellement, car tout préjudice est loin de

---

[1421] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation, op. cit*., p. 263.
[1422] L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, op.cit*., p. 37 et s. *« il n'y a qu'une seule manière de réparer le dommage causé par un fait délictuel : c'est l'allocation à la victime d'une indemnité pécuniaire. Dans les autres cas dits de réparation en nature, il n'y pas véritable réparation »*.
[1423] Le dommage doit être entendu comme préjudice dans la formule utilisée par l'auteur.
[1424] G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité, op. cit*., n° 14-1.
[1425] Les mêmes qui nient l'idée d'une responsabilité contractuelle, *cf. supra*, p. 27.
[1426] P. Rémy-Corlay, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005, n° 1, p. 13.

pouvoir être compensé en nature[1427]. Le juge sera même parfois contraint d'accorder une réparation pécuniaire lorsque la réparation en nature s'avère impossible parce que le préjudice est devenu irréversible[1428]. Juridiquement, car certaines de ces mesures vont se heurter à d'autres règles du droit[1429]. Ajoutons que la victime peut préférer une réparation pécuniaire[1430]. Enfin, elle souffre d'une concurrence avec d'autres mesures. Préjudice et situation illicite sont parfois dépendants dans la mesure où le préjudice peut être la conséquence de la violation de la norme[1431], dès lors, suppression du préjudice et de l'illicite sont soumises à ce rapport de dépendance. En matière contractuelle notamment, les mesures d'exécution forcée du contrat viennent concurrencer les mesures de réparation en nature, puisqu'elles viennent supprimer l'atteinte à la force obligatoire du contrat. « *Il convient cependant de bien distinguer cette réparation en nature qui s'inscrit dans le cadre de la responsabilité civile de l'exécution en nature, à laquelle a droit le créancier contractuel sans avoir à prouver qu'il a subi un préjudice* »[1432].

319. La distinction entre dommage et préjudice participe aussi au débat. En considérant que le préjudice est distinct du dommage[1433], il faut confronter les deux notions à celle de réparation. Supprimer le préjudice, est-ce aussi supprimer le dommage ? Si la réponse est positive, alors les mesures de remise en l'état, dirigées vers le dommage, pourront se révéler être des mesures de réparation. Or, il semble que cette distinction ne s'intéresse pas à la différence entre réparation en nature et pécuniaire. « *Autant que faire se peut, la réparation doit tendre en premier lieu à prévenir ou faire cesser le dommage ou son aggravation ; elle doit réduire les effets produits par le fait générateur dans leurs manifestations matérielles et concrètes. Lorsqu'elle est possible, la remise en état s'impose au juge, peu importe qu'il la prononce directement en condamnant le responsable à la réaliser lui-même (réparation du dommage en nature) ou qu'il la prononce indirectement en condamnant le responsable à verser à la victime le coût de sa réalisation (réparation du dommage en valeur). Pour ce qui est des répercussions*

[1427] Que l'on pense seulement à la mort de quelqu'un.
[1428] C'est notamment le cas du préjudice corporel irréversible, du préjudice moral.
[1429] La loi posait notamment un obstacle à la réparation en nature à l'ancien article 1142 du Code civil qui prescrivait de résoudre en dommages-intérêts les obligations de faire ou de ne pas faire non exécutées.
[1430] V. par ex. : Cass. civ., 3ème, 28 septembre 2005, n° 04-14586, *Bull. civ*. III, n° 180, *JCP* G 2006.II.10010, note C. Noblo ; *RTD civ.*, 2006, p. 129, obs. P. Jourdain.
[1431] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation, op. cit*., p. 66.
[1432] P. Ancel, « La responsabilité contractuelle et ses relations avec la responsabilité extra-contractuelle : présentation des solutions de l'avant-projet », *in L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité – Actes du colloque du 22 mai 2006, RDC* 2007, p. 191.
[1433] Sur la distinction, *cf. supra*, p. 22.

passées du dommage, et si la remise en état est impossible ou partielle, pour ses répercussions futures, il s'agira de réparer les préjudices subis par la victime […]. Là encore, peu importe que le juge s'y emploie en nature […] ou en valeur »[1434]. Si la *summa divisio* en matière de réparation se situe moins dans le mode de réparation que dans l'objet de la réparation, peu importe de ne trouver que de rares illustrations de la réparation en nature.

Par ailleurs, dire qu'une mesure supprime le dommage nécessite au préalable de déterminer quel dommage elle vise. Si les préjudices subis par les salariés se ressemblent souvent : patrimoniaux (perte de salaires, perte d'avantages pécuniaires) et extrapatrimoniaux, leur origine est, en revanche, plus diversifiée. Quels dommages subissent les salariés ? Perte d'emploi, absence de bénéfices des dispositions légales ou conventionnelles, inégalité de traitement, atteinte à leur intégrité physique ou corporelle,… sont-ils tous vraiment susceptibles de disparaître par une mesure de réparation en nature ? La recherche d'un moyen de suppression de ces dommages fait cesser l'illicite, puisque tout dommage est illicite[1435], mais reste insuffisante pour faire disparaître à elle seule, tout le préjudice. Les mesures de remise en l'état s'accompagnent, d'ailleurs, le plus souvent, d'une indemnisation qui compensera le préjudice subi entre la réalisation du dommage et sa suppression effective.

320. De ces difficultés, la mesure de réparation en nature ressort fragilisée et susceptible de s'incliner face à la condamnation pécuniaire. Le droit du travail n'échappe pas à ce sentiment de complaisance à l'égard de la condamnation pécuniaire. Pourtant, « *ce mécanisme du droit des obligations qu'est la remise en l'état intéresse le droit du travail non seulement par le fait qu'il assure la sauvegarde de l'emploi mais aussi parce qu'il constitue une sanction originale dans ce droit des relations professionnelles. L'aspect contentieux est ici prédominant car le rétablissement de la situation antérieure peut apparaître comme une remise en cause des pouvoirs de l'employeur* »[1436]. Le droit du travail peut-il se poser en défenseur de la réparation en nature (§2) ? Au contraire, ce champ disciplinaire paraît, lui aussi, enclin à utiliser la remise en l'état, en nature, pour faire cesser l'illicite (§1).

[1434] C. Bloch, « Chapitre 2. Satisfaction du créancier », *in Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 2448.
[1435] Le dommage est à lui seul illicite, la loi obligeant celui qui le cause à le réparer.
[1436] B. Bossu, *La remise en l'état en droit du travail*, *op. cit.*, p. 25.

§1. La cessation manifeste de l'illicite

321. La cessation de l'illicite est une notion qui appartient au vocabulaire de la responsabilité extracontractuelle, elle ne devrait donc pas trouver place en droit du travail, matière régie par le contrat de travail, pour laquelle il faut donc parler d'exécution forcée. Pourtant, l'emprise des droits de l'homme en droit du travail explique sa place. Certaines condamnations qui tendent à « *mettre un terme à une situation illicite en faisant prévaloir des principes supérieurs d'ordre public sur la volonté particulière de l'employeur* »[1437], ne semblent pas répondre à la définition de l'exécution forcée[1438]. C'est la protection des droits du salarié qui justifie une place à la cessation de l'illicite en droit du travail. Le respect des droits de l'Homme dépasse le respect des intérêts particuliers du contractant qu'est le salarié[1439]. Même concentrée sur les intérêts du contractant, la violation de l'article 1134 du Code civil, ouvrant droit à une action en exécution forcée, s'inscrit comme une illicéité. Le terme cessation de l'illicite sera donc préféré à celui d'exécution forcée.

En droit du travail, il y a derrière chaque remise en état, en nature, une volonté de faire cesser une illicéité, qu'elle intervienne en tant que réaction à la nullité d'un acte juridique (A) ou d'une violation de la loi (B).

A. La remise en l'état en nature comme réaction à la nullité d'un acte juridique

322. Le salarié est parfois remis dans la situation qui était la sienne avant que l'acte nul n'ait produit ses effets. Dans ces hypothèses, qu'il s'agisse d'une sanction annulée (1) ou d'un licenciement déclaré nul (2), il ne faut pas attribuer à la mesure des vertus réparatrices mais constater son rôle de sanction de la nullité.

[1437] B. Bossu, « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre », *Dr. soc.* 1994, p. 747.

[1438] C'est par exemple la nécessité de mettre fin aux différences de traitement illégitimes. Les juges ne raisonnement pas en terme d'exécution forcée mais de cessation de l'illicite. V. leur formule « il est interdit à l'employeur, à peine de nullité de la mesure, de pratiquer une discrimination », Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-42270 et 89-40380, *D.* 1991, p. 156 ; *Dr. soc*. 1991, p. 619, rapp. P. Waquet ; *Dr. soc*. 1991, p. 621, concl. P. Franck ; Cass. soc., 29 janvier 1992, n° 89-44501, *Bull. civ*. V, n° 50 *RJS* 3/92, n° 283.

[1439] J.-M. Verdier, « Quelle problématique spécifique pour les droits de l'homme dans l'entreprise ? », *in XXème congrès de l'IDEF, les droits de l'homme dans l'entreprise, Revue juridique et politique, indépendance et coopération,* n° 3 et 4, juillet 1983, p. 314.

1) La disparition de la sanction nulle

323. Dans le cadre du pouvoir disciplinaire, l'employeur peut vouloir imposer une modification de son contrat au salarié. Bien que « *le salarié [ait] l'obligation de se soumettre à la sanction régulièrement prononcée, il n'en demeure pas moins vrai que l'employeur doit respecter les clauses substantielles du contrat de travail en application de l'article 1134 du Code civil* »[1440]. La légitimité du refus de la sanction disciplinaire est affirmée depuis un arrêt du 21 février 1990[1441]. Dans cette hypothèse, nulle réparation. La sanction prononcée par l'employeur est annulée, la situation du salarié dans l'entreprise est rétablie. On ne s'intéresse pas au préjudice du salarié mais à l'exécution du contrat de travail dans les conditions qui étaient celles de sa conclusion[1442]. Le préjudice du salarié pourra d'ailleurs être postérieur à cette remise en l'état. Face à un refus de la sanction disciplinaire, il appartient, en effet, à l'employeur de choisir entre le prononcé d'une nouvelle sanction ou l'engagement de la procédure de licenciement. La remise en l'état d'une sanction modifiant le contrat de travail peut ainsi conduire au prononcé du licenciement, autrement dit à la perte de l'emploi pour le salarié. Et même si la rupture du contrat s'avère injustifiée, la réintégration restera facultative pour l'employeur puisqu'il ne s'agira souvent que d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

2) La disparition des effets du licenciement nul

324. La perte de son emploi par le salarié est un dommage aux multiples conséquences préjudiciables. Il va de soi que la meilleure façon de réparer les préjudices ainsi subis est de lui redonner son emploi, autrement dit, de le réintégrer[1443] dans l'entreprise. D'ailleurs, « *la possibilité pour un salarié d'obtenir du juge sa réintégration en cas de licenciement*

[1440] B. Bossu, *La remise en l'état en droit du travail, op. cit*., p. 829.
[1441] Cass. soc., 21 février 1990, n° 87-44326, *Bull. civ*. V, n° 74, *RJS* 4/90, n° 297.
[1442] La même conclusion doit être faite s'agissant de la sanction prononcée en violation de la procédure disciplinaire conventionnelle : la sanction est nulle, le contrat de travail s'exécute sans que cette sanction n'ait pu produire des effets, notamment une retenue de salaire suite à une mise à pied : Cass. soc., 23 octobre 1991, n° 88-41495, *Bull. civ*. V, n° 434, *Dr. soc.* 1992, p. 227, note J. Savatier.
[1443] Quoique l'utilisation du terme « réintégration » soit plus commode que rigoureuse : « *Le juge doit-il condamner l'employeur à réintégrer le salarié quand il constate la nullité ? Une réponse négative est de rigueur car la réintégration suggère une récupération de l'emploi après rupture du contrat de travail. Or, quand le juge prononce la nullité, il n'a pas à réintégrer à proprement parler le salarié dans l'emploi ou à ordonner à l'employeur de le réintégrer car le contrat n'a pas été rompu. Néanmoins pour une simple raison de commodité, nous continuerons à parler de réintégration même s'il y a nullité. À partir de là, le salarié protégé, victime d'un licenciement irrégulier, va solliciter sa réintégration en justice* », V. B. Bossu, *La remise en l'état en droit du travail, op. cit*., p. 138.

illicite est l'un des critères fondamentaux qui permettent d'apprécier la valeur d'un système juridictionnel en matière de relations de travail »[1444]. La réintégration s'impose donc comme une mesure de sanction de l'illicite. Bien que son admission ait connu des obstacles[1445], elle a progressivement été admise en réponse au licenciement nul[1446], sans que les juges ne cessent, toutefois, de voir avec elle, une atteinte à la liberté d'entreprendre[1447].

325. Cependant, même en cas de réintégration, la question de l'indemnisation demeure. Il convient notamment de réparer le préjudice subi pendant la période d'exclusion de l'entreprise. Ainsi, le salarié licencié a subi un préjudice lié à la perte de ses revenus au cours de la période entre son licenciement et sa réintégration. La réintégration n'effacera pas ce préjudice. Le professeur Rivéro explique cette impossibilité à supprimer tout le préjudice : « *même si l'annulation de la décision irrégulière peut assurer un avenir conforme au droit, elle ne peut revenir sur le passé, et faire que ce qui a été vécu n'ait pas existé* »[1448]. L'exemple du licenciement nul pour discrimination est frappant. Tout acte discriminatoire est nul[1449] et ouvre droit à une réparation intégrale du préjudice, le Code du travail dispose : « *les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* »[1450]. Le salarié a alors droit à la réintégration[1451] et à une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration[1452]. En précisant que l'octroi de « dommages et intérêts » répare tout le préjudice et en ne mentionnant pas la

---

[1444] B. Aaron, comparatiste américain, cité par A. Supiot, *Les juridictions du travail*, Dalloz, Paris, 1987, p. 209.

[1445] La réintégration ne pouvait être ordonnée dans la mesure où « *l'obligation de réintégrer constitue une obligation de faire dont l'inexécution ne peut donner lieu qu'à l'allocation de dommages-intérêts aux termes de l'article 1142 du Code civil* », Cass. soc., 27 novembre 1952, arrêt *Sortais*, *Bull. ch. soc*. n° 853, *D*. 1953, p. 239, *Dr. soc*. 1953, p. 101.

[1446] Cass. Soc., 14 juin 1972, n° 71-12745, *Bull. ch. soc*. n° 432, arrêt *Revet-Sol c/ Dal Poz*, *Dr. soc.* 1972, p. 465, note J. Savatier ; *D*. 1974, p. 114, note N. Catala ; *JCP* 1972.II.17275, note G. Lyon-Caen.

[1447] Cass. soc., 14 avril 2010, n° 08-45247, *Bull. civ*. V, n° 96, *D*. 2010, p. 1151 ; *Dr. soc*. 2010, p. 815, obs. J. Mouly. Les juges décident que « *la règle posée par l'article L. 1235-3 du code du travail, subordonnant la réintégration du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse à l'accord de l'employeur, qui, d'une part, ne porte atteinte ni au droit au respect des biens, ni au droit de propriété, d'autre part, opère une conciliation raisonnable entre le droit de chacun d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre, à laquelle la réintégration de salariés licenciés est susceptible de porter atteinte* ».

[1448] J. Rivéro, « L'effet dissuasif de la sanction juridique », *in Mélanges P. Raynaux*, Dalloz, Paris, 1985, p. 676.

[1449] Art. L. 1132-4 C. trav.

[1450] Art. L. 1134-5 alinéa 3 C. trav.

[1451] Cass. soc., 23 novembre 2005, n° 03-40826, *Bull. civ*. V, n° 332, *Dr. ouvr*. 2006, p. 101, note D. Petit ; Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-16434 et n° 13-16805, *bull. civ*. V, n° 186.

[1452] Qui se cumule avec les éventuels revenus de remplacement, Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-43277, *Dr. ouvr*. 2010, p. 608, note J. Guyon ; Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28734, *Bull. civ*. V, n° 136, *Dr. ouvr*. 2013, p. 716, obs. R. Spire.

réintégration, le législateur nous indique que la réintégration ne suffit pas à réparer le préjudice. Sans doute voit-il dans la réintégration la sanction de l'illicite et dans la créance indemnitaire la réparation du préjudice.

326. Des obstacles à la réintégration (a) aux limites de ses effets (b), les enjeux de la réintégration sont donc moins liés à ceux d'une mesure de réparation qu'à ceux d'une sanction de la nullité.

a) Les obstacles à la réintégration

327. « *Peut-on imposer à un employeur un salarié dont il ne veut plus ? La réponse de la Cour de cassation a été pendant longtemps fort simple : non* »[1453]. Les juges de la chambre sociale avaient en effet posé un principe selon lequel « *l'obligation de réintégrer constitue une obligation de faire dont l'inexécution ne peut donner lieu qu'à l'allocation de dommages-intérêts, aux termes de l'article 1142 du Code civil* »[1454]. D'après l'ancien article 1142 du code civil[1455], « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». La formule semblait privilégier l'exécution par équivalent au détriment de l'exécution en nature. « *En réalité, la portée de la règle énoncée à propos des obligations de faire et de ne pas faire doit être nuancée. Seules les obligations de faire ou de ne pas faire présentant un caractère purement personnel sont soumises à l'article 1142 […] : les qualités personnelles doivent être en jeu ; de la même façon, une obligation de faire ou de ne pas faire doit être considérée comme personnelle si elle implique une action ou une abstention qui se prolonge dans le temps. La liberté individuelle qui est le fondement même de la règle en constitue aussi la limite. Il s'agit en effet de trancher un conflit entre la nature contraignante de l'obligation et la liberté individuelle* »[1456]. Suivant ces limites, la réintégration paraît bien être une obligation de faire insusceptible d'exécution forcée. Elle implique non seulement une action qui se prolonge dans le temps mais aussi la liberté d'entreprendre de l'employeur qui choisit ses collaborateurs. Bien qu'il puisse paraître « *absurde de prétendre caractériser une obligation par un caractère "personnel" […] : toute obligation, par définition, est un lien personnel et son exécution porte naturellement*

[1453] B. Bossu, « Les situations de fait et l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. ouvr*. 1999, p. 94, spéc. p. 96.
[1454] Cass. soc., 27 novembre 1952, préc.
[1455] L'exception ainsi formulée n'a pas été reprise par la réforme du droit des obligations.
[1456] Y. Picod, « Obligations », *Rép. Dalloz droit civil*, n° 38.

atteinte à la liberté du débiteur. […] L'idée est qu'il ne faut pas aller trop loin dans l'intrusion des âmes, de l'être même du débiteur »[1457]. Ce faisant, les juges sauvegardent le pouvoir de l'employeur dans l'une des manifestations les plus symboliques, le pouvoir de licencier[1458]. Cet obstacle a toutefois été combattu par le législateur qui est venu offrir le cadre juridique[1459] permettant d'affirmer le droit à la réintégration[1460].

328. En revanche, ce sont aussi des « *motifs purement matériels* »[1461] qui peuvent compromettre le prononcé de la réintégration. Le problème rencontré est simple : le poste occupé par le salarié licencié existe mais est occupé par un nouveau salarié. Se pose alors la question des effets de la réintégration. Suppose-t-elle un retour dans le même emploi, ou un emploi équivalent suffit-il ? Considérer que la réintégration doit s'exercer sur le même emploi obligerait l'employeur à modifier le contrat d'un autre salarié, l'ingérence dans son pouvoir de direction n'a pas été franchie. Les juges admettent que « *dans le cas où cet emploi n'existe plus ou n'est pas vacant* », la réintégration « *peut avoir lieu dans un emploi équivalent comportant le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial et permettant l'exercice du mandat représentatif* »[1462].

329. Encore récemment, dans le contentieux du harcèlement, la réintégration s'est avérée impossible. Un salarié est licencié pour faute lourde. En réalité, le salarié avait été victime de harcèlement. Puisque l'employeur ne peut licencier un salarié pour avoir subi des agissements répétés de harcèlement[1463], le licenciement est nul. Le salarié demande alors sa réintégration et « *l'éviction des harceleurs afin de faire en sorte qu'il ne soit pas de nouveau confronté à ces derniers et de nouveau victime de harcèlement moral de leur part* »[1464]. Or, « *il n'entre pas dans les pouvoirs du juge d'ordonner la modification ou la rupture du contrat de travail du ou des salariés auxquels sont imputés de tels*

[1457] N. Dissaux et Ch. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats,du régime génral et de la preuve des obligations*, *op. cit*., spéc. comm. art. 1221, p. 103.
[1458] « *Imposer la réintégration du salarié pourrait finalement s'analyser comme une remise en cause du droit de licencier* », B. Bossu, *La remise en l'état en droit du travail*, *op. cit*., p. 582 ; V ; aussi, H. Sinay et G. Lyon-Caen, « La réintégration des représentants du personnel irrégulièrement licenciés », *JCP* 1970.I.2235, n° 20.
[1459] Loi n° 85-10 du 3 janvier 1985, *JO* 4 janvier 1985, p. 94 et Loi n° 85-772 du 25 juillet 1985, *JO* 26 juillet 1985, p. 8471.
[1460] Cass soc., 26 septembre 1990, n° 88-41375, *Bull. civ*. V, n° 387, *Dr. soc*. 1991, p. 60, Rapport Ph. Waquet, et note J.-E. Ray.
[1461] B. Bossu, « La réintégration négociée », *Dr. ouvr*. 1998, p. 481, spéc. p. 485.
[1462] Cass. Soc., 24 janvier 1990, n° 89-41003, *Bull. civ*. V, n° 32, *Dr. soc*. 1990, p. 328, rapp. Ph. Waquet.
[1463] Art. L. 1152-2 C. trav.
[1464] Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-23314, *SSL* 2015, n° 1675, p. 11, obs. F. Champeaux.

agissements »[1465]. La réintégration est donc impossible. Malgré les solutions qui permettent au juge de suspendre une organisation de travail pathogène[1466], la saisine du juge des référés par l'inspecteur du travail « *pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser le risque* »[1467] et le droit d'alerte du délégué du personnel qui peut aboutir à la saisine du juge qui « *peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte* »[1468], le salarié victime de harcèlement reste sans réintégration possible. « *La morale de l'histoire : les "harceleurs" restent en poste, le retour dans l'entreprise du "harcelé" est impossible. La solution est sévère, particulièrement au regard de l'article L. 1152-4 du Code du travail selon lequel "l'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral". "Toutes" dispositions ? Manifestement, non* »[1469].

330. La réintégration rencontre donc des obstacles qui empêchent qu'elle soit parfois prononcée. Mais au-delà de ces difficultés, ce sont aussi ses effets qui paraissent limités.

b) Les limites de la réintégration

331. Bien que les juges aient adopté des solutions en faveur de la réintégration, le salarié peut notamment être réintégré sur un poste différent du sien et qu'importe l'opinion de la communauté de travail sur le retour du salarié dans l'entreprise[1470], certaines limites continuent d'affecter ses effets. Ces limites laissent penser que la réintégration ne permet pas d'atteindre la réparation intégrale du préjudice et incitent donc à ne pas la considérer comme une mesure suffisante de réparation.

332. D'abord, on peut « *douter de la durabilité des effets de la réintégration* »[1471]. Le Professeur Gaudu appelait en effet à distinguer deux types de nullités. Les unes seraient « *assorties de réintégrations à effet définitif, ce sont ainsi, en quelque sorte, des nullités-réparations (réintégration des grévistes, du délégué, du salarié victime de discrimination…)* », les autres pour lesquelles *« quoique la réintégration soit ainsi*

[1465] Cass. soc., 1er juillet 2009, n° 07-44482, *Bull. civ*. V, n° 167, *D*. 2009, p. 2041 ; *RDT* 2009, p. 589, note P. Adam ; *SSL* 2009, n° 1410, p. 8 ; Cass. soc., 9 avril 2015, préc.
[1466] Cass. soc., 5 mars 2008, préc.
[1467] Art. L. 4732-1 C. trav.
[1468] Art. L. 2313-2 C. trav.
[1469] F. Champeaux, obs. sous Cass. soc., 9 avril 2015, préc.
[1470] « *Le refus d'une partie du personnel de travailler à nouveau avec le salarié investi d'un mandat représentatif pour des motifs écartés par l'autorité administrative ne peut suffire à caractériser une impossibilité absolue de réintégrer celui-ci dans son poste* », Cass. soc., 24 juin 2014, n° 12-24623, *JSL* 371-3, note J.-Ph. Lhernould.
[1471] G. Couturier, « Petites histoires de nullités du licenciement », *Dr. soc*. 2011, p. 1218.

ordonnée […] n'interdi[sent] pas un nouveau licenciement à brève échéance, après régularisation (nullité du licenciement du salarié médicalement inapte, insuffisance du PSE. […]). Plutôt qu'une réparation, c'est un outil »[1472]. Cette distinction, nullement consacrée par le législateur ou le juge, montre une des failles de la réintégration, dont les effets peuvent s'avérer provisoires.

333. Ensuite, la réintégration reste soumise à l'option du salarié[1473]. Les enjeux de cette option ne sont pas toujours bien maîtrisés. Si la demande de réintégration ne peut être refusée[1474] dès lors qu'elle est possible, il ne faut pas que le salarié oublie de lever cette option, sans quoi, il la perd. Ainsi, la réintégration n'est plus possible si le salarié a liquidé ses droits à la retraite[1475]. Les juges considèrent que le lien professionnel doit être définitivement rompu pour percevoir une pension de vieillesse[1476], rendant impossible une réintégration postérieure. Le salarié qui avait donc opté pour une liquidation de ses droits à la retraite suite à son licenciement ne peut bénéficier de la rétroactivité de la nullité. La solution est critiquable dans la mesure où cet impératif de cessation d'activité connaît des exceptions qui laissent penser que l'impossibilité soulevée par les juges n'était pas irrésistible[1477]. Elle tend surtout à faire de la réintégration une solution sans avenir pour les salariés éligibles à l'ouverture de leurs droits à la retraite. Pour eux l'option est alors celle d'une ouverture des droits immédiate ou une éventuelle réintégration à l'issue d'une instance judiciaire à la durée indéterminée. L'option s'évanouit sous les aspects patrimoniaux du salarié privé d'emploi.

334. Enfin, et peut-être surtout, la victime a parfois intérêt à délaisser la réintégration. Le montant de l'indemnisation, lorsque la victime renonce à cette option, est en effet marqué par l'importance « *des peines privées* »[1478] et se concrétise par des montants souvent élevés. L'absence de réintégration va ainsi permettre au salarié d'obtenir une indemnisation plus élevée. L'attrait de la réintégration diminue et s'il est « *plus*

[1472] F. Gaudu, « Les nullités du licenciement et le "principe" pas de nullité sans texte », *Dr. soc.* 2010, p. 151, n° 3.
[1473] Pour un récent rappel de l'option offerte aux salariés, V. not., Cass. soc., 15 avril 2015, n° 13-24182, *à paraître*, *Dr. ouvr.* 2016, p. 20, note L. Millet ; pour la réintégration, d'une salariée enceinte, proposée trop tardivement par l'employeur, V. Cass. soc., 15 décembre 2015, n° 14-10522, *à paraître*, *JCP* S 2016.14 ; *JSL* 2016, n° 403-2, note J.-P. Lhernould.
[1474] Cass. soc., 25 février 1998, n° 95-44019 et 95-44742, *Bull. civ*. V, n° 102, *RJS* 1/1998, n° 451 ; Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 99-42902, *bull. civ*. V, n° 263, .
[1475] Cass. soc., 9 juillet 2015, n° 14-12834, *JSL* 2015, n° 395-7, obs. Ph. Pacotte et G. Halimi.
[1476] Art. L. 161-22 C. SS.
[1477] L'article L. 161-22 C. SS. pose notamment le principe d'une reprise d'activité chez le précèdent employeur. Certes, reprise d'activité et réintégration ne sont pas des solutions identiques, mais une assimilation de la première à la seconde aurait pu être envisagée.
[1478] S. Carval, *La responsabilité dans sa fonction de peine privée*, *op. cit*., n° 177.

noble »[1479] de poursuivre la cessation de l'illicite, il est plus « intéressant » pour le salarié de choisir l'indemnisation. Citons par exemple le cas du représentant du personnel licencié en violation du statut protecteur. Il a droit à une réparation forfaitaire calculée sur l'ensemble de sa période de protection. Lorsque le salarié ne demande pas sa réintégration, il a droit au paiement des salaires restant à courir jusqu'à la fin de son mandat[1480] ; lorsqu'il demande sa réintégration, il a droit à la totalité des rémunérations qu'il aurait dû percevoir entre son licenciement nul et la réintégration effective dans l'entreprise, sans déduction. En l'absence de réintégration, l'indemnisation pouvait[1481] s'élever à une somme égale à trente-huit mois de salaire[1482]. En fonction des capacités du salarié à retrouver un emploi, il est susceptible de préférer l'indemnisation. Il en est de même pour le salarié dont le licenciement pour motif économique est nul, en raison de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, qui peut prétendre à une indemnité égale à douze mois de salaire[1483].

B. La remise en l'état en nature comme réponse à la violation de la loi

335. En droit du travail, la loi encadre la formation (1) et la rupture (2) de certains contrats de travail. C'est aussi la loi contractuelle qui oblige les parties (3). De ces exigences, employeur et salarié ne peuvent se défaire unilatéralement sans risquer d'être condamné à respecter la loi.

1) Le non-respect du formalisme de certains contrats

336. Le droit du travail connaît une suppression efficace de l'illicite à travers la sanction qu'est la requalification du contrat à temps partiel en contrat à temps plein, du

[1479] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit*., p. 218 ; C. Bloch, *La cessation de l'illicite, op. cit*., p. 141.
[1480] Cass. soc., 11 juin 2013, n° 12-12738, *Bull. civ*. V, n° 150, *RDT* 2013, p. 573, note M. Grévy.
[1481] La solution a, depuis, été remise en cause par les juges et l'indemnité est désormais plafonnée à 2 ans, durée minimum légale du mandat) et 6 mois (durée de la protection suivant le mandat), soit 30 mois de salaire : Cass. soc., 15 avril 2015, n° 13-24182 et n° 13-27211, *à paraître*, *Liaisons sociales Quotidien*, n° 16823, p. 1 ; *JSL* 2015, n° 389-5, obs. Ph. Pacotte et M. Bernardeschi ; *Dr. ouvr*. 2016, p. 20, note L. Milet.
[1482] Cass. soc., 19 janvier 2011, n° 09-42541 et n° 09-42556
[1483] Art. L. 1235-11 C. trav.

CDD en CDI ou même du contrat de mission d'un autoentrepreneur[1484]. Cette « *requalification-sanction* »[1485] ou « *sanction de requalification* »[1486] doit être distinguée de la requalification de l'article 12 alinéa 2 du Code de procédure civile. Il ne s'agit pas, en effet, de « *restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* »[1487] mais de sanctionner l'illicéité qui entache sa conclusion. La requalification de l'article 12 du Code de procédure civile[1488] « *s'impose de manière objective, même si les parties n'ont pas subjectivement désiré contourner la loi. L'opération consiste alors en une interprétation de la volonté initiale du ou des auteurs qui aura imprimé une première qualification à l'acte. Rétablissant la légalité, la requalification prend les traits d'une sanction* »[1489].

337. S'agissant de la sanction de requalification, « *l'originalité est ailleurs* »[1490]. Elle a été pensée pour répondre aux contrats « précaires »[1491], afin d'assurer au contrat à durée indéterminée son statut de droit commun[1492]. Construite par la doctrine, la requalification-sanction est « *l'attribution à un acte juridique, à titre de sanction de la violation d'une règle de droit, d'une qualification qui ne correspond pas à ses caractéristiques intrinsèques* »[1493]. Cette « *reconstruction intellectuelle* »[1494] est très claire s'agissant de la requalification du contrat à durée déterminée irrégulier en un contrat à durée indéterminée. La requalification est prononcée non pas parce que la relation de travail est en réalité un contrat à durée indéterminée – c'est même l'inverse que recherchait l'employeur – mais bien parce que les règles afférentes au contrat à durée déterminée

---

[1484] Cass. soc., 6 mai 2015, n° 13-27535 : cet arrêt « *contribue à donner du poids à la thèse, défendue par les adversaires du régime de l'auto-entrepreneur, selon laquelle celui-ci peut être utilisé dans le cadre d'une stratégie d'évitement du droit du travail et de ses contraintes* », *D*. 2015, p. 1105, note X. Delpech.

[1485] Cl. Roy-Loustaunau, « Réflexion sur le rôle du juge dans la requalification-sanction du contrat de travail à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990 », *JCP* E 1991.101.

[1486] D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, IRJS Éditions, Paris, 2011.

[1487] Art. 12 CPC.

[1488] Qui fonde par exemple les demandes en requalification des relations contractuelles en contrat de travail, V. par ex., l'action en requalification en contrat de travail ouverte par l'URSSAF contre la société *Uber*, *SSL* 2016, n° 1725, p. 5.

[1489] Y. Pagnerre, « La requalification de l'acte », *in La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2012, p. 158.

[1490] D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, *op. cit*., p. 3.

[1491] Notamment depuis l'ordo. n° 82-130 du 5 février 1982 modifiant les dispositions du code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi qu'à certaines dispositions du code civil, *JO* 6 février 1982, p. 482 et de la L. n° 90-613 du 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires, *JO* 14 juillet 1990, p. 8322.

[1492] « *Les contrats de travail à durée indéterminée sont la forme générale de relations de travail et contribuent à la qualité de vie des travailleurs concernés et à l'amélioration de la performance* », considérant 6 de l'accord-cadre du 18 mars 1999 sur le travail à durée déterminée, dir. n° 1999/70/CE du 28 juin 1999, *JOCE* n° L 175, 10 juillet 1999, p. 43.

[1493] G. Couturier, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 891.

[1494] Y. Pagnerre, « La requalification de l'acte », *op. cit*., spéc. p. 159.

n'ont pas été respectées. Cette requalification du contrat, « *spécifique au droit du travail* »[1495], impose un retour à la norme. Elle ne s'intéresse pas au préjudice du salarié subi par cette violation de la règle mais tente de faire cesser la violation de la règle en imposant une « *fiction juridique* »[1496].

338. La requalification est donc une mesure de cessation de l'illicite qui ne s'intéresse pas directement au préjudice du salarié. Son association avec l'indemnité de requalification versée à cette occasion le confirme. Originalité française[1497], son versement automatique et son montant forfaitaire en font une sanction supplémentaire sans lien avec le préjudice subi. Pourtant, par les effets qu'elle produit, la requalification est aussi l'occasion de réparer un préjudice du salarié. Cette réparation n'en est toutefois qu'une conséquence. La requalification s'analyse donc comme un mécanisme de cessation de la situation illicite et non de réparation en nature.

2) Le non-respect des règles relatives à la rupture du contrat de travail

339. Une mesure de remise en l'état en nature apparaît à travers le remboursement des indemnités chômage par l'employeur fautif[1498]. Toutefois, les juges auraient pu interpréter cette disposition de façon à élargir son champ d'application, or ils n'en n'ont rien fait. Ainsi, un effectif inférieur à onze salariés ou une ancienneté inférieure à deux ans[1499] empêchent cette condamnation[1500], la seule méconnaissance de la procédure de licenciement[1501], de l'ordre des licenciements[1502] ou de la priorité de réembauche dont bénéficiait le salarié[1503] ne suffisent pas non plus à condamner l'employeur à un tel remboursement. Plus étonnant encore, ni le non-respect des règles applicables aux victimes d'accident du travail et de maladies professionnelles[1504], ni la nullité du

[1495] D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail, op. cit*., p. 1.
[1496] J. Mouly, note sous cass. soc., 5 juillet 2005, n° 03-45048, *JCP* G 2005.II.10155.
[1497] Y. Pagnerre, « La requalification de l'acte », *op. cit*., spéc. p. 160.
[1498] Art. L. 1235-4 C. trav.
[1499] Cass. soc., 26 novembre 2015, n° 14-19501.
[1500] Cass. soc., 23 septembre 2015, n° 14-13264, *à paraître*, *JCP* S 2015.1421, note L. Cailloux-Meurice.
[1501] Cass. soc., 26 mars 1980, n° 78-41369, *Bull. ch. soc*. n° 298, *D.* 1980, p. 547, obs. J. Pélissier.
[1502] Cass. soc., 23 mars 1994, n° 91-43735, *Bull. civ*. V, n° 104, *Dr. soc*, 1994, p. 711, obs. P.-Y. Verkindt.
[1503] Cass. soc., 7 novembre 1990, n° 88-45528, *Bull. civ*. V, n° 533, *D.* 1990, p. 290.
[1504] Cass. soc., 16 octobre 1991, n° 89-40481, *Bull. civ*. V, n° 413, *RJS* 11/91, n° 1192 ; Cass. soc., 28 avril 2011, n° 09-71658, *RJS* 7/11, n° 600.

licenciement[1505] n'ont été des occasions d'extension de cette condamnation en nature. Elle paraît donc avoir un effet bien relatif, d'autant plus que le remboursement est limité à six mois de salaire.

Par ailleurs, sa nature réparatrice peut être discutée. Quel préjudice est compensé ? Il ne s'agit pas d'un préjudice du salarié licencié, de son point de vue, la condamnation est extérieure, elle sanctionne l'employeur du non-respect de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse au licenciement. Il faudrait alors supposer que cette condamnation vienne compenser le préjudice de Pôle emploi pour le versement d'indemnités chômage au salarié. Or, il ne s'agit pas d'un préjudice pour pôle emploi mais du paiement d'une chose indue, le remboursement des sommes est donc une répétition de l'indu et non une réparation du préjudice.

3) La violation de la loi contractuelle

340. Le contenu du contrat doit être respecté par les parties, à défaut, elles engagent leur responsabilité. C'est pourquoi l'employeur peut, par exemple, faire condamner, sous astreinte, le salarié à résilier le contrat de travail conclu avec un autre employeur en violation d'une obligation de non-concurrence[1506]. Il y a dans cette hypothèse le respect de la clause contractuelle et donc une mesure d'exécution du contrat plus que de réparation. La jurisprudence admet d'ailleurs le cumul d'une exécution en nature et d'une condamnation à des dommages et intérêts[1507].

341. Le non-respect des dispositions contractuelles ou conventionnelles est donc censé pouvoir faire l'objet d'une demande en exécution forcée. La question se pose alors de savoir quelle réponse apporter à l'éventuelle modification unilatérale par l'employeur de

---

[1505] Cass. soc., 12 février 1991, n° 86-45459, *RJS* 3/91, n° 326 ; Cass. soc., 24 juin 2009, n° 08-42762 , *RDT* 2010, p. 32, obs. C. Pillet ; Cass. soc., 22 juin 2011, n° 10-17874.

[1506] Cass. soc., 16 octobre 1958, *Bull. civ*., IV, n° 1043 ; Cass soc., 24 janvier 1979, n° 77-41536, *Bull. ch. soc*. n° 67, *D.* 1979, p. 619, note Y. Serra : lorsque le créancier de l'obligation de non-concurrence demande au juge d'ordonner la rupture du contrat de travail, ce dernier doit ordonner cette rupture si la clause est licite. ; sauf contestation sérieuse de la validité de la clause (Cass. soc., 14 juin 2007, n° 05-45683, *RJS* 10/07, n° 1059).

[1507] Cass. soc., 24 janvier 1979, préc. : la condamnation du salarié à payer les dommages et intérêts permet de réparer le préjudice subi par l'employeur, mais cette réparation ne protège pas ce dernier contre les nouveaux actes de concurrence que le salarié peut commettre. Le juge des référés est donc compétent pour ordonner les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent (Cass. soc., 13 janvier 1998, n° 95-40732, *Bull. civ*. V, n° 7, *Dr. soc*. 1998, p. 279, obs. J. Savatier ; Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-46046, *RJS* 11/07, n° 1180), car seule l'interdiction sous astreinte de continuer l'exercice de l'activité prohibée assure le respect de l'engagement souscrit par le salarié.

ces dispositions. Cette modification est préjudiciable pour le salarié qui voit son lieu de travail ou sa rémunération changer. Prononcer le retour aux conditions d'exécution antérieures à la modification du contrat semble alors être l'un des moyens de réparer le préjudice. Il intervient pourtant en réaction à la violation de la force obligatoire des contrats faisant une fois de plus place à un moyen de faire cesser la modification illicite du contrat.

Il faut toutefois rappeler un des particularismes du droit du travail par rapport au droit civil, celui de la possible révision du contrat de travail[1508]. Contrairement au droit civil, le droit du travail autorise une remise en cause unilatérale de certains éléments du contrat, selon l'importance de la modification. Les modifications accessoires sont ainsi admises sans qu'elles ne puissent donner lieu à une remise en l'état, puisqu'il s'agit simplement de l'application du pouvoir disciplinaire de l'employeur. La jurisprudence assimile la modification mineure à un problème d'exécution du contrat. Il y a manquement aux obligations contractuelles si un salarié refuse de poursuivre l'exécution du contrat de travail qui n'a fait l'objet « *d'aucune modification substantielle de la part de l'employeur* »[1509], des changements aujourd'hui désignés comme de simples changements des conditions de travail[1510]. En revanche, en cas de modification touchant à l'un des éléments essentiels du contrat, le salarié peut refuser[1511] ou, si la modification a eu lieu, demander la remise en l'état[1512], autrement dit, la poursuite du contrat aux conditions antérieures. Dans cette espèce, la mesure aura davantage un caractère satisfactoire que compensatoire. Elle vient satisfaire le salarié dans l'exécution du contrat qu'il a conclu et non pas compenser son préjudice.

342. Les relations de travail connaissent d'autres conventions ayant force obligatoire, les accords collectifs. La question se pose alors de savoir si la modification d'un accord collectif peut conduire à une remise en l'état, autrement dit, savoir si le salarié dispose d'un droit de refus lorsque la modification s'impose par accord collectif.

[1508] B. Bossu, *La remise en l'état en droit du travail, op. cit.*, p. 751.
[1509] Cass. soc., 8 octobre 1987, n° 84-41902 et 84-41903, *bull. civ*. V, n° 541, arrêt *Raquin*, *Dr. soc.* 1988, p. 135, obs. J. Savatier ; Cass. soc., 25 juin 1992, n° 87-43956, *Dr. soc.* 1992, p. 825, concl. Y. Chauvy.
[1510] Cass. soc., 10 juillet 1996, n° 93-41137 et 93-40966, *Bull. civ*. V, n° 278 ; Cass. soc., 9 avril 2002, n° 99-45155, *bull. civ*. V, n° 123, *Dr. soc*. 2002, p. 665, obs. J. Savatier.
[1511] Cass. soc., 2 avril 1998, n° 95-43541, *Bull. civ*. V, n° 196, *D*. 1999, p. 33, note M. Escande-Vaniol.
[1512] Cass. soc., 31 octobre 2000, n° 98-44988 et 98-45118, *Bull. civ*. V, n° 354. À moins qu'il ne l'ait acceptée : « *le développement de la remise en l'état suppose un encadrement strict de l'acceptation tacite. Dès lors que le salarié est censé avoir accepté la modification, le rétablissement de la situation antérieure devient impossible* », B. Bossu, *La remise en l'état en droit du travail, op. cit*., p. 802.

La tendance jurisprudentielle tend à considérer qu'un accord collectif ne peut pas modifier le contrat de travail. Ainsi, une nouvelle convention collective ne peut pas, par exemple, modifier le salaire contractuel[1513] ; le contrat de travail du salarié dépourvu de clause de non-concurrence ne peut pas non plus être modifié par un accord d'établissement instituant une interdiction de concurrence[1514] ; « *l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat qui requiert l'accord exprès du salarié* »[1515]. Il faut comprendre que le salarié peut s'opposer à l'application d'un texte conventionnel en revendiquant une modification du contrat de travail.

Pourtant, le droit de refus du salarié est parfois apparu gênant pour l'application d'accords collectifs sur la durée du travail. Le législateur est ainsi intervenu pour permettre l'application de certaines modifications. Le passage aux 35 heures[1516], la loi du 30 juin 2004[1517] instaurant la journée de solidarité, la mise à l'écart de la jurisprudence relative aux accords de modulation[1518] ou encore la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi[1519] confortent la confusion législative. Cette dernière loi, en introduisant les accords de mobilité et les accords de maintien dans l'emploi, permet même une « *décontractualisation* »[1520] partielle de la relation du travail. Face à ces nouveaux dispositifs, la modification du contrat de travail se normalise, et le retour à la situation antérieure n'est plus la solution habituelle. Distinguer la remise en l'état en tant que

---

[1513] Cass. soc., 27 janvier 1999, n° 96-43342, *Bull. civ*. V, n° 43, *Dr. soc.* 1999, p. 308, obs. Ch. Radé.

[1514] Cass. soc., 17 octobre 2000, n° 98-42018, *Bull. civ*. V, n° 334, *Dr. soc.* 2000, p. 1147, obs. J. Savatier.

[1515] Cass. soc., 28 septembre 2010, n° 08-43161, *Bull. civ.* V, n° 197, *JCP* S 2010.1466, note M. Morand ; Ph. Florès, « Modulation du temps de travail et modification du contrat de travail », *SSL* 2010, n° 1472, p. 12 ; F. Favennec-Héry, « Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail ? », *SSL* 2010, n° 1464, p. 10.

[1516] La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 *relative à la réduction négociée du temps de travail*, dite *Loi Aubry II*¸ *JO* 20 janvier 2000, p. 975, a prévu que « *la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail* », actuel art. L. 1222-7 C. trav.

[1517] La loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 *relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées*, *JO* 1er juillet 2004, p. 11944 avait prévu que « *le travail de la journée de solidarité dans les conditions prévues par le présent article ne constitue pas une modification du contrat de travail* ». Il s'agit de l'ancien article L. 212-6 al. 9 C. trav., abrogé lors de la recodification.

[1518] L. n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, *JO* 23 mars 2012, p. 5226. Depuis cette loi, le Code du travail affirme : « *La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail* », art. L. 3122-6 C. trav. Cet article n'a pas été jugé contraire à la constitution, Cons. const., n° 2012-649 DC, 15 mars 2012.

[1519] L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, préc. Cette loi crée les accords de mobilité interne (art. L. 2242-21 et s.) qui prévoient qu'en cas d'application d'un accord de mobilité, « *les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues* ».

[1520] F. Géa, « Vers un nouveau modèle du droit du travail ? À propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », *SSL* 2013, n° 1569, p. 4.

mesure d'exécution du contrat ou mesure de réparation n'a plus d'intérêt puisqu'on évince toute remise en l'état pour conforter la modification du contrat.

343. Enfin, source particulière du droit du travail, les usages façonnent aussi la relation de travail. Leur révocation peut-elle s'entendre d'une modification du contrat de travail ? Une distinction doit d'abord être opérée selon les usages. « *Les usages d'entreprise se distinguent des usages professionnels s'appliquant dans une branche d'activité, et qui sont plus proches de la coutume. Il ne s'agit pas seulement de la différence de champ d'application qui peut distinguer les accords collectifs d'entreprise des conventions collectives conclues dans une branche professionnelle. Il s'agit d'une différence de nature tenant à ce que l'usage professionnel s'impose à l'employeur comme une contrainte extérieure, alors que l'usage d'entreprise est né de son bon vouloir. D'un côté, il y a une norme, qui peut être interprétative ou supplétive, élaborée par la collectivité professionnelle, et le chef d'entreprise y est assujetti comme membre de cette collectivité. De l'autre, il y a une pratique qui a été instituée par l'employeur de sa propre initiative, ou qui s'est établie à l'initiative des salariés, mais sans opposition de sa part* »[1521]. C'est pourquoi l'employeur peut remettre en cause un usage d'entreprise[1522] et non un usage professionnel[1523], sauf si une clause contractuelle prévoit son incorporation au contrat[1524]. Cette remise en cause, qui ne s'apparente pas à celle d'un accord collectif[1525], n'est toutefois pas libre, l'employeur doit respecter certaines conditions[1526]. En cas de manquement de l'employeur à ses obligations, notamment en cas de dénonciation irrégulière ou d'absence totale de dénonciation, les salariés sont alors fondés à réclamer l'avantage qui résulte de l'usage. Une fois encore, cette remise en l'état s'analyse comme une mesure d'exécution forcée de l'usage et non comme une mesure de réparation. Il ne s'agit pas de s'intéresser au préjudice en prononçant l'exécution forcée de l'avantage perdu.

[1521] J. Savatier, « La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise », *Dr. soc*. 1986, p. 890.
[1522] Cass. soc., 8 janvier 1981, n° 79-40786, *bull. ch. soc*. n° 20 ; Cass. soc., 16 mars 1989, n° 87-41105, *Bull. civ*. V, n° 224.
[1523] Cass. soc., 27 janvier 1999, n° 96-44036, *Bull. civ*. V, n° 42, *JCP* G 1999.IV.1534 ; Cass. soc., 8 avril 2010, n° 08-44599, *RDT* 2010, p. 450, obs. D. Boulmier.
[1524] Cass. soc., 22 janvier 1992, n° 89-42841, *Bull. civ*. V, n° 25, *JCP* E 1993.II.401, note J. Déprez.
[1525] Et donc non soumises aux conditions de l'article L. 2261-9 C. trav.
[1526] En l'absence de règles légales de dénonciation de l'usage, c'est la jurisprudence qui a précisé à quelles conditions l'employeur pouvait y mettre fin. L'employeur doit informer les institutions représentatives du personnel, informer individuellement chaque salarié et respecter un délai de prévenance suffisant. Et c'est à l'employeur de rapporter la preuve du respect de ces trois formalités cumulatives, V. not., Cass. soc., 22 octobre 1996, n° 93-43845, *Bull. civ*. V, n° 343.

344. Le droit du travail semble ne laisser place à la remise en l'état que pour faire cesser l'illicite. Pourtant, « *la dynamique […] en faveur de la suppression de l'illicite ne doit pas faire oublier que le rétablissement de la situation antérieure vise parfois simplement à réparer le dommage causé au salarié* »[1527]. S'il est manifeste que la remise en l'état fait cesser l'illicite, elle reste parfois une véritable réparation en nature.

§2. La discrète réparation du préjudice

345. La remise en l'état en nature emporte avec elle la réparation du préjudice dans la mesure où elle tarit la source du préjudice qu'a pu faire naître l'acte illicite. La remise en l'état en nature possède donc une vertu réparatrice chaque fois qu'elle fait disparaître le préjudice pour l'avenir puisqu'elle atteint le dommage (A). Elle peut aussi être purement et simplement réparatrice, bien que les exemples soient plus rares (B).

A. La réparation du préjudice par incidence

346. En faisant disparaître le dommage, le préjudice est réparé par incidence. La requalification l'illustre particulièrement bien en droit du travail. Puisqu'elle emporte requalification rétroactive du contrat, il faut reconstruire la situation du salarié dans l'entreprise et au besoin, utiliser les moyens indemnitaires pour y parvenir. Cette conciliation entre remise en l'état en nature et indemnisation témoigne de l'insuffisance de la remise en l'état à assumer seule toute la disparition du préjudice, mais c'est grâce à son prononcé que certaines indemnités trouvent leur naissance.

La conséquence principale de la requalification tient par exemple au droit au paiement de rappels de salaires correspondant aux périodes non travaillées, intercalées entre deux contrats précaires. Les juges ont, un temps, calculé ce rappel de salaire au regard des modalités d'exécution du contrat[1528], avant de retenir une autre solution qui lui est un peu moins favorable en exigeant du travailleur temporaire[1529] ou du salarié sous contrat à

[1527] B. Bossu, *La remise en l'état en droit du travail, op. cit*, p. 846.
[1528] Cass. soc., 8 juillet 2003, n° 02-45092, préc.
[1529] Cass. soc., 9 décembre 2009, n° 08-41737, préc.

durée déterminée[1530] qu'il se soit tenu à la disposition de l'entreprise pendant les périodes non travaillées entre plusieurs contrats. Ce rappel de salaire est-il une mesure de réparation ? Soumis à la prescription triennale des créances salariales[1531], les sommes en jeu sont dues pour la période de travail requalifiée, au titre donc, du contrat de travail. Elles n'ont pas une nature indemnitaire, elles ne sont que l'exécution par équivalent du contrat rétroactivement valide. Une question se pose toutefois au regard d'un cumul admis par les juges, entre ces rappels de salaire et les sommes que le salarié a pu percevoir au titre de l'assurance chômage[1532]. Comment justifier que le salarié soit doublement rémunéré pour une seule période ? Les allocations chômage ne réparent pas le préjudice du salarié, elles compensent son absence de revenu. Condamner l'employeur à payer les salaires d'une période pendant laquelle le salarié a bénéficié d'un revenu de remplacement n'est donc ni une exécution rétroactive du contrat, ni une mesure de réparation. Elle est une punition.

347. En est-il de même pour l'autre conséquence de la requalification, le droit à la reconstitution de la carrière[1533] ? La requalification modifie le contrat de travail au jour du premier contrat irrégulier et suppose alors de reconstruire fictivement la carrière qu'aurait pu être celle du salarié. Une des conséquences est d'abord la prise en compte de l'ancienneté du salarié qui aura des conséquences en matière d'indemnités de licenciement et de préavis, voire de dommages-intérêts. Mais le juge va encore plus loin. Dans un arrêt du 22 octobre 2014[1534], il admet que soit régularisée « *la situation de la salariée auprès des caisses de retraite vieillesse et complémentaire à compter du début de la relation contractuelle de droit privé* ». Si c'est une large construction que les juges entendent consacrer, il est possible de penser que le salarié puisse prétendre aux primes d'ancienneté, d'avancement, aux congés supplémentaires,… « *Il s'agirait alors de reconstituer la carrière comme on indemnise une perte de chance, c'est-à-dire en tenant compte des probabilités de non-réalisation d'un événement favorable* »[1535].

[1530] La formule sera rapidement reprise pour les salariés sous contrats à durée déterminée, V. Cass. soc., 22 septembre 2010, n° 09-42344.
[1531] Cass. soc., 22 octobre 2014, n° 13-16936 et 13-17209, préc.
[1532] Cass. soc., 16 mars 2016, n° 15-11396, *à paraître*, *JCP* S 2016.130 ; *D*. 2016, p. 720. V. déjà Cass. soc., 25 juin 2013, n° 11-22646, préc.
[1533] Cass. soc., 6 novembre 2013, n° 12-15953, *Bull. civ*. V, n° 259, *D*. 2013, p. 2648 ; *RDT* 2014, p. 35, note B. Reynès.
[1534] Cass. soc., 22 octobre 2014, n° 13-16935, préc.
[1535] J. Icard, « Requalification-sanction et prescription », *op. cit*., spéc. p. 247.

On peut aussi penser utiliser le modèle de l'action en discrimination[1536]. Visant le principe selon lequel « *la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu* »[1537], les juges admettent que le salarié, titulaire d'un mandat de représentation du personnel, victime de discrimination syndicale, puisse prétendre à une reconstruction de sa carrière[1538] et « *se voir reclasser dans le coefficient de rémunération qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination* »[1539]. Sans doute, le contentieux de la discrimination dissimule un aspect punitif qui invite les juges à ne pas tenir compte de l'aléa sous-entendu par une telle fiction, mais le modèle pourrait tout de même être utilisé en matière de réintégration. Tenant compte des probabilités d'évolution du salarié, les juges pourront reconstruire une carrière. Cette demande indemnitaire présente l'avantage de pouvoir échapper à la prescription salariale, dans la mesure où l'action en discrimination permet de « *réparer l'entier préjudice résultant de la discrimination pendant toute sa durée* »[1540].

Si l'on applique ce raisonnement à la requalification, c'est par le biais de l'indemnité de requalification que pourraient être prises en compte ces demandes pécuniaires. Si la loi a prévu un plancher du montant de l'indemnité de requalification, elle n'a pas, en revanche, fixé de plafond. Ce support d'indemnisation peut donc permettre d'indemniser divers préjudices. Les juges ont d'ailleurs une large acception de ces préjudices, puisque cette indemnité est due même en cas de régularisation de l'employeur[1541]. Elle sert à réparer les préjudices subis en raison de la précarité qui lui a été, à tort, imposée. Parmi ces préjudices, on peut légitimement penser inclure tous ceux qui découlent d'un déroulement de carrière moins favorable que celui du salarié engagé sous contrat à durée indéterminée. « *Cette conception de l'indemnité de requalification pourrait justifier une aggravation du quantum de dommages-intérêts* »[1542]. Une telle augmentation pourrait confirmer la vision de certains, qui voient dans cette indemnité de requalification une « *peine civile accessoire* »[1543] à finalité « *dissuasive* »[1544]. Son montant pourrait être évalué en fonction,

---

[1536] J. Icard, « Requalification-sanction et prescription », *op. cit.*, spéc. p. 247.
[1537] Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 10-14662, *RJS* 8-9/14, n° 608.
[1538] *Ibid.* : « *Le salarié n'avait pas eu la possibilité de poser sa candidature à des emplois à pourvoir comme les autres employés de l'entreprise et donc [n'avait pas vu] sa carrière évoluer en dépit de son ancienneté remontant au 15 février 1998 et […] son avancement avait été délibérément négligé* ».
[1539] *Ibid.*
[1540] Art. L. 1134-5, al. 3.
[1541] Cass. soc., 19 février 2014, n° 12-24929, *Bull. civ.* V, n° 64, *JSL* 2014, n° 364-11 ; *Cah. soc.* 2014, p. 239, obs. J. Icard.
[1542] J. Icard, « Requalification-sanction et prescription », *op. cit.*, spéc. p. 248.
[1543] F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats de travail*, LGDJ, Paris, 2001, n° 166.
[1544] D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, *op. cit.*, n° 872.

non pas seulement des préjudices subis par le salarié, mais aussi au regard de la gravité de l'irrégularité[1545]. On retrouve là l'idée de sanctionner l'irrégularité et avec elle le sentiment que l'indemnité de requalification est, elle aussi, une sanction, autrement dit, que tout le régime de la réintégration n'est que sanction.

348. On voit ainsi comment la réintégration-sanction influence le prononcé d'une mesure de réparation. En s'attaquant à l'illicéité qui a donné naissance au préjudice, elle le fait disparaître pour l'avenir et invite à le réparer. Les mesures de remise en l'état, si elles font d'abord cesser l'illicite, permettent donc, ensuite, de réparer le préjudice. Il existe, tout de même, quelques hypothèses où la remise en l'état en nature remplit un rôle exclusivement réparateur.

B. La réparation en nature du préjudice

349. La réintégration du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse est sans aucun doute la manifestation la plus symbolique de la réparation en nature en droit du travail. Elle n'a malheureusement qu'une portée limitée dans la mesure où elle n'est pas obligatoire (1). Il existe, en revanche, diverses autres mesures qui réparent en nature le préjudice (2).

1) La réintégration du salarié, rarement réparatrice

350. La loi du 13 juillet 1973[1546] a introduit, en droit du travail, la cause réelle et sérieuse de licenciement[1547]. La question de la sanction du non-respect de l'obligation se posa aussitôt. Et déjà certains regrettaient la prudence du législateur, estimant une réintégration du salarié « *illusoire* »[1548]. La question de la sanction de la méconnaissance par l'employeur de son pouvoir de licencier est importante, car « *l'efficacité d'une règle*

[1545] D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, *op. cit*., n° 872.
[1546] L. 13 juillet 1973 portant modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée déterminée, préc.
[1547] J.-M. Verdier, « Sur le nouveau droit du licenciement », *Dr. soc*. 1976, p. 9 ; J. Pélissier, « La réforme du licenciement », *D*, 1973, p. 257.
[1548] G. Lyon-Caen et M.-C. Bonnetête, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc*. 1973, p. 493, spéc. p. 506.

juridique dépend avant tout de sa sanction. […] Faut-il choisir une sanction préventive, une sanction réparatrice ou une sanction répressive ? »[1549].

351. D'un point de vue civiliste, peut-on considérer le licenciement sans cause réelle et sérieuse comme nul ? « *Il apparaît que le licenciement se rattache à la catégorie des actes juridiques unilatéraux puisqu'il résulte de la manifestation de volonté d'une seule personne. Or, en l'absence de théorie générale de l'acte unilatéral, on s'accorde à reconnaître qu'il convient de transcrire en la matière le régime juridique du contrat et notamment la notion de cause* »[1550]. Une telle application de la notion de cause illicite au licenciement ne permet pas d'assimiler le motif illicite et l'absence de cause réelle et sérieuse. La cause illicite fait « *prévaloir des principes supérieurs d'ordre public sur la volonté particulière de l'employeur* »[1551] et diffère de la cause réelle et sérieuse qui révèle seulement un motif « *qui rend impossible sans dommage pour l'entreprise la continuation du travail* »[1552]. La nullité ne peut alors se déduire que de la violation d'un « *principe supérieur d'ordre public* »[1553], ou encore, de la violation « *des droits et des valeurs reconnus comme fondamentaux dans notre système juridique* »[1554].

352. L'absence de cause réelle et sérieuse ne suffit pas à caractériser la nullité et ne peut donc donner lieu à réintégration obligatoire. En revanche, toutes les fois où le motif de licenciement atteint les droits et libertés fondamentaux du salarié, il est nul et doit être sanctionné par la réintégration. « *La reconnaissance des droits de l'homme en droit du travail exige avant tout des sanctions efficaces. Il ne suffit pas en effet d'affirmer que le salarié bénéficie, comme n'importe quel citoyen, de droits fondamentaux, encore faut-il pouvoir en garantir le libre exercice* »[1555] . Si la nullité de l'acte juridique au sens de l'ancien article 1108 du Code civil ne pouvait être invoquée, il était possible d'envisager d'autres fondements : nullité fondée sur la violation des règles de validité du licenciement[1556], nullité fondée sur l'utilisation incorrecte du pouvoir de licencier par l'employeur[1557]. Les débats parlementaires conduiront à une autre solution, refusant ainsi

---

[1549] B. Bossu, *La remise en l'état en droit du travail, op. cit*., p. 637.
[1550] *Ibid.*, p. 338.
[1551] G. Couturier, « Les nullités du licenciement », *Dr. soc.* 1977, p. 215, spéc. p. 227.
[1552] *Ibid*.
[1553] *Ibid*.
[1554] B. Bossu, *La remise en l'état en droit du travail, op. cit*., p. 342.
[1555] *Ibid*., p. 394.
[1556] Les règles de validité de l'acte juridique qu'est le licenciement sont posées par la loi, leur non-respect pouvait entraîner la nullité de l'acte au même titre que l'absence de capacité, de consentement, d'objet ou de cause de l'ancien article 1108 du Code civil.
[1557] E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Paris, 1985, p. 143.

la remise en cause du pouvoir de direction de l'employeur et de son autorité au sein de l'entreprise[1558]. La remise en l'état n'a pas disparu pour autant des sanctions possibles, l'article L. 1235-2 du Code du travail prévoit ainsi l'obligation de respecter la procédure de licenciement et l'article L. 1235-3 du même code laisse au juge la possibilité de « *proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise* ».

353. Puisqu'aucune assimilation entre nullité et absence de cause réelle et sérieuse n'a pu être trouvée, la consécration de la réintégration comme sa sanction paraissait plus difficile. En effet, comment contraindre l'employeur à réintégrer le salarié ? Mais aussi, comment imposer au juge le choix de la réintégration ?

354. Les conditions du licenciement laissent des conséquences dans l'entreprise et créent un climat de tension entre l'ancien salarié et l'employeur qui peuvent laisser penser que la réintégration n'est pas toujours la meilleure issue.

De plus, l'option laissée au juge entre réparation en nature et pécuniaire n'a pas plaidé en faveur d'une préférence pour la réintégration. Certains auteurs ont défendu l'idée qu'à défaut de réintégration demandée, l'indemnité minimale de six mois de salaire prévue en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse n'était pas due, suivant une analyse littérale du texte[1559]. Il fallait comprendre de cette formule que l'employeur ne doit pas cette indemnité si le juge ne propose pas la réintégration. Avec cette solution, les juges auraient pu être contraints de proposer la réintégration pour chaque espèce. Or, la Cour de cassation a condamné cette interprétation. L'octroi de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse a une « *portée générale, applicable chaque fois que le licenciement a été effectué sans cause réelle et sérieuse. […] Elle n'est pas limitée au seul cas d'appréciation par le juge d'une possibilité de réintégration effective* »[1560]. C'est en retenant une telle portée générale que l'intention du législateur était respectée, celle d'assurer la réparation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans le même temps, cette consécration de l'indemnité justifie de ne pas donner à la réintégration la première place, sa mise en œuvre étant plus difficile[1561].

[1558] G. Lyon-Caen et M.-C. Bonnetête, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *op. cit*., spéc. p. 493.
[1559] M. Cohen, « Les sanctions civiles du licenciement », *RPDS* 1973, p. 292.
[1560] Cass. soc., 18 décembre 1975, n° 74-40477, *Bull. ch. soc*. n° 619, *D.* 1976, p. 210, note J. Pélissier ; *JCP* 1976.II.18273, note J.D./P.B
[1561] Sur les obstacles à la réintégration, *cf. supra*, p. 259.

C'est encore la faculté laissée à l'employeur de refuser la réintégration de son salarié qui explique la faible portée de la réintégration du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse. Or, est-ce à l'employeur de choisir lui-même sa sanction ? Au contraire, en droit commun il est parfois permis d'ordonner l'exécution d'une obligation de faire[1562]. En droit du travail, un droit de refus est laissé à l'employeur et le paiement d'une indemnité lui permet d'éviter la réintégration d'un salarié qu'il voulait licencier. Cette indemnité a pu d'ailleurs être provisionnée, et son montant tend à être de plus en plus prévisible[1563]. Il faut donc se demander si cette indemnité est suffisamment dissuasive sans quoi, la réintégration risque de n'être que rarement prononcée alors que c'est avec elle que le préjudice du salarié disparaît véritablement.

355. Cette hypothèse de réintégration du salarié si rarement prononcée révèle une originalité du droit du travail quant à l'application de l'article 6 du Code civil. En principe, « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». La sanction de la violation de cette disposition est la nullité. « *Sans doute, en droit du travail, ce principe est-il écarté à l'égard du plus grand nombre de licenciements illicites : le licenciement sans cause réelle et sérieuse, le licenciement qui méconnaît la procédure légale, ne sont pas nuls. Ils donnent droit à des dommages-intérêts. Il en est ainsi, parce que la loi a prévu des sanctions particulières : specialia generalibus derogant* »[1564]. Le Professeur Gaudu rappelait pourtant que « *les règles spéciales ne font pas disparaître la règle générale* », le rappel reste vain et la réintégration hors licenciement nul, plutôt fictive.

2) La présence de la réparation en nature

356. En droit commun, quelques formes de réparation en nature sont visibles ; l'on pense en particulier à la restauration d'un objet détérioré[1565], ou à la prise en charge de

[1562] V. not., Cass. civ., 1ère, 16 janvier 2007, n° 06-13983, *Bull. civ*. I, n° 19, *RTD civ*. 2007, p. 342, note J. Mestre et B. Fages ; *JCP* G 2007.I.161, chron. M. Mekki ; *D*. 2007, p. 1119, note O. Gout ; *RDC* 2007, p. 719, obs. D. Mazeaud ; Cass. civ., 2ème, 25 juin 2009, n° 08-14254 ; Cass. civ., 3ème, 22 mai 2013, n° 12-16217, *JCP* G 2013.I.974, note P. Grosser.
[1563] Sur le débat relatif au barème d'indemnisation, *cf. infra*, p. 328.
[1564] F. Gaudu, « *Les nullités du licenciement et le "principe" pas de nullité sans texte* », *op. cit*., n° 34.
[1565] Pour la réfection d'un mur, V. par ex., Cass. civ., 3ème, 25 octobre 1976, n° 75-11606, *Bull. civ*. III, n° 367, *JCP* 1976.IV.375.

ces travaux[1566], à la prise en charge des soins médicaux[1567] ou encore à la publicité du jugement de condamnation[1568].

En droit du travail, quelques mesures de réparation en nature se retrouvent également. À l'encontre du salarié, on peut imaginer la condamnation à réparer en nature les détériorations faites aux biens lors de l'exercice du droit de grève. À l'encontre de l'employeur, la publication des décisions peut avoir des conséquences socio-économiques importantes pour l'employeur vis-à-vis de ses clients. Même si cette mesure « *n'a pas l'ambition d'opérer une remise en état [intégrale], mais simplement de compenser le préjudice moral subi par la victime* »[1569] elle est une condamnation en nature susceptible d'être demandée au juge.

357. Les rares manifestations de réparation en nature qui doivent, par ailleurs, faire face au droit de refus de l'employeur s'agissant de la réintégration, confirment le désintérêt du droit du travail pour la réparation en nature. C'est donc la réparation pécuniaire qui bénéficie d'une place privilégiée en droit du travail.

Section 2. La préférence pour la réparation pécuniaire

358. La « *fongibilité absolue de la monnaie* »[1570] fait de la réparation pécuniaire une forme de réparation « *apte à réparer n'importe quel préjudice quel qu'il soit* »[1571]. Cette souplesse ne saurait être ignorée pour apprécier le choix de la forme de la réparation et explique sans doute la préférence[1572] accordée à la réparation pécuniaire.

[1566] V. par ex., Cass. civ., 3ème, 25 novembre 2014, n° 13-23597 ; Cass. civ., 3ème, 24 mars 2015, n° 13-27203.
[1567] Cass. civ., 2ème, 24 mai 1982, n° 81-12597, *Bull. civ*. II, n° 81 ; Cass. civ., 2ème, 11 décembre 2014, n° 13-27440.
[1568] Cass. 9 mars 2004, n° 01-11296, préc.
[1569] C. Bloch, « Chapitre 2. Satisfaction du créancier », *in Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit*., n° 2448.
[1570] F. Leduc, « La forme de la réparation », *Lamy Droit de la responsabilité*, *op. cit*., n° 296-79.
[1571] *Ibid*.
[1572] Le choix de la forme de la réparation relève du pouvoir souverain des juges du fond (v. not., Cass. civ., 3ème, 21 février 2006, n° 05-12046 ; Cass. civ., 2ème, 16 novembre 2004, n° 02-31085). Les juges sont donc libres de choisir de prononcer une mesure de réparation en nature, de réparation pécuniaire ou de combiner les deux. Sans doute les articles 4 et 5 du Code de procédure pénale auraient-ils pu être une limite à ce pouvoir souverain. En prévoyant que « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions des parties* », le juge « *doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». Pourtant, les juges semblent avoir adopté une position beaucoup plus souple, en considérant que l'objet de la demande

359. La réparation pécuniaire consiste en une condamnation à verser la valeur patrimoniale du préjudice à la victime. Elle tend à compenser le préjudice, par l'allocation d'une somme d'argent, nommée indifféremment[1573] dommages-intérêts, dommages et intérêts ou encore indemnités. Faut-il distinguer ces termes ? « *À première vue, tout porte à penser que ces deux expressions de "dommages et intérêts" et "dommages-intérêts" sont synonymes. Les juristes, les magistrats et même le législateur contemporain, les utilisent selon leur bon plaisir* »[1574]. Pourtant, le constat d'une citation des deux expressions dans le code civil invite à se demander si chacune d'elles ne revêt pas un sens particulier. L'expression « dommages et intérêts » pourrait vouloir dire que le dommage est réparé et s'y ajoute les intérêts, quand l'expression « dommages-intérêts » ne serait qu'une somme indifférenciée. La consécration de la distinction peut être perçue à la lecture de l'article 1231-2[1575] qui dispose « *les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé* ». Les dommages et intérêts seraient donc la somme de deux éléments. Pourtant, les juges, souverains dans l'appréciation du montant de la condamnation pécuniaire, condamnent le plus souvent à des « dommages-intérêts ». Sans doute pour s'affranchir de la distinction entre la perte subie et le gain manqué, préfèrent-ils une condamnation forfaitaire et unitaire. La distinction n'est par ailleurs soutenue par aucun courant doctrinal majoritaire[1576]. Les expressions seront donc utilisées comme étant synonymes.

En revanche, une distinction doit être opérée entre les dommages-intérêts moratoires et compensatoires. Qu'ils soient moratoires ou compensatoires, les dommages-intérêts réparent chacun d'eux un préjudice. Les dommages-intérêts moratoires réparent le préjudice subi par le retard dans l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent[1577]. On les retrouve en droit du travail lorsque l'employeur tarde à verser le

---

est entendu de façon générale comme « la réparation du préjudice » et décidant ainsi de prononcer une mesure de réparation pécuniaire alors qu'une mesure de réparation en nature avait été demandée (Cass. civ., 2ème, 21 mai 1997, n° 95-19688, *Bull. civ*. II, n° 151, *D*. 1988, p. 61, obs. A. Robert), ou inversement (Cass. com., 28 avril 1982, n° 78-15051, *Bull. ch. com*. n° 166, *JCP* 1982.II.19791, note J. Azéma).

[1573] G. Cornu,(sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*, V. « Dommages-intérêts ».

[1574] O. Saedi, « Dommages-intérêts ou dommages et intérêts Celle-ci ou celle-là ; ou bien les deux ? » *LPA* 7 juin 2005, n° 112, p. 6.

[1575] Anc. art. 1149 C. civ.

[1576] O. Saedi, « Dommages-intérêts ou dommages et intérêts Celle-ci ou celle-là ; ou bien les deux ? », *op. cit*. : de l'aveu même de l'auteur, cette étude n'est qu'une première réflexion « *imparfaite et perfectible* ».

[1577] Art. 1231-6 C. civ. (anc. art. 1153) : « *Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal* […] ».

salaire[1578], ou à rémunérer des heures supplémentaires. Mais rares sont les contentieux[1579] dont l'objet est principalement l'article 1231-6 du Code civil[1580]. Ce sont les dommages-intérêts compensatoires qui intéressent une étude sur la réparation, autrement dit, ceux qui compensent les préjudices des salariés et des employeurs, autres que le retard dans l'exécution.

360. Cette préférence pour la réparation pécuniaire (§1) n'est pas sans poser la question de l'adéquation entre le montant des dommages-intérêts et le préjudice subi. Les cumuls admis entre certaines indemnités amènent en effet à s'interroger sur le choix des juges, qui paraît être un choix stratégique (§2).

§1. La réparation pécuniaire, le choix des juges

361. En principe, « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* »[1581] et « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* »[1582]. La matière litigieuse semble donc appartenir aux parties. La limitation du pouvoir du juge en matière de réparation n'est toutefois qu'apparente. Dans la mesure où la victime demande la réparation de son préjudice, le résultat recherché est la réparation intégrale, la technique utilisée par le juge pour y parvenir n'est qu'accessoire. Si le préjudice est réparé, l'objet du litige est respecté, peu importe que le juge ait prononcé une mesure de réparation en nature ou pécuniaire. C'est ainsi que la réparation pécuniaire, parfois imposée par le texte[1583], résulte souvent du choix des juges. « *Le droit français ne contient pas de disposition générale imposant aux juges des règles d'évaluation de la réparation, celles-ci étant laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond, avec un contrôle très limité de la Cour de cassation à l'instar de la sanction d'un défaut de réponse à conclusions. Selon l'antienne de la Haute juridiction judiciaire, "si l'article 1382 du Code civil oblige l'auteur d'un dommage à le réparer, il ne détermine aucun mode spécial de réparation"*[1584]*. Dès lors, les juges du fond justifient*

[1578] V. not., Cass. soc., 3 février 1994, n° 90-46012.
[1579] À l'exception de quelques précisions sur le point de départ des dommages et intérêts moratoires, V. par ex., C. Roy-Loustaunau, obs. sous Cass. soc., 1er juillet 1998, n° 96-40398, *Dr. soc*. 1998, p. 943.
[1580] Anc. art. 1153 C. civ.
[1581] Art. 4 C. P.C.
[1582] Art. 5 C. P.C.
[1583] Sur les indemnités dont le montant est fixé à l'avance, *cf. infra*., p. 311 et s.
[1584] Cass. civ., 1ère, 14 mai 1962, *Bull. civ*. I, n° 241.

l'existence d'un dommage par la seule évaluation qu'ils en font »[1585] et peuvent préférer les mesures de réparation pécuniaire.

362. C'est ensuite la délicate question de l'évaluation que pose la réparation pécuniaire : comment s'assurer de l'équivalence quantitative entre le préjudice et la somme allouée en guise de réparation? Les mesures de réparation en nature soulèvent moins de difficulté puisqu'elles offrent un avantage de même nature, emportant souvent même quotité. À l'inverse, la réparation pécuniaire implique la conversion de l'avantage perdu en valeur monétaire. Cette évaluation relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond[1586], qui permet aux juges d'apprécier l'ensemble des éléments de fait et de prononcer les mesures qui répareront au mieux le préjudice subi par la victime (A). Toutefois l'idéal de réparation intégrale se trouve confrontée aux limites de la réparation pécuniaire (B).

A. L'évaluation souveraine de la réparation pécuniaire du préjudice

363. « *Si la détermination du préjudice réparable est une question de droit, en revanche l'évaluation même du dommage est traditionnellement regardée comme un point de fait* »[1587]. L'évaluation de la créance d'indemnisation relève du pouvoir souverain des juges du fond[1588] qui doit apprécier *in concreto* le préjudice (1). Cette appréciation souveraine des juges concentre une partie des critiques adressées au principe de réparation intégrale et se voit parfois reprocher un caractère arbitraire (2), contraire au vœu d'harmonisation (3).

1) Le principe de l'appréciation souveraine du préjudice

364. « *Étant donné que le principe de la réparation intégrale consiste à mesurer l'indemnité à l'ampleur réelle du dommage, qui est un fait matériel et objectif, il est logique que les juges du fond disposent d'un large pouvoir en ce domaine* »[1589]. La

[1585] Ph. Pierre, « La mise en œuvre de la réparation intégrale », *in La réparation intégrale en Europe*, *op. cit*., spéc. p. 46.
[1586] Pouvoir affirmé et protégé, V. par exemple, Cass. civ., 29 juin 1853, *D.P.* 1854, 1, p. 188.
[1587] Aubry et Rau, *Droit civil français, t. VI, Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile*, 7ème édition, P. Esmein et A. Ponsard (sous la dir.), Librairies Techniques, Paris, 1975, spéc. p. 621.
[1588] T. Ivainer, « Le pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation des indemnités réparatrices », *D.* 1972, p. 7 s.
[1589] G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité, op. cit*., n° 61.

logique semble avoir été consacrée par le droit puisque la Cour de cassation ne cesse de rappeler que le juge du fond apprécie souverainement, « *dans la limite des conclusions des parties, le montant du dommage* »[1590], précisant même qu' *« une telle détermination est une question de fait qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation* »[1591]. Le principe revêt même *« un caractère emblématique* »[1592] depuis que l'assemblée plénière a jugé que « *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* »[1593], une jurisprudence confirmée à diverses reprises[1594]. Le pouvoir ainsi reconnu aux juges quant à l'appréciation du préjudice est limité à son existence et à son importance. Suivant ces solutions, la Cour de cassation a précisé que relevait du pouvoir souverain des juges « *les modalités de sa réparation* »[1595], et la « *méthode de calcul* »[1596].

365. Le juge apparaît alors comme « *le siège réel du pouvoir de réparer et il dicte sa loi aux intervenants à l'acte de réparation* »[1597]. Il ne faut pourtant pas conclure que l'évaluation du préjudice ne connait aucun contrôle de la part de la Cour de cassation, C'est seulement que celui-ci est « *limité par le rôle attribué à la Cour par les textes et principes qui la régissent* »[1598]. Le conseiller Mazars rappelle que la Cour de cassation est limitée dans ses interventions par les moyens des pourvois qu'elle ne peut outrepasser, son contrôle ne peut dès lors s'exercer que si la décision est susceptible d'être atteinte par l'un de ces vices. Une autre limite consiste en l'appréciation *in concreto* des préjudices. « *Le préjudice doit être analysé de manière concrète, en considération des éléments de fait, au plus près de la réalité, dans le cas précis examiné. Le juge du fond ne peut donc se référer à des règles préétablies générales*[1599]*. La Cour de cassation n'étant pas juge du*

[1590] Cass. civ., 23 mai 1911, *DP* 1912, 1, p. 421 ; Cass. crim., 15 juin 1973, n° 72-92285, *Bull. crim.*, n° 271.
[1591] Cass. crim., 24 novembre 1993, n° 92-86465.
[1592] J. Mazars, « La Cour de cassation et l'indemnisation des préjudices », Actes du colloque organisé par la Cour de cassation, « Incertitude et réparation », *op. cit*.
[1593] Cass. ass. plén., 26 mars 1999, n° 95-20640, *Bull. ass. plén.* n° 3, *JCP* G 2000.I.199, n° 12, obs. G. Viney.
[1594] V. par ex., Cass. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22981, *Bull. mixte* n° 4, *D*. 2002, p. 2963, note D. Mazeaud ; *RTD com*. 2003, p. 355, note B. Bouloc ; Cass. civ., 2ème, 21 octobre 2004, n° 03-15756.
[1595] Cass. soc., 5 mars 2002, n° 00-41453, *Bull. civ*. V, n° 84.
[1596] Cass. civ., 2ème, 3 octobre 1990, n° 89-15929.
[1597] M. Périer, « Régime de la réparation, Évaluation du préjudice corporel », *JCl responsabilité civile et assurance*, fasc. 202-1-1, n° 83.
[1598] J. Mazars, « La Cour de cassation et l'indemnisation des préjudices », *op. cit.*
[1599] L'auteur illustre le propos par une référence à un arrêt : Cass. crim., 4 février 1970, n° 68-93464, *Bull. crim*. n° 49 : « *si, en matière de dommages provenant d'un crime ou d'un délit, les juges de répression apprécient souverainement, dans les limites des conclusions de la partie civile, l'indemnité due à celle-ci,*

fait ne peut en conséquence intervenir pour substituer son appréciation du préjudice à celle du juge du fond »[1600].

366. Malgré ce cadre juridique posé, la critique s'élève contre le pouvoir souverain du juge du fond. « *Sa liberté est certes un gage de souplesse et d'évolution, mais en contrepartie, c'est l'aspect négatif, elle constitue un facteur d'insécurité juridique* »[1601]. Responsable de disparités dans le traitement des victimes, le reproche est adressé à la Cour de cassation qui ne le contrôlerait pas suffisamment[1602].

2) La critique de l'appréciation souveraine du préjudice

367. Le pouvoir souverain est la source d'une disparité entre les montants des dommages-intérêts alloués aux victimes, d'un tribunal à un autre, d'une chambre à l'autre, en raison, notamment, d'une évaluation approximative et imprécise[1603]. Le simple énoncé de la condamnation à un montant déterminé suffit, en effet, sans que les juges n'aient à le justifier ou à en préciser les éléments qui le composent[1604]. Les critiques se tournent contre le faible contrôle opéré par la Cour de cassation sur la motivation des décisions des juges du fond. Appartient-il à la Cour de cassation d'accroître son contrôle sur la motivation des juges du fond dans leur exercice d'évaluation de la réparation ?

368. D'une manière générale, les juges du fond disposent d'un pouvoir qui peut prendre trois formes. Leur pouvoir discrétionnaire leur permet de ne pas avoir à motiver leur décision, c'est le cas d'une condamnation au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ou de la fixation du point de départ des indemnités de retard. Les juges possèdent aussi un pouvoir « semi-discrétionnaire »[1605]. Leurs décisions ne seront

---

ils ne sauraient se référer, dans une espèce déterminée à des règles établies à l'avance pour justifier leur décision ».

[1600] J. Mazars, « La Cour de cassation et l'indemnisation des préjudices », *op. cit*.

[1601] M. Périer, « Régime de la réparation, Évaluation du préjudice corporel », *op. cit.*, n° 83.

[1602] G. Vinet et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité*, *op. cit*., n° 62 : « *C'est dire clairement que la Cour régulatrice se refuse en principe à contrôler les méthodes et les bases d'évaluation adoptées par les juridictions du fond. […] Enfin, elle reconnaît aux juges la possibilité d'allouer plusieurs indemnités sans avoir à justifier l'existence de plusieurs préjudices distincts* ».

[1603] V. par exemple : Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, *op. cit*., p. 567 ; Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, *Systèmes d'indemnisation, op. cit*., p. 26.

[1604] V. par exemple, Cass. civ., 2ème , 20 janvier 1993, n° 91-16715, *Bull. civ*.. II, n° 23, *Gaz. Pal*. 1993, 2, p. 491, note J.-L. Evade.

[1605] A. Perdriau, *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation*, Litec, Paris, 1993, n° 946 s. : le doyen Perdirau évoque un pouvoir optionnel, « *à mi-chemin entre le pouvoir souverain et le pouvoir discrétionnaire* », qui permet aux juges du fond « *de se prononcer avec une très grande liberté et sans avoir besoin d'une motivation particulière* ».

contrôlées qu'afin de s'assurer qu'ils étaient en mesure de les prononcer. Il s'agit, par exemple, de la réduction d'une clause pénale. La Cour de cassation n'appréciera pas la mesure de la diminution mais contrôlera le caractère excessif de la clause, condition qui donnait droit au juge de la réviser[1606]. Enfin, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain, pouvoir applicable dans les hypothèses d'appréciation du préjudice. Grâce à ce pouvoir les juges sont libres du bien-fondé de la décision à condition qu'elle soit motivée. La Cour de cassation « *a (notamment) la charge de contrôler la qualification juridique*[1607] *des faits constatés par les juges du fond. […] Les juridictions saisies du fond du litige sont souveraines pour constater la matérialité des faits qui leur sont soumis. Mais il cesse d'en être ainsi dès lors qu'il s'agit d'envisager ces faits au regard de la règle de droit. La Cour de cassation va donc contrôler si les juges du fond ont tiré les conséquences légales de leurs propres constatations relatives aux faits comme elle va contrôler l'étendue de la motivation desdits juges, précisément* »[1608]. En matière de préjudice, ce contrôle comprend aussi le respect du principe de la réparation intégrale du préjudice. Sur ce dernier point, le contrôle est, pour certains, trop souple. En admettant que les juges du fond prononcent une indemnisation tous chefs de préjudices confondus[1609] et en affirmant qu'aucun contrôle ne s'exerce sur l'utilisation des fonds alloués à la victime[1610], la Cour de cassation laisserait s'échapper le contrôle de l'appréciation de préjudice[1611].

369. Si la Cour de cassation doit davantage contrôler la motivation des décisions des juges du fond, il lui faudra des outils pour le faire, des critères d'évaluation imposés par un texte législatif ou réglementaire. Cette hypothèse de consignes légales correspond à la mise en place de forfaits ou de barèmes, afin d'harmoniser l'appréciation du préjudice.

[1606] Cass. civ., 1ère, 28 avril 1998, n° 96-13337 : « *en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher ni préciser en quoi le montant de la sanction pécuniaire résultant de la clause pénale susmentionnée était manifestement excessif, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

[1607] Les juges contrôlent alors la qualification du préjudice et s'il remplit les conditions du préjudice réparable (pour un préjudice qualifié de réparable, V. par ex., Cass. crim., 21 octobre 2003, n° 02-85836, *Bull. crim*., n° 196 ; et pour un préjudice qui ne l'est pas, Cass. civ., 2ème, 24 février 2005, n° 02-11999, *Bull. crim*., n° 53, *D*. 2006, p. 1929, obs. Ph. Brun ; *RTD* civ. 2005, p. 404, obs. P. Jourdain).

[1608] C. Puigelier, *La pratique de la cassation en matière sociale*, Litec, Paris, 1996, p. 2.

[1609] Cass. ass. plén., 26 mars 1999, préc.

[1610] Cass. civ., 2ème, 8 juillet 2004, n° 02-20199, *Bull. civ*. II, n° 391, *D*. 2004, p. 2087.

[1611] M. Périer, « Régime de la réparation, Évaluation du préjudice corporel », *JCl responsabilité civile et assurance*, fasc. 202-1-1, n° 83.

3) L'harmonisation souhaitée de l'appréciation du préjudice

370. Avant d'envisager l'appréciation du préjudice comme un droit précis et systématique fait de barèmes et de forfaits, les magistrats ont adopté des outils communs[1612]. Diverses tentatives d'harmonisation ont en effet eu lieu, comme par exemple « *la publication dans des revues des indemnités allouées en fonction de critères apparemment objectifs, la création du fichier des indemnités de l'AGIRA, la publication dans quelques cours d'appel de tables d'indemnisations* » [1613].

371. Dans le domaine du dommage corporel, la question de l'harmonisation de l'appréciation du préjudice connait une réponse en passe de devenir officielle, la mise en place d'une nomenclature des postes de préjudice. La question a été initiée en raison du recours des tiers payeurs en ce domaine[1614]. Or, « *une juste réparation des dommages corporels impose une définition précise des postes de préjudice pour éviter que le recours légal des tiers payeurs ne vienne s'imputer sur des postes de préjudices qui ne sont pas réparés par leurs prestations* »[1615]. Et le droit du travail a participé à la réflexion dans la mesure où c'est « *la transposition des règles du droit du travail à la réparation du dommage corporel en droit commun [qui] explique le rôle central de l'IPP*[1616] *et que l'ensemble des indemnités allouées aux victimes étaient soumises au recours des organismes sociaux, l'indemnisation se faisant "tous chefs de préjudices confondus" en fonction du taux d'IPP* »[1617]. Les tiers payeurs pouvaient en effet exercer leur recours sur tous les postes de préjudice y compris l'IPP à l'exclusion de trois postes[1618]. Cet amalgame des préjudices économique et personnel a conduit la doctrine à une réflexion sur l'articulation du recours des tiers payeurs et du droit à réparation de la victime. Un premier groupe de travail dirigé par le Professeur Lambert-Faivre a proposé une première

---

[1612] S. Stankoff, « La réparation du préjudice corporel par le juge judiciaire », *in L'indemnisation du dommage corporel : une indemnisation à géométrie variable, Gaz. Pal*., 18-19 avril 2008, p. 17.
[1613] J. Mazars, « La Cour de cassation et l'indemnisation des préjudices », *op. cit*.
[1614] La première réforme a été portée par la loi du 27 décembre 1973 relative à l'étendue de l'action récursoire des caisses de sécurité sociale en cas d'accident occasionné à un assuré social par un tiers, qui a distingué le préjudice soumis au recours des organismes sociaux du préjudice personnel non soumis à ce recours (à savoir le *Pretium doloris*, le préjudice esthétique et le préjudice d'agrément).
[1615] N. Néher-Schraub, Table ronde : L'incidence de la nomenclature sur la qualité de l'indemnisation, *in* Actes du colloque « Autour de la nomenclature des préjudices corporels », *Gaz. Pal*. 27 décembre 2014, n° 361, p. 21.
[1616] Incapacité Permanente Partielle de travail.
[1617] N. Néher-Schraub, Table ronde : L'incidence de la nomenclature sur la qualité de l'indemnisation, *in* Actes du colloque « Autour de la nomenclature des préjudices corporels », *op. cit*., spéc. p. 70.
[1618] Le *Pretium doloris*, le préjudice esthétique et le préjudice d'agrément

nomenclature des postes de préjudices[1619]. La réforme du recours des tiers payeurs par la loi du 21 décembre 2006 imposant un recours « poste par poste » a rendu indispensable l'utilisation d'une nomenclature. Cette dernière a été commandée à un groupe de travail présidé par le conseiller Dintilhac[1620], mais qui n'a jamais fait l'objet d'aucune reconnaissance officielle. C'est seulement en 2014 qu'un projet de décret visant à instaurer une nomenclature officielle des postes de préjudices résultant du dommage corporel a été soumis à une consultation publique par le ministère de la justice[1621]. Cette consultation relance le débat sur le bien-fondé de cet outil et l'opportunité de le réglementer. En effet, si c'est en matière de dommage corporel que la question s'est d'abord posée, elle le sera dans d'autres domaines, et notamment en droit du licenciement. La loi du 14 juin 2013 a en effet introduit l'obligation pour les juges de motiver le montant des indemnités qu'ils octroient[1622]. Il s'agira, pour eux, d'évaluer avec précision les préjudices[1623] tirés de l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement. Sans doute, une nomenclature les aiderait à justifier cette évaluation.

372. L'attention se porte sur la nomenclature car elle apparaît comme un outil d'évaluation du préjudice qui, non seulement, offre une méthode aux juges (a) mais permet aussi d'exercer un contrôle sur les postes de préjudices relevés (b).

a) La nomenclature des postes de préjudices, un outil méthodologique

373. *« Le principal bénéfice réalisé par l'adoption d'une nomenclature des postes de préjudice est d'offrir aux différents acteurs du dommage corporel un outil méthodologique commun, de constituer […] "l'esperanto"*[1624] *du dommage corporel* »[1625]. Palliant les divergences de pratiques des juges, liées à l'absence de contrôle de la Cour de

[1619] Y. Lambert-Faivre, « L'indemnisation du dommage corporel », *La documentation française*, 2003.
[1620] J.-P. Dintilhac, « Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels », *La documentation française*, 2005.
[1621] www.textes.justice.gouv.fr : indemnisation des victimes de dommages corporels, 1er décembre 2014.
[1622] Art. L. 1235-1 al. 4 C. trav.
[1623] Ou de constater qu'aucun préjudice n'a été subi, V. par ex., CA Montpellier, 14 mai 2014, n° 13/06647 : « *selon l'article 21 de la loi 2013-504 du 14 juin 2013 […] selon lequel le juge justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie ; que [le salarié] ne justifie pas d'un préjudice particulier au-delà des conséquences brutales et quotidiennes d'un licenciement* », *Cah. soc.* 2014, n° 264, p. 359, obs. A. Martinon.
[1624] Ph. Brun, Table ronde : L'incidence de la nomenclature sur la qualité de l'indemnisation, *in* Actes du colloque « Autour de la nomenclature des préjudices corporels », *Gaz. Pal.* 27 décembre 2014, n° 361, p. 21.
[1625] O. Gout et S. Porchy-Simon, « Plaidoyer pour la défense des nomenclatures dans le droit du dommage corporel », *D.* 2015, p. 1499.

cassation, la nomenclature apporte un langage commun et mène à la compréhension, par la victime, de son indemnisation. La nomenclature constitue également l'outil indispensable de l'imputation poste par poste du recours des tiers payeurs.

374. Faut-il toutefois craindre une extension infinie des postes de préjudice, au point de désintégrer le préjudice[1626] ? « *La catégorisation des chefs de préjudices dans une nomenclature officielle n'a pas pour effet de figer l'état actuel du droit positif et de cristalliser la liste actuelle des préjudices. Bien au contraire, l'apparition de nouvelles déclinaisons du préjudice moral répond parfaitement aux intentions des auteurs du rapport Dintilhac […]. Parfaitement conscients des potentialités de cette orientation générale, les avocats spécialistes du dommage corporel se sont alors saisis de cette ouverture pour plaider en faveur de la reconnaissance de nouveaux postes de préjudice, tels que le préjudice identitaire, le préjudice d'institutionnalisation ou le préjudice d'acte intrafamilial* »[1627]. Parmi les nouveaux préjudices, le préjudice de déception, de frustration en matière contractuelle[1628] ou encore, le préjudice d'anxiété illustrent le phénomène. Ce dernier, et le préjudice d'angoissen sont reconnus dans divers domaines, dès lors qu'existe une appréhension liée à un événement traumatique, tel que la détention provisoire injustifiée[1629] ou la mort imminente[1630]. Puisque c'est le contentieux social qui lui a donné naissance, il y a un intérêt à poser la question de la ventilation des postes de préjudices en la matière. Or, il y a là un constat intéressant, la matière déroge à l'application de la nomenclature. Le FIVA applique sa propre typologie, avec seulement huit postes de préjudices pour les victimes directes[1631], résistant ainsi « au rayonnement de la nomenclature Dintilhac »[1632].

[1626] En ce sens, J. Knetsch, « La désintégration du préjudice moral », *D*. 2015, p. 443.
[1627] *Ibid*., spéc. p. 444.
[1628] Le contrat non exécuté n'ouvrait pas droit à réparation, le contractant lésé pouvait demander l'exécution forcée du contrat ou réparation de son préjudice, à supposer qu'il le démontre.
[1629] Cass. Commission de réparation des détentions, 5 décembre 2005, n° 05-CRD-017 : « *le choc psychologique subi par M. X. […]a été encore accentué lors de la seconde période de détention par l'importance de la peine prononcée, ce qui s'est manifesté par des crises d'angoisse* ».
[1630] Cass. crim., 23 octobre 2012, n° 11-83770, *Bull. crim*. n° 225 : « *la cour d'appel a justifié sa décision, dès lors que, sans procéder à une double indemnisation, elle a évalué séparément les préjudices distincts constitués par les souffrances endurées du fait des blessures et par l'angoisse d'une mort imminente* » , *D*. 2013, p. 1993, obs. P. Jourdain.
[1631] La distinction entre les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux est toutefois marquée. Les préjudices patrimoniaux comprennent : l'Incapacité Fonctionnelle ou Permanente Partielle, les préjudices professionnels, les frais de soins restant à la charge de la victime et les autres frais supplémentaires ; les préjudices extrapatrimoniaux comprennent : le préjudice moral, le préjudice physique, le préjudice d'agrément et le préjudice esthétique.
[1632] Ph. Pierre, « La nomenclature : une dynamique ? », *in* Actes du colloque « Autour de la nomenclature des préjudices corporels », *Gaz. Pal.* 27 décembre 2014, n° 361, p. 11.

375. Il faut toutefois remarquer que la Cour de cassation ne cède pas à une politique expansionniste, et refuse, au contraire, de reconnaître des préjudices réparables hors nomenclature[1633] ou adopte une conception stricte du poste des préjudices « extrapatrimoniaux exceptionnels », en le réservant exclusivement aux préjudices ne pouvant entrer dans aucun autre poste de préjudice[1634] de la nomenclature. L'harmonisation des pratiques des acteurs de la réparation est aussi à souhaiter car qui peut « *se satisfaire de ce que toutes les victimes […] ne soient pas logées à la même enseigne selon qu'elles relèvent de tel juge, de tel fonds d'indemnisation ou de tel assureur ?* »[1635].

b) La nomenclature des postes de préjudice, un outil de contrôle (de la réparation intégrale)

376. Pour ceux qui craignent la désintégration du préjudice moral, la nomenclature porte en elle le risque d'une instrumentalisation de la ventilation des préjudices dans le but de réclamer des indemnités plus élevées[1636]. L'on pourrait tout d'abord répondre qu'au contraire, la nomenclature apparaît comme le moyen de s'assurer de la réparation de chaque poste de préjudice car elle permet « *non seulement un recensement des préjudices induits d'un dommage corporel mais également donne les clés de distinction entre ces différents postes de nature à en éviter le recoupement* »[1637]. L'on peut ensuite s'interroger sur l'absence d'étude statistique démontrant ce phénomène. En revanche, cette inquiétude pose véritablement la question de l'adéquation entre la mesure de réparation et le principe de réparation intégrale.

377. Compenser le préjudice, surtout extrapatrimonial, par une somme d'argent peut sembler être une illusion. Face à la difficulté, certains appellent à « *un renoncement aux règles actuelles, devant conduire, […], soit à une globalisation des préjudices*

[1633] Cass. civ., 2ème, 11 décembre 2014, n° 13-28774, *à paraître*, *D*. 2015, p. 469, obs. A. Guégan-Lécuyer. Les juges décident que : « *le poste de préjudice de déficit fonctionnel temporaire, qui répare la perte de qualité de vie de la victime et des joies usuelles de la vie courante pendant la maladie traumatique, intègre le préjudice sexuel subi pendant cette période* », A. Guégan-Lécuyer, « Le préjudice sexuel aux prises avec le déficit fonctionnel temporaire », *D*. 2015, p. 469.

[1634] Cass. civ., 2ème, 16 janvier 2014, n° 13-10566, *Bull. civ*. II, n° 13, *D*. 2014, p. 2362, obs. S. Porchy-Simon ; Cass. civ. 2ème, 11 septembre 2014, n° 13-10691, *D*. 2014, p. 2362, obs. S. Porchy-Simon ; Cass. civ., 2ème, 5 février 2015, n° 14-10097, *à paraître*, *D*. 2015, p. 375.

[1635] O. Gout et S. Porchy-Simon, « Plaidoyer pour la défense des nomenclatures dans le droit du dommage corporel », *op. cit*., p. 1504.

[1636] J. Knetsch, « La désintégration du préjudice moral », *op. cit*., spéc. p. 446.

[1637] M. Bacache, « La nomenclature, une norme ? », *in* Actes du colloque « Autour de la nomenclature des préjudices corporels », *Gaz. Pal*. 2014, n° 361, p. 7.

extrapatrimoniaux[1638]*, soit à leur évaluation forfaitaire*[1639] *via un barème* »[1640]. Bien que les méthodes divergent, ces deux propositions rompent avec le principe de réparation intégrale. Or, « *si le principe de la réparation intégrale est peut-être une utopie […], elle est, selon la belle formule du président Dintilhac, une "utopie constructive", et surtout une utopie protectrice des droits des victimes. C'est, en effet, cet attachement au principe de la réparation intégrale qui garantit, en droit français, la juste détermination de la contrepartie à l'atteinte au droit fondamental à l'intégrité corporel lésé par l'accident. Il semblerait donc plus que paradoxal d'y renoncer à l'heure où le droit à réparation du dommage corporel subit de plus en plus fortement l'attraction des droits fondamentaux* »[1641]. Le droit du travail confirme ce sentiment. La reconnaissance des droits fondamentaux[1642] du salarié plaide en faveur de la reconnaissance d'un « *préjudice spécifique* »[1643], dont la réparation doit être intégrale.

378. La question des recoupements de postes de préjudices se pose aussi en droit du travail. Ainsi, en matière de harcèlement, les juges décident de réparer le préjudice résultant de l'absence de prévention par l'employeur et celui résultant des conséquences du harcèlement effectivement subi[1644]. L'employeur se défendait en invoquant une double réparation du même préjudice puisque l'imputabilité du harcèlement découle directement du manquement à l'obligation de sécurité de résultat qui contient elle-même une obligation de prévention. Les juges procèdent au contraire à une dissociation des préjudices. Ils considèrent que « *les obligations résultant des articles L. 1152-4 et L. 1152-1 du code du travail sont distinctes en sorte que la méconnaissance de chacune d'elles, lorsqu'elle entraîne des préjudices différents, peut ouvrir droit à des réparations spécifiques* »[1645].

[1638] J. Knetsch, « La désintégration du préjudice moral », *op. cit*., p. 446.
[1639] H. Groutel, « Réparation intégrale et barèmisation : l'éternelle dispute, *Resp. civ. assur*. 2006, Repère 11 ; H. Groutel et C. Lienhard, « Les barèmes d'indemnisation », *in* Actes du colloque *États généraux du dommage corporel*, *Gaz. Pal*., 2010, n° 100, p. 27.
[1640] O. Gout et S. Porchy-Simon, « Plaidoyer pour la défense des nomenclatures dans le droit du dommage corporel », *op. cit.*, spéc. p. 1501.
[1641] *Ibid*., p. 1502.
[1642] V. not., C. Pizzio-Delaporte, « Libertés fondamentales et droits du salarié, le rôle du juge », *Dr. soc*. 2001, p. 404 ; V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux » , *RDT* 2007, p. 19 ; A. Jeammaud, « Libertés et pouvoirs. Un double paradoxe et un paradoxe apparent », *SSL* 2011, supp. n° 1508, p. 137 ; A. Seifert, « L'effet horizontal des droits fondamentaux », *RTD* eur. 2012, p. 801 ; S. Laulom, « Les droits sociaux fondamentaux rempart des déconstructions des droits du travail », *RDT* 2013, p. 410 ;
[1643] Cass. soc., 4 avril 2012, n° 10-28818 et s., *RDT* 2012, p. 297, note G. et L.-F. Pignarre.
[1644] Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-17729, *à paraître*, *SSL* 2014, n° 1654, p. 15 ; *D*. 2014, p. 2415.
[1645] Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-27694, *Bull. civ*. V, n° 169, *D*. 2012, p. 1619 ; *Dr. soc*. 2012, p. 845, obs. Ch. Radé ; *JCP* S 2012.1418, note C. Leborgne-Ingelaere ; *SSL* 2012, n° 1545, p. 9, note P. Adam.

La rationalisation des chefs de préjudices est également en jeu s'agissant de l'indemnisation spécifique de préjudices distincts résultant d'une discrimination et d'un harcèlement moral. Les faits de harcèlement et de discrimination peuvent se confondre, pourtant, l'indemnisation est spécifique à chaque préjudice. La confusion peut d'abord permettre une interprétation extensive des comportements discriminatoires et harcelants en considérant que « *lorsque le harcèlement prend la forme d'une discrimination, il peut être constitué même lorsque le fait indésirable est unique* »[1646]. Ensuite, elle est l'occasion de préciser que les faits « uniques » justifient la réparation de préjudices bien distincts. La Cour de cassation précise en effet que « *les obligations résultant des articles L. 1132-1 et L. 1152-1 du code du travail sont distinctes en sorte que la méconnaissance de chacune d'elles, lorsqu'elle entraîne des préjudices différents, ouvre droit à des réparations spécifiques* »[1647]. La dualité d'obligations justifie la dualité des préjudices réparés et les sommes qui réparent les préjudices liés à la discrimination n'effacent pas ceux liés au harcèlement. Il appartient au salarié de prouver l'existence de ces préjudices distincts mais le principe d'une réparation de chacun d'eux est affirmé. Il est donc important de les désigner avec précision, de sorte que la multiplication des fondements (les articles L. 1132-1 et L. 1152-1 du code du travail) permette, effectivement, au salarié de voir ses préjudices réparés intégralement.

379. L'évaluation souveraine du préjudice par le juge fait donc l'objet de certaines critiques, qui s'ajoutent aux limites inhérentes à la réparation pécuniaire.

B. Les limites de la réparation pécuniaire

380. Si l'évaluation souveraine de l'indemnisation s'inscrit comme une limite à l'exactitude de l'équivalence entre réparation pécuniaire et préjudice, elle n'est pas la seule à l'atteindre. Diverses questions se posent quant à l'adéquation de cette mesure de réparation avec certains préjudices (1) ou avec le moment de l'appréciation (2). Le constat de condamnations différentes entre les victimes invite, enfin, à s'interroger sur l'efficacité de la réparation pécuniaire (3).

[1646] CA Rennes, 10 décembre 2014, n° 14/00134, *Cah. soc.* 2015, n° 273, p. 196, obs. A. Casado.
[1647] Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-23521, *à paraître*, *JSL* 2015, n° 386-3, obs. Ph. Pacotte et G. Halimi.

1) La réparation du préjudice moral des personnes morales

381. Certains préjudices sont réparés par l'allocation d'une indemnité sans que la solution ne fasse l'unanimité en doctrine. L'argent peut-il réellement compenser le préjudice moral ? Plus encore, peut-il compenser le préjudice moral d'une personne morale ? La réparation de ce dernier est depuis longtemps admise par les juges[1648] mais reste encore contestée. Reconnaître une personne morale comme étant douée de sentiments est une « *incongruité* »[1649] : « *soit il s'agit d'un préjudice de la personne morale, reconnue comme souffrante, soit ce sont les personnes physiques associées et parties prenantes de l'activité qui, sous le masque de la personne morale, font valoir leur souffrance psychologique* »[1650]. La réparation du préjudice ne serait qu'une « *technique juridique* » permettant la sanction de certains comportements[1651].

382. La question intéresse le droit du travail pour toutes les personnes morales qu'il concentre : organisations syndicales, représentatives du personnel et l'entreprise. Cette dernière peut demander la réparation d'une atteinte à sa réputation, des troubles causés à la gestion de l'entreprise elle-même, voire l'angoisse et les désagréments éprouvés par les membres des organes de direction de la société[1652]. Le droit du travail plaide en faveur de la réparation du préjudice moral des personnes morales, sans quoi, certaines de ses victimes ne verraient pas leurs préjudices réparés.

2) L'influence du moment de l'évaluation

383. Le dommage est subi à un instant précis. Or, le préjudice n'a une existence juridique qu'après avoir été soulevé devant le juge puis évalué. « *Pour apprécier l'équivalent monétaire du dommage, le juge doit appréhender celui-ci à un moment*

[1648] Cass. crim., 27 novembre 1996, n° 96-80223, *Bull. civ*. V, n° 431, *D*. 1997, p. 13 ; Cass. crim., 7 avril 1999, n° 98-80067, *Bull. civ*. V, n° 69, *JCP* G 1999.IV.2768 ; V. V. Wester-Ouisse, « Le préjudice moral des personnes morales », *op. cit.* n° 7 et s. ; Ph. Stoffel-Munck, « Le préjudice moral des personnes morales », *in Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2008, p. 959. Pour une confirmation plus récente, V. Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10278, *Bull. civ*. IV, n° 101, *D*. 2012, p. 2285, obs. X. Delpech, note B. Dondero ; *RTD civ*. 2013, p. 85, obs. J. Hauser ; *JCP* G 2012.1012, note V. Wester-Ouisse. La solution est également consacrée par la Cour européenne des Droit de l'Homme, V. CEDH 6 avril 2000, n° 35382/97, *Comingersoll SA c./ Portugal*, *AJDA* 2000, p. 526, chron. J.-F. Flauss.

[1649] G. Loiseau, « Des droits humains pour personnes non humaines », *D*. 2011, p. 2558, spéc. p. 2564.

[1650] V. Wester-Ouisse, note sous Cass. com., 15 mai 2012, *op. cit.*

[1651] V. Wester-Ouisse, « Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences », *JCP* G 2009.I.137.

[1652] CEDH 6 avril 2000, *op. cit*., considérant 27 et s.

donné et la détermination de ce moment est évidemment très importante car l'ampleur du préjudice peut varier dans le temps et l'évolution des conditions économiques et monétaires peut influencer l'évaluation chiffrée de la dette de réparation »[1653]. Se place-t-on au jour du dommage ou du jugement ? Le principe a été posé par la Cour de cassation en 1942 : l'indemnité doit être calculée sur la valeur du dommage au jour du jugement ou de l'arrêt[1654]. Le juge doit donc prendre en compte la variation intrinsèque du dommage et les variations de l'expression monétaire du préjudice[1655].

384. Or, cela ne résout pas la question de l'amélioration ou de l'aggravation du dommage. En cas d'amélioration de l'état de la victime, « *une double raison, en jurisprudence, motive le refus d'une révision à la demande du responsable : d'une part, l'autorité de la chose jugée ; de l'autre, la quiétude nécessaire de la victime* »[1656]. En cas d'aggravation du dommage, « *le droit de demander une indemnité complémentaire est reconnu à la victime par la jurisprudence, à condition qu'il s'agisse d'un préjudice nouveau, motivant de ce fait une demande nouvelle, distincte de celle qui a donné lieu à une décision judiciaire* »[1657]. La condition de démonstration d'un nouveau préjudice est toutefois écartée pour le salarié victime d'une maladie professionnelle due à la faute inexcusable de son employeur. Les juges admettent qu'une aggravation postérieure à l'indemnisation du salarié lui permet de solliciter un complément d'indemnisation à ce titre[1658].

385. Ce lien entre l'intervention du dommage et celle du juge pose encore problème lorsque le préjudice n'a pas d'assise matérielle. L'hypothèse du préjudice d'anxiété illustre un changement d'appréciation du lien entre l'intervention du juge de l'existence du préjudice[1659]. À l'origine de l'arrêt reconnaissant le préjudice d'anxiété[1660], les salariés se sont constitués partie civile lors du procès pour mise en danger des salariés, or quel préjudice pouvaient-ils invoquer ? Ils ne souffraient d'aucun préjudice physique, seulement de la crainte de devenir malade. Le préjudice corporel ne permet pas d'asseoir

---

[1653] G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité, op. cit*., n° 67.
[1654] Cass. req. 24 mars 1942, *D*. 1942, p. 118, *RTD civ*., 1942, p. 289 en matière délictuelle : la règle est ensuite étendue en matière contractuelle : Cass. com., 16 février 1954, *D*. 1954, p. 234.
[1655] Il peut notamment se référer à un « *barème de capitalisation qui lui a paru le plus adapté à assurer les modalités de cette réparation pour le futur* », Cass. civ., 2ème, 10 décembre 2015, n° 14-27243 et 14-27244, *à paraître*, *D*. 2016, p. 7.
[1656] H. Groutel, « Réponses en droit français », *in La réparation intégrale en Europe*, *op. cit*., p. 122.
[1657] *Ibid*., p. 123.
[1658] Cass. civ., 2ème, 7 mai 2015, n° 14-15246, *RCA* 2015, comm. 226.
[1659] J.-P. Teissonnière, Intervention lors des rencontres automnales de l'AFDT, Metz, 2015, contenu en ligne : https://videos.univ-lorraine.fr/index.php?act=view&id=
[1660] Cass. soc., 11 mai 2010, préc.

le préjudice moral, pourtant les juges admettent ce préjudice. À côté de l'appréciation du caractère certain du préjudice[1661], les juges s'éloignent du lien temporel commun selon lequel le préjudice est antérieur au moment de l'évaluation.

3) La disparité des conséquences pécuniaires de la rupture du contrat de travail

386. Que la rupture du contrat intervienne suite à un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou à une prise d'acte de la rupture, la perte d'emploi injustifiée est la même et les conséquences identiques s'appliquent[1662]. L'appréciation du préjudice est ainsi guidée par une solution spécifique du droit du travail, reléguant le droit civil qui pourrait pourtant apporter une réponse différente, plus cohérente avec la réalité du préjudice. C'est pourquoi le Doyen Waquet considère qu'il est « *urgent de sortir du piège qui résulte d'une prise d'acte entraînant les sanctions propres du licenciement* »[1663]. Conformément au droit commun, la résiliation du contrat aux torts de l'employeur permet de demander la réparation du préjudice subi, sans être enfermé dans une évaluation prédéfinie. À défaut, certains préjudices risquent de ne pas être réparés. L'admission du fondement contractuel n'est pas encore admis devant les juges qui tendent, au contraire, à « *restreindre le champ de la rupture pour inexécution, en posant un critère d'admission de la faute*[1664] *plus sélectif et incertain [alors qu'] il aurait pu être intéressant de jouer sur le préjudice* »[1665]. L'assimilation des conséquences de la réparation pécuniaire du licenciement pourrait, dans cette hypothèse, se faire au détriment de la réparation du préjudice.

387. À l'inverse, la différence de réparation pécuniaire entre les licenciements peut causer une différence entre les victimes. L'on a pu remarquer que le salarié victime avait parfois intérêt à opter pour l'indemnisation au détriment de la réintégration[1666]. Cet attrait a toutefois ses limites, l'indemnisation n'est pas toujours irréprochable. C'est notamment le cas pour la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle et inapte à son emploi qui bénéficie d'une situation moins favorable en cas de préférence pour

[1661] Sur l'appréciation de ce caractère, *cf. supra*, p. 67.
[1662] Cass. soc., 25 juin 2003, n°s 01-43578, 01-42679 et 01-42335, *Bull. civ*. V, n° 209, *D.* 2003, p. 2396, note J. Pélissier ; *Dr. soc*. 2003, p. 817, note G. Couturier et J.-E. Ray.
[1663] Ph. Waquet, « Cessons de parler de prise d'acte », *Dr. soc*. 2014, p. 97.
[1664] Cass. soc., 26 mars 2014, n°s 12-21372, 12-23634, 12-35040, *Bull. civ*. V, n° 86, *SSL* 2014, n° 1625, p. 10, note F. Géa ; *JCP* S 2014.1268, note A. Barège.
[1665] A. Fabre, « Manquements contractuels de l'employeur : quelles alternatives à la rupture ? », *SSL* 2014, n° 1640, p. 6, spéc. p. 10.
[1666] Sur cette option, *cf. supra*, p. 261.

l'indemnisation. Lorsque l'employeur peut rompre le contrat[1667], le salarié a droit à une indemnité compensatrice d'un montant égal à celui de l'indemnité compensatrice de préavis et à une indemnité spéciale de licenciement, en général[1668], égale à douze mois de salaire[1669]. Ces indemnités majorées tiennent compte de la situation personnelle du salarié[1670]. Par ailleurs, la faute de l'employeur dans la recherche de reclassement ouvre droit au salarié à une indemnité d'un montant au moins égal au salaire des douze derniers mois. Or, ces dispositions réparatrices sont écartées en cas de licenciement nul[1671]. Les juges considèrent que le salarié a alors droit à une indemnité réparant le caractère illicite de la rupture dont le montant doit être au moins égal à celui prévu par l'article L. 1235-3 du Code du travail[1672], soit une somme au moins égale à six mois de salaire. La sanction civile la plus forte qu'est la nullité est donc sanctionnée plus faiblement. Les employeurs peuvent en effet procéder à une rapide comparaison entre licencier un salarié devenu inapte suite à un accident du travail ou à maladie professionnelle et prendre le risque de prononcer un licenciement nul. Le licenciement pour inaptitude ouvre droit à l'indemnité équivalente au préavis (2 mois de salaire), à l'indemnité spéciale de licenciement (12 mois de salaires minimum) et éventuellement à l'indemnité pour défaut de l'obligation de reclassement (12 mois de salaires minimum)[1673]. Le licenciement nul est censé donner lieu à réintégration, mais en cas de préférence pour la voie indemnitaire, il ouvre droit à l'indemnité de préavis (2 mois de salaires), à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement (1 mois de salaire pour cinq ans d'ancienneté) et à des dommages et intérêts au titre de la nullité du licenciement (6 mois de salaires minimum)[1674]. Le risque judiciaire est largement en faveur du licenciement nul parce que la Cour de cassation enferme les règles de la réparation de la nullité. La réintégration en est l'effet principal, mais son prononcé plus difficile à obtenir n'en fait pas une forte menace.

[1667] Impossibilité de reclasser ou refus de la part du salarié des offres de reclassement.
[1668] Sauf dispositions conventionnelles plus favorables.
[1669] Art. L. 1226-15, al. 3 C. trav.
[1670] Comme pour le travailleur handicapé licencié, art. L. 5213-9 C. trav.
[1671] La victime d'un AT-MP ne peut être licenciée pendant l'arrêt de travail consécutif à cet événement, à défaut, le licenciement est nul (art. L. 1226-13 C. trav.) et l'employeur est tenu de réintégrer le salarié.
[1672] Cass. soc., 27 juin 2000, n° 98-43439, *Bull. civ*. V, n° 250, *RJS* 2000, n° 937, *D.* 2000, p. 221 ; Cass. soc., 2 juin 2004, n° 02-41045, *Bull. civ*. V, n° 153, *RJS* 2004, n° 903 ; Cass. soc., 14 décembre 2005, n° 04-40266, *RJS* 2006, n° 193 ; Cass. soc., 21 novembre 2007, n° 06-44993, *Bull. civ*. V, n° 196, *JCP* S 2008.1184, note D. Asquinazi-Bailleux ; Cass. soc., 6 octobre 2010, n° 09-42283, *Bull. civ*. V, n° 216, *D*. 2010, p. 2521 et Cass. soc., 30 novembre 2010, n° 09-66210, *Bull. civ*. V, n° 272, *Dr. ouvr*., 2011, p. 517, note D. Joseph.
[1673] Soit 26 mois de salaires *minimum*.
[1674] Soit 9 mois de salaires *minimum*.

388. Faut-il en conclure que la chambre sociale opère des différences de traitement entre les victimes et selon le cas de nullité considéré ? Depuis plusieurs années, le constat est fait, les victimes d'accident du travail et de maladie professionnelle sont « *victimes aussi d'une discrimination* »[1675]. Une différence existe aussi entre salariés ordinaires et salariés protégés selon la cause de nullité du licenciement. Faut-il pour le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle invoquer « *la faute de l'employeur à l'origine d'une "perte de chance" d'être déclaré inapte et laisser au juge, après expertise, le soin de déterminer l'état de santé du salarié et son inaptitude éventuelle pour apprécier l'importance de cette perte de chance ?* »[1676].

389. L'appréciation des limites de la réparation pécuniaire pourrait interroger quant à la préférence qui lui est, malgré tout, accordée. C'est qu'elle présente, en réalité, un avantage bien supérieur à ces limites, elle répond à un choix stratégique des juges.

§2. La réparation pécuniaire, un choix stratégique

390. La préférence accordée à la réparation pécuniaire pose des questions pratiques s'agissant de son évaluation et de ses limites. Plus encore, elle porte en elle un enjeu plus théorique, elle pourrait en effet révéler une modification de la fonction assignée à la réparation. Le constat de certains cumuls d'indemnités (A) laisse en effet apparaître le besoin de prononcer de véritables dommages-intérêts punitifs (B).

A. Le cumul d'indemnités

391. L'évaluation de la réparation pécuniaire semble exiger une définition précise des postes de préjudices réparables. La pratique des juges travaillistes qui consiste à admettre le cumul de diverses indemnités suppose qu'ils exercent déjà cette ventilation des postes de préjudices. Car les juges ne sauraient admettre qu'un préjudice puisse être réparé plusieurs fois. La situation des salariés protégés est particulièrement intéressante (1) même si elle ne résume pas à elle seule les cumuls autorisés par le juge (2).

[1675] G. Lyon-Caen, « Les victimes d'accidents du travail, victimes aussi d'une discrimination », *Dr. soc.* 1990, p. 737.
[1676] D. Joseph, note sous Cass. soc., 6 octobre 2010 et Cass. soc., 30 novembre 2010, *op. cit.*, p. 518.

1) La volonté de sanctionner la violation du statut protecteur

392. La rupture du contrat de travail d'un salarié protégé[1677] doit respecter une procédure impérative[1678] lorsqu'elle est le fait de l'employeur, et notamment avoir été autorisée par l'inspecteur du travail[1679]. Cette particularité emporte de lourdes conséquences sur la validité du licenciement. À défaut d'autorisation ou en cas d'autorisation annulée, qui témoignent de la violation du statut protecteur[1680], le licenciement est nul. Le salarié peut alors demander sa réintégration[1681]. Cette mesure de remise en l'état vient sanctionner le non-respect du statut protecteur, et c'est l'indemnisation du préjudice[1682] qui l'accompagne qui nous intéresse. « *Champ d'expérimentation sans équivalent pour l'indemnisation des travailleurs irrégulièrement licenciés* »[1683], les règles d'évaluation de ce préjudice varient selon que l'employeur ait sollicité une autorisation, annulée par la suite, ou qu'il ne l'ait jamais fait, et selon que le salarié ait demandé ou non sa réintégration. Un point commun les unit toutefois, les juges admettent des cumuls d'indemnités qui offrent à ces condamnations des montants significatifs et finalement dissuasifs.

393. En cas de licenciement sans autorisation, lorsque le salarié protégé demande sa réintégration, il ne perd pas son emploi. Il ne peut donc pas demander la réparation de son préjudice pour perte de son emploi. Il bénéficie en revanche des salaires qu'il aurait dû

[1677] Les salariés bénéficiant d'une protection sont énumérés à l'art. L. 2411-1 C. trav.

[1678] Cass. ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91225, *Bull. mixte* n° 3, arrêt *Perrier*, *D*. 1974, p. 593, concl. A. Touffait ; *D.* 1975, p. 219, note J. Savatier ; H. Sinay, « Un tournant du droit du travail : les arrêts Perrier », *D*. 1974, Chron. p. 237.

[1679] Art. L. 2421-1 et s. C. trav.

[1680] Il n'y a pas violation du statut protecteur lorsque l'autorisation de licenciement est annulée pour défaut de mention de l'un des mandats du salarié (l'obligation de mentionner tous les mandats du salarié est issue de la jurisprudence du Conseil d'État, CE 4 juillet 1984, n° 23863). V. Cass. soc., 3 février 2016, n° 14-17886, *à paraître*, *SSL* 2016, n° 1710, p. 13, obs. F. Champeaux ; *JSL* 2016, n° 406-3, obs. Ph. Pacotte et J. Layat-Le Bourhis. La Cour décide que « *si l'omission, dans la demande présentée par l'employeur, de l'un des mandats exercé par le salarié, dès lors qu'elle n'a pas mis l'inspecteur du travail à même de procéder aux contrôles qu'il était tenu d'exercer au regard des exigences de ce mandat, emporte annulation de la décision d'autorisation du licenciement, cette annulation n'a pas pour effet de placer le salarié dans une situation identique à celle d'un salarié licencié en l'absence d'autorisation administrative ; […] le défaut de mention de l'une des fonctions représentatives du salarié ayant justifié l'annulation de la décision autorisant le licenciement, ne caractérise pas une violation de son statut protecteur* ». À défaut de violation du statut protecteur, le licenciement n'est pas nul, il relève de la cause réelle et sérieuse. Le salarié peut alors prétendre aux indemnités de rupture s'il ne les pas perçues, à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, le cas échéant, et à l'indemnisation de son préjudice depuis son licenciement jusqu'à l'expiration du délai de deux mois suivant la notification de la décision annulant l'autorisation de licenciement.

[1681] Art. L. 2422-1 C. trav.

[1682] Art. L. 2422-4 C. trav.

[1683] J. Mouly, « L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés », *Dr. soc*. 2014, p. 729.

percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration effective. En décidant que cette somme ne peut donner lieu à déduction d'éventuels revenus de remplacement[1684], elle devient une condamnation forfaitaire[1685] et les juges lui assurent un rôle de sanction. Cette somme sanctionne en effet la violation du statut protecteur, bien qu'elle ne puisse se nommer peine[1686], sans compenser le préjudice du salarié.

394. En cas de licenciement sans autorisation, lorsque le salarié protégé ne demande pas sa réintégration mais opte pour l'indmenisatioon, il a droit à une indemnité « *égale à la rémunération qu'il aurait perçue jusqu'à la fin de la période de protection en cours, peu important qu'il ne soit pas resté à la disposition de l'employeur* »[1687]. Cette « *sanction de la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur* »[1688] ne répare pas le préjudice du salarié, qui peut dès lors la cumuler avec l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse[1689]. Les juges ont ainsi créé un cumul automatique d'indemnités faisant du licenciement nul pour défaut d'autorisation un licenciement nécessairement sans cause réelle et sérieuse.

Le cumul des indemnités a toutefois été adapté selon les circonstances. Lorsqu'est en cause un plan de sauvegarde de l'emploi insuffisant ou inexistant[1690], les juges condamnent le cumul des trois indemnités, laissant au salarié le choix entre l'indemnité réparant l'illicéité du licenciement ou celle réparant le plan de sauvegarde de l'emploi insuffisant. Seule, en effet, la plus élevée de ces indemnités pourra être obtenue par le salarié qui ne saurait voir son préjudice réparé deux fois. De la même façon, la violation des règles relatives aux accidents du travail et aux maladies professionnelles ouvre droit à

[1684] Cass. soc., 3 mai 2001, n° 99-43815, *RJS* 7/01, n° 892 ; Cass. soc., 10 octobre 2006, n° 04-47623, *Bull. civ*. V, n° 297, *JCP* S 2006.1987, note Y. Kerbouc'h ; Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-16434, *D*. 2014, p. 1594.
Les ASSEDIC (aujourd'hui pôle emploi) peuvent toutefois en demander le remboursement au salarié, Cass. soc., 28 octobre 2003, n° 01-40762, *Bull. civ.* V, n° 263, *Dr. soc*. 2004, p. 117, obs. P.-Y. Verkindt ; Cass. soc., 19 novembre 2014, n°13-23643, *à paraître*, *D*. 2014, p. 2412 ; *Dr. soc*. 2015, p. 93, obs. J. Mouly.
[1685] Sur le forfait, comme outil de punition, *cf. infra*, p. 340.
[1686] Cass. soc., 17 octobre 2006, n° 05-40769, *JCP* S 2006. 1928.
[1687] Cass. soc., 27 mai 1970, n° 69-40070, *Bull. ch. soc*., n° 362, arrêt *Abisse*, *Dr. soc*. 1971, p. 132, note J. Savatier ; *D*. 1971, p. 187, chron. J.-J. Dupeyroux ; *JCP* 1971.II.16773, note H. Groutel.
[1688] Cass. soc., 10 juillet 1990, n°s 87-44981 et 87-44982, *Bull. civ*. V, n° 362, *Cassini et Bourdon*, *Dr. soc*. 1990, p. 794, note H. Marie.
[1689] Quel que soit le motif, Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-41695, *Bull. civ*. V, n° 219, arrêt *Peccoud*, *D*. 2001, p. 3011 ; *Dr. soc*. 2001, p. 899, obs. J. Savatier ; *D*. 2001, p. 3011, obs. B. Lardy-Pélissier ; V. aussi, J.-Y. Frouin, « L'indemnisation des salariés sans autorisation », *RJS* 2001, p. 842.
[1690] Cass. soc., 15 octobre 2013, n° 12-21746, *Bull. civ*. V, n° 233, *D*. 2013, p. 2470 ; *JCP* S 2013.1076, note F. Dumont.

une indemnité spécifique qui remplacera[1691], le cas échéant, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

395. En cas de licenciement dont l'autorisation a été annulée, le salarié protégé peut demander sa réintégration dans les deux mois à compter de la notification de la décision d'annulation[1692]. S'agissant de l'indemnisation, elle ne peut être demandée qu'à compter de la notification de la décision d'annulation[1693], mais elle est égale à la somme des salaires que le salarié aurait dû percevoir entre l'éviction de l'entreprise et la réintégration[1694]. Ils peuvent également obtenir la réparation de leur préjudice moral, indépendamment de la réparation du préjudice matériel couvrant la perte de salaires[1695]. Le risque de l'annulation pèse donc sur l'employeur, un indice de plus quant à la volonté de dissuader l'employeur de licencier, sans réflexion, un salarié protégé.

396. En cas de licenciement dont l'autorisation a été annulée, le salarié qui ne choisit pas la réintégration peut prétendre à une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, seulement si le motif de licenciement témoigne effectivement de cette absence[1696]. En revanche, il ne peut réclamer des dommages-intérêts pour licenciement nul[1697]. L'employeur a en effet respecté la procédure spéciale, il n'y a donc pas violation du statut protecteur[1698]. L'indemnité issue de l'annulation régulière d'une autorisation de licenciement ne doit pas se confondre avec la réparation de la violation du statut.

397. De telles condamnations au montant parfois très élevés[1699] invitent à s'intéresser à la réelle équivalence entre la condamnation prononcée et le préjudice subi. Il y a parfois une impression de double sanction de la violation du statut protecteur. « *On comprend parfaitement que le conseiller prud'homme licencié sans autorisation puisse cumuler les indemnités de préavis et de licenciement avec l'indemnité sanctionnant forfaitairement la*

[1691] Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-40347, *Bull. civ*. V, n° 154, *D*. 2010, p. 1793 ; *JCP* S 2011.1031, note P.-Y. Verkindt.
[1692] Art. L. 2422-1 C. trav.
[1693] Cass. soc., 23 novembre 2004, n° 03-46627, *Bull. civ*. V, n° 294, *RJS* 2/05, n° 176.
[1694] Art. L. 2422-4 C. trav. Cette règle est venue mettre fin à la jurisprudence *Pampre d'Or* selon laquelle le salarié pouvait prétendre aux salaires dus pour la période allant de l'annulation de la décision à la réintégration.
[1695] Cass. soc., 12 novembre 2015, n° 14-10640, *à paraître*, *JCP* S 2015.457.
[1696] Cass. soc., 5 février 2002, n° 99-43896, *Bull. civ*. V, n° 53, *D*. 2002, p. 1298, note P. Bailly ; Cass. soc., 30 avril 2002, n° 99-44995, *Bull. civ*. V, n° 138, *Dr. soc*. 2002, p. 724, note J.-M. Verdier.
[1697] Cass. soc, 18 décembre 2013, n° 12-24586, *RJS* 3/14, n° 246.
[1698] Cass. soc., 6 avril 2016, n° 14-13484, *à paraître*, *JCP* S 2016.1190, note F. Dumont.
[1699] V. par exemple, Cass. soc., 10 décembre 2003, n° 01-43876, *Bull. civ*. V, n° 314, *D*. 2004, p. 189. Les juges de la Cour de cassation décident que « *la cour d'appel, a légalement justifié sa décision en accordant au salarié une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait perçue au cours des trente mois de la protection des représentants du personnel* ».

méconnaissance de son statut protecteur. Il est plus difficile de comprendre en quoi cette indemnité forfaitaire ne répare pas "l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement". Si le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, l'indemnité de l'article L. 122-14-4[1700] *est fondée sur le caractère injustifié du licenciement, et son cumul avec la sanction forfaitaire du caractère illicite d'un licenciement prononcé en méconnaissance du statut protecteur peut se comprendre. Mais il paraît difficile de distinguer la méconnaissance du statut protecteur et le caractère illicite du licenciement violant ce statut, pour aboutir à un cumul d'indemnités sans s'interroger sur le point de savoir si la rupture était ou non justifiée* »[1701]. Ces sommes ont une nature indemnitaire mais leur montant forfaitaire tend à les faire ressembler à de véritables peines privées, répondant à une volonté de sanctionner l'employeur pour le non-respect du statut des salariés protégés. « *Si l'on ajoute encore que l'employeur qui licencie sans autorisation un salarié commet le délit d'entrave qui l'expose à payer une forte amende, pouvant s'élever à 3750€ (C. trav., art. L. 2328-1), et que les syndicats peuvent se joindre au salarié pour le faire condamner, en sus, à leur verser des dommages-intérêts en raison de l'atteinte portée à l'intérêt collectif qu'ils représentent, il paraît difficile de nier que la question de l'argent est au cœur du sujet* »[1702]. L'admission des cumuls d'indemnités et la construction d'indemnités forfaitaires nous incitent à penser que les dommages-intérêts signifient bien plus que la réparation du préjudice du salarié protégé. L'indemnité n'est plus seulement le résultat de la responsabilité de l'employeur, elle est la conséquence de la nullité du licenciement et ressemble à une réponse offensive contre l'illicéité de l'employeur.

2) La volonté de protéger certains droits du salarié

398. Certains cumuls d'indemnités sont justifiés par la volonté d'assurer le respect de certaines obligations incombant à l'employeur ou de protéger certains droits du salarié, tel le droit à la santé (a) ou à l'exécution loyale du contrat de travail (b).

[1700] Devenu art. L. 1235-3 C. trav.
[1701] J. Savatier, note sous Cass. soc., 12 juin 2001, *op. cit*., spéc. p. 901.
[1702] J. Mouly, « L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés », *Dr. soc.* 2014, p. 729.

a) Le droit à la santé du salarié

399. La santé du salarié ne doit pas justifier la rupture du contrat de travail. À défaut, les réponses sont parfois sévères avec la nullité du licenciement. D'une manière générale, l'état de santé incite les juges à admettre des cumuls d'indemnités de façon à compenser au mieux le préjudice du salarié. Ainsi, tout licenciement fondé sur l'état de santé du salarié, en dehors du régime de l'inaptitude, est nul[1703]. Le salarié a alors droit à une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir pendant sa période d'éviction jusqu'à sa réintégration effective, sans déduction des salaires ou revenus de remplacement perçus pendant cette période[1704].

400. La situation diffère lorsque le licenciement est prononcé suite à l'inaptitude du salarié. L'indemnisation du salarié licencié pour inaptitude à son poste en l'absence de reclassement est différente selon que l'inaptitude est d'origine professionnelle ou non[1705]. Lorsqu'elle est d'origine professionnelle, le salarié bénéficie d'une réparation commandée par les articles L. 1226-10 et suivants du Code du travail, une réparation que l'on peut qualifier d'améliorée : outre la nullité de tout licenciement prononcé pendant la période de protection, les conséquences indemnitaires sont importantes. Si le licenciement est justifié, le salarié peut prétendre à une indemnité d'un montant égal à l'indemnité compensatrice de préavis et à une indemnité spéciale de licenciement, égale au double de l'indemnité légale. Si le reclassement n'a pas été proposé, le salarié peut prétendre, en plus, à une indemnité d'au moins douze mois de salaire[1706]. Les juges du fond prononcent ces cumuls, en admettant notamment que le salarié licencié pour inaptitude bénéficie d'une indemnité spéciale de licenciement, de dommages-intérêts pour perte d'emploi due à la faute de l'employeur et d'une indemnité pour dévalorisation sur le marché du travail et perte sur droits à la retraite[1707].

Lorsque l'inaptitude n'a pas d'origine professionnelle, les conséquences du licenciement sont différentes : non seulement, la nullité n'est pas la sanction prévue, le licenciement ne

---

[1703] Art. L. 1132-1 et L. 1132-4 C. trav.
[1704] Cass. soc., 11 juillet 2002, n° 10-15905, *Bull. civ*. V, n° 218, *JCP* S 2012.1482, note B. Bossu.
[1705] S. Bourgeot , M. Blatman et P.-Y. Verkindt, *L'état de santé du salarié, op. cit.*, p. 611 et s.
[1706] Art. L. 1226-15 C. trav.
[1707] CA Paris, Pôle 6, chambre 3, 9 décembre 2014, n° 13/02187 : « *L'accident du travail qui a conduit à l'inaptitude et partant, le licenciement trouve cependant en l'espèce son origine dans une faute inexcusable de l'employeur reconnue par une décision du tribunal des affaires de sécurité sociale du 13 septembre 2011 ce, en l'absence de plan général de coordination entre les entreprises intervenant sur un même échafaudage ; [le salarié] a, en conséquence, droit à une indemnité ici requalifiée, réparant la perte de son emploi due à la faute de l'employeur* ».

pourra, en l'absence de reclassement, qu'être déclaré sans cause réelle et sérieuse, et les indemnités sont plus faibles. D'abord, le salarié ne pourra pas prétendre à l'indemnité compensatrice de préavis dans la mesure où il ne l'a pas exécuté, ensuite son indemnité est celle de l'article L. 1235-1 du Code du travail.

401. La santé du salarié est encore en cause lorsque les juges ont réussi à assouplir le régime de l'ACAATA. L'article 41 de la loi de 1998 exclut expressément certains cumuls, tels que l'allocation de cessation anticipée d'activité et les allocations chômage, les indemnités journalières de maladie, un avantage personnel de vieillesse ou d'invalidité, une allocation de préretraite ou de cessation anticipée d'activité. En revanche, d'autres cumuls ont pu être admis. Il en est ainsi du cumul avec une pension militaire d'invalidité ou encore un avantage de retraite complémentaire[1708], avec les revenus tirés d'une activité littéraire ou artistique[1709], ou encore avec l'indemnisation du préjudice d'anxiété[1710]. En décidant également que « *le salarié qui démissionne de son emploi pour bénéficier de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante peut contester sa démission et obtenir des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse tout en continuant à percevoir l'allocation* »[1711], les juges poursuivent la construction amorcée. Dans cette espèce, la Cour de cassation confirme la décision des juges du fond accordant plus de 45 000€ au titre des différents préjudices. « *Une telle solution est de nature à compenser la faiblesse tant dénoncée de l'allocation de cessation anticipée d'activité* »[1712]. On peut en effet penser que les juges se servent du cumul d'indemnisation pour offrir aux salariés une meilleure situation.

402. La santé mentale autorise aussi au cumul d'indemnités afin d'inciter l'employeur à une meilleur prévention. « *Si prévention et réparation entretiennent des liens étroits (ne serait-ce que parce que la charge de réparation qui pèse sur l'employeur est une incitation forte à mettre en place une politique de prévention), l'obligation de prévention ne se dissout pas dans celle de réparation* »[1713]. C'est pourquoi la victime de harcèlement peut obtenir réparation du préjudice subi par le harcèlement et par le non-respect de

[1708] Circ. Min. emploi, n° 2002-369 du 27 juin 2002, disponible sur le site de la Caisse nationale d'assurance vieillesse.
[1709] Circ. CNAM, n° 12/2007 du 5 mars 2007.
[1710] Cass. soc., 11 mais 2010, préc.
[1711] J. Colonna et V. Renaux-Personnic, note sous Cass. soc., 17 novembre 2010, n° 08-45647, *JCP* G 2011.I.153.
[1712] *Ibid*.
[1713] P. Adam, « Au fil du harcèlement moral… » *SSL* 2012, n° 1545, p. 9, spéc. p. 10.

l'obligation de prévention incombant à l'employeur[1714]. L'obligation de prévention est un facteur autonome de responsabilité, à condition que le salarié prouve le manquement et le préjudice subi. Sur ce dernier élément, une question se pose, celle de l'autonomie du préjudice subi par la violation de l'obligation de prévention par rapport à celui subi du fait du harcèlement. « *Car si le harcèlement moral n'est pas la conséquence inéluctable du non-respect par l'employeur de son obligation de prévention, […], il n'arrive point aisément à la conscience que le préjudice attaché à l'apparition du premier ne soit pas également celui qui s'attache au second* »[1715]. Sans autre renseignement sur ce préjudice distinct, il semble que les juges présument son existence à la faveur de dommages-intérêts plus punitifs que réparateurs.

Peuvent également se cumuler les préjudices résultant du harcèlement et d'une discrimination, dès lors que le salarié, et les juges du fond, imputent soigneusement à chacun un type de préjudice spécifique[1716].

C'est enfin la nullité du licenciement du salarié victime de harcèlement qui assure la sanction de l'employeur, par la condamantion à un cumul d'indemnités. Le salarié qui ne demande pas sa réintégration a droit, en toute hypothèse, outre les indemnités de rupture, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à six mois de salaire[1717].

b) Le droit à l'exécution loyale du contrat de travail

403. Divers cumuls sont admis par les juges du fond lorsqu'est en cause une « *exécution déloyale* » par l'employeur du contrat de travail. Ainsi, se cumulent l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse et des dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat[1718]. Il n'est pas « loyal » non plus de violer le droit de grève des salariés ou leur liberté syndicale. En cas de licenciement pour ces motifs[1719], il sera

[1714] Cass. soc., 6 juin 2012, préc.
[1715] P. Adam, « Au fil du harcèlement moral… », *op. cit*., p. 10.
[1716] Cass. soc., 3 mars 2015, préc.
[1717] Cass. soc., 11 décembre 2015, n° 14-15289, *JCP* S 2015.511.
[1718] CA Lyon, chambre sociale C, 21 novembre 2014, n° 14/01604 : « *[Le salarié] établit que son employeur n'a pas suivi les prescriptions du médecin du travail en le maintenant sur son poste […]. Cette exécution déloyale du contrat consistant à n'avoir pas protégé le salarié atteint de maladie professionnelle d'une aggravation de son état de santé jusqu'à ce que celui soit à nouveau placé en rechute de maladie professionnelle [est indemnisée]* ».
[1719] Pour la participation à un mouvement de grève licite, V. Cass. soc., 2 février 2006, n° 03-47481, *Bull. civ*. V, n° 53, *RDT* 2006, p. 42, obs. O. Leclerc, *Dr. ouvr*. 2006, p. 540, obs. J.-L. Borie.

déclaré nul et le salarié pourra alors prétendre à une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir pendant sa période d'éviction jusqu'à sa réintégration effective, sans déduction des salaires ou revenus de remplacement perçus pendant cette période[1720].

404. Une autre manœuvre déloyale, et même illicite, consiste à employer le salarié sans le déclarer. La situation est condamnée par les juges qui n'ont pas hésité à cumuler les indemnités auxquelles peut prétendre le salarié. En cas de travail dissimulé, le salarié peut désormais bénéficier d'une indemnité forfaitaire, supérieure ou égale à 6 mois de salaire[1721], qui se cumule avec diverses indemnités. Par cinq arrêts de janvier 2006, la Cour de cassation avait précisé les cumuls possibles entre cette indemnité et l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse[1722], l'indemnité compensatrice de congés payés[1723], l'indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement[1724], et l'indemnité de requalification du contrat de travail à durée déterminée[1725]. Puis, malgré son refus en 2006, la Cour admet que cette indemnité forfaitaire se cumule avec l'indemnité conventionnelle ou légale de licenciement[1726], puis avec celle de mise à la retraite[1727].

La Cour de cassation autorise ces cumuls en raison de la nature de « *sanction civile* »[1728] de l'indemnité forfaitaire. Qu'importe que le conseil constitutionnel[1729] et la chambre sociale[1730], elle-même, aient auparavant, retenu la qualification d'indemnité réparatrice pour l'exonérer de cotisations sociales. C'est donc une lecture finaliste qui semble guider la Cour de cassation. Entre indemnité et sanction, la réponse apportée dépend des besoins de la cause, autrement dit, favoriser le salarié victime du travail dissimulé et sanctionner

---

Pour l'exercice d'activités syndicales, V. Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-43277 et 08-43369, *Dr. ouvr*. 2010, p. 608, obs. J. Guyon ; Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-16434 et 13-16805, *Bull. civ.* V, n° 186.

[1720] V. not., Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-20527, *à paraître*, *D.* 2015, p. 2508 ; *JCP* S 2015.487 ; *RDT* 2016, p. 9.

[1721] Art. L. 8223-1 C. trav.

[1722] Cass. soc., 12 janvier 2006, n° 03-46800, *Bull. civ*. V, n° 13.

[1723] Cass. soc., 12 janvier 2006, n° 04-40991, *Bull. civ*. V, n° 13.

[1724] Cass. soc., 12 janvier 2006, n° 04-43105, *Bull. civ.* V, n° 13.

[1725] Cass. soc., 12 janvier 2006, n° 03-44777, *Bull. civ*. V, n° 13.

[1726] Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-23738, *Bull. civ*. V, n° 31, *JCP* E 2013.1163, *Dr. ouvr*. 2013, p. 562.

[1727] Cass. soc., 15 mai 2013, n° 11-22396, *Bull. civ*. V, n° 123, *D.* 2013, p. 1285 ; *JSL* 2013, n° 346-10.

[1728] Cass. soc., 6 février 2013, préc.

[1729] Cons. const., n° 2011-111 QPC, 25 mars 2011, *D.* 2012, p. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *RSC* 2011. 404, obs. A. Cerf-Hollender.

[1730] Cass. soc., 20 février 2008, n° 06-44964, *Bull. civ*. V, n° 42, *JCP* S 2008.1235, note A. Martinon.

l'employeur. La solution s'inscrit parfaitement dans la logique de lutte contre le travail dissimulé[1731] qui anime aujourd'hui la scène politique.

405. Tous ces cumuls témoignent de la rigueur du juge qui doit distinguer chaque poste de préjudice pour prononcer des mesures de réparation qui ne heurte pas l'interdiction de réparer deux fois le même préjudice. Toutefois, n'est-ce pas aussi considérer que chaque obligation violée est un préjudice distinct, de façon à trouver les fondements de la condamnation de l'employeur ? Il est alors tentant de distinguer une forme de sanction civile, considérant que le juge admet le cumul afin de sanctionner les pratiques préjudiciables de l'employeur. D'autant plus, lorsque ce sont des droits tels le droit de grève ou la liberté syndicale qui justifient le cumul. La volonté de sanctionner apparaît clairement, mais elle porte le nom de dommages-intérêts compensatoires, à défaut de pouvoir porter celui de dommages-intérêts punitifs.

B. L'admission des dommages-intérêts punitifs.

406. À défaut de pouvoir officiellement sanctionner le comportement à l'origine du préjudice, la mesure de réparation, par divers cumuls d'indemnités, sert de support à la punition. Certes, les juges résistent encore « *à la tendance des plaideurs à autonomiser les préjudices pour en obtenir réparation de manière cumulative : le principe de la réparation intégrale […] constitue […] un rempart efficace aux demandes visant à cumuler la réparation du préjudice résultant de la perte d'ancienneté*[1732]*, ou le cumul entre les dommages et intérêts compensant la violation de l'obligation de reclassement et des dommages et intérêts compensant le préjudice résultant de la perte d'emploi*[1733] »[1734]. Il n'empêche que d'autres cumuls existent et interrogent. Ne sont-ils pas les témoins du besoin d'admettre que le juge civil puisse punir certains comportements, et, par la même occasion, réparer les préjudices qui en ont découlés ? En déclarant que « *le principe d'une*

[1731] Il faut toutefois préciser que cette sanction n'est due qu'en cas de rupture du contrat de travail du salarié concerné, suivant la lecture de l'article L. 8223-1 C. trav, V. Cass. soc., 2 mars 2016, n° 14-15611 et 14-15612. En dehors du contentieux de la rupture du contrat, le travail dissimulé donne lieu à des sanctions pénales (jusqu'à 45 000 euros d'amende ou 225 000 euros s'agissant d'une personne morale, et 3 ans d'emprisonnement), administratives (interdiction d'exercer (pendant 5 ans), fermeture temporaire (pendant 3 mois), exclusion des marchés publics (pendant 5 ans), remboursement d'aides publiques, etc.) et civiles (l'employeur encourt un redressement de cotisations sociales).

[1732] Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-20256, *Bull. civ*. V, n° 200, *D*. 2013, p. 2278 ; *JCP* S 2013.408 ; *Dr. soc*. 2014, p. 79, obs. A. Mazeaud.

[1733] Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28799, *Bull. civ*. V, n° 135, *D*. 2013, p. 1417, et p. 1768, note E. Wurtz ; *Dr. soc*. 2013, p. 764, obs. V. Orif ; *JCP* S 2013.1359, note E. Jeansen.

[1734] Ch. Radé, « Préjudices et indemnisation : à la croisée des disciplines », *op. cit*, spéc. p. 446.

condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public »[1735], même la Cour de cassation semble encline à admettre leur existence. Les dommages-intérêts punitifs[1736], « *sont de nature hybride, indemnisation et peine* »[1737]. Ils permettent de légitimer « *la condamnation à verser une pénalité privée allant au-delà de ce que permet le droit à indemnisation conçu comme l'obligation, pour l'auteur d'un dommage, de replacer la victime dans la situation où elle se trouvait antérieurement à sa commission* »[1738]. Déjà admis dans d'autres systèmes juridiques (1), l'extension des dommages-intérêts punitifs dans notre droit de la responsabilité est devenu, aujourd'hui, inévitable (2).

1) L'admission limitée des dommages et intérêts punitifs

407. « *La volonté d'indemniser au-delà du préjudice réellement subi a été présente dans l'esprit des juristes bien avant que les juges américains ne veuillent s'en servir afin de sanctionner la faute lucrative. On en trouve des traces dans des droits très anciens*[1739] *[…]. C'est au 18e siècle que cette notion apparaît dans la jurisprudence anglaise. Les magistrats élaborent une doctrine des dommages-intérêts punitifs afin de justifier la disproportion entre le montant réel du préjudice et la somme finalement octroyée* »[1740]. Au Royaume-Uni, où ils sont nés, on ne les nomme pas dommages et intérêts « punitifs » mais « exemplaires ». Pour les britanniques, les dommages et intérêts n'ont pas une finalité exclusivement indemnitaire, le juge peut condamner l'auteur du dommage à

[1735] Cass. civ., 1ère, 1er décembre 2010, n° 09-13303, *Bull. civ*. I, n° 248, *D*. 2011, p. 423, note F.-X. Licari ; *RTD civ*. 2011, p. 122, note B. Fages et p. 317, note P. Rémy-Corlay.

[1736] M. Chagny, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », *JCP* G 2006.I.149 ; Y.-M. Laithier, « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs », *in Droit et économie du contrat*, LGDJ, Paris, 2008, p. 141 ; Actes du colloque « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », *LPA* 20 novembre 2002, n° 232 ; M. Crémieux, « Réflexions sur la peine privée moderne », *in Études offertes à P. Kaiser*, 1979, PUAM, p. 263 ; S. Piedelièvre, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle : bilan prospectif* », Colloque Chambéry, *Resp. civ. et ass.*, Hors-série, juin 2011, p. 68. V. aussi S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit*. n° 198 et s.

[1737] Ph. Le Tourneau, « Rapport de synthèse », *in L'indemnisation, Travaux de l'association H. Capitant, Journées québécoises 2004*, Société de législation comparée, Paris, 2008, p. 1, spéc. p. 14.

[1738] A. Vignon-Barrault, « Les dommages et intérêts punitifs », *in* Ph. Pierre et F. Leduc (sous la dir), *La réparation intégrale en Europe, op. cit.*, spéc. p. 84.

[1739] L'auteur (A. Fiorentino) cite le code babylonien d'Hammurabi, les lois indiennes de Manu, le droit hébreu et le droit romain.

[1740] A. Fiorentino, « Les dommages-intérêts punitifs en droit américain : fausse polémique ou vraie monstruosité prétorienne ? », *JCP* S 2015.1426, n° 8.

verser des dommages et intérêts exemplaires, « alourdis » ou « aggravés ». Dès 1964[1741], les juges admettent la possibilité d'attribuer des dommages et intérêts punitifs et en précisent les modalités. « *Dans cette affaire, tout en se déclarant hostile, par principe, à l'institution des dommages et intérêts punitifs, la Cour les a admis tout en cantonnant leur domaine d'application aux hypothèses suivantes : s'agissant d'actes de nature oppressive, arbitraire ou inconstitutionnelle traduisant un abus de pouvoir émanant d'un représentant de l'État ; lorsque le comportement du défendeur vise l'obtention d'un avantage financier par la mise en place d'un stratagème en vue de réaliser des gains ; lorsque les dommages et intérêts exemplaires sont expressément prévus par la loi*[1742] »[1743].

Il ne suffit donc pas que le défendeur ait adopté l'un de ces comportements, il faut trois exigences supplémentaires. Le demandeur doit être la victime directe du comportement délictueux ; le pouvoir de prononcer des dommages et intérêts punitifs doit être utilisé avec circonspection pour éviter les abus ; le tribunal estime que la condamnation à des dommages et intérêts compensatoires ne suffit pas à punir le défendeur. De la même façon, les irlandais utilisent les dommages et intérêts punitifs de façon exceptionnelle, notamment pour défendre les droits constitutionnels[1744].

408. Aux États-Unis, le succès des « *punitive damages* » est croissant et marqué par des condamnations à des sommes très élevées[1745]. Une des raisons de ce succès tient à l'organisation du système judiciaire américain dans lequel les litiges criminels, dont la valeur est supérieure à 20 dollars, sont jugés par un juré populaire[1746]. Une juridiction d'appel peut toutefois réduire ces sommes, si la loi a fixé un plafond, ou si le juge considère que le montant est manifestement excessif et méconnaît la garantie de la sécurité juridique, sur le fondement de l'amendement XIV de la Constitution[1747]. Les

[1741] V. Wester-Ouisse, « La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs ! », *RCA* mars 2011, étude n° 3, n° 6. L'auteur fait référence, en note 8, à une décision britannique, *Lord Delvin, House of Lords, Rookes v. Barnard*, 1964, AC 1129.
[1742] C'est le cas de la diffamation, de l'atteinte à la vie privée.
[1743] A. Vignon-Barrault, « Les dommages et intérêts punitifs », *op. cit.*, spéc. p. 87.
[1744] « Réponses de la Cour suprême irlandaise », *in La réparation du préjudice en Europe, op. cit*., p. 301, spéc., p. 305
[1745] Certaines décisions accordent jusqu'à 185 millions de dollars pour les salariés victimes de discrimination, V. A. Fiorentino, « Les dommages-intérêts punitifs en droit américain américain : fausse polémique ou vraie monstruosité prétorienne ? », *op. cit*., spéc. n° 1.
[1746] *Ibid*., spéc. n° 14.
[1747] Le texte prévoit qu'« *aucun État ne pourra priver quiconque de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété, sans procédure légale régulière, ou dénier à quiconque relevant de sa juridiction l'égale protection des lois* » (Traduction de J.-P. Lassale, *La constitution américaine*, La documentation française). La

juges prennent en compte la différence entre les dommages-intérêts compensatoires et punitifs, recherchant un équilibre entre les deux types d'indemnisation[1748]. Ce contrôle de la part des juges permet de relativiser le « monstre »[1749] que seraient les dommages-intérêts punitifs.

409. « *En l'état actuel du droit positif, l'attribution des dommages et intérêts punitifs est [donc] doublement limitée. D'un point de vue géographique, d'abord, puisque deux États seulement les consacrent. Quant à leur champ d'application, ensuite, dès lors que leur allocation est subordonnée à des conditions particulièrement strictes. On pressent cependant que leur extension est souhaitée dans d'autres États européens avec, parfois, à la clef, une volonté d'en assouplir les conditions* »[1750]. Leur introduction dans d'autres droits, y compris en droit français, suscite pourtant un débat en raison des traditions juridiques qui s'opposent. « *Si les [pays de tradition romano-germanique] – parmi lesquels la France, l'Allemagne, la Belgique ou la Suisse – ont été façonnés par ce qu'on appelle la Civil law et sont historiquement méfiants à l'égard de la peine privée, les [pays de Common law] – au premier rang desquels le Royaume-Uni – ont intégré, depuis la fin du XVIIIe siècle, les dommages et intérêts punitifs dans leur ordre juridique* »[1751]. L'extension des dommages et intérêts punitifs est redoutée parce qu'ils substituent à la finalité indemnitaire de la responsabilité une logique plus répressive, emportant ainsi une mutation de la responsabilité des pays de *Civil law*. Elle apparaît pourtant de plus en plus inévitable.

2) L'extension souhaitée des dommages et intérêts punitifs

410. « *Dans notre droit, la majoration ou modération des dommages et intérêts selon le degré de la faute du responsable n'est en principe qu'une faculté officieuse des juges du fond, liée à la plasticité de leur appréciation souveraine, à l'instar de certains*

---

condamnation à un montant excessif de dommages-intérêts punitifs constitue une violation de cette garantie fondamentale (*Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* (89-1279), 499 U.S. 1 (1991).

[1748] *State farm mut. automobile ins. co.v. campbell* (01-1289) 538 u.s. 408 (2003) : « *the Utah Supreme Court sought to justify the massive award based on premises bearing no relation to the award's reasonableness or proportionality to the harm* » (« *la Cour suprême de l'Utah a cherché à justifier l'octroi massif de la sentance sur des éléments sans rapport avec le caractère raisonnable ou de proportionnalité de la sentence* » traduit par nous).

[1749] En référence à la monstruosité prétorienne dénoncée par A. Fiorentino, « Les dommages-intérêts punitifs en droit américain : fausse polémique ou vraie monstruosité prétorienne ? », *op. cit.*, spéc. n° 2 et 4.

[1750] A. Vignon-Barrault, « Les dommages et intérêts punitifs », *op. cit.*, spéc. p. 89.

[1751] *Ibid*., p. 85.

préjudices moraux »[1752]. On observe en effet que les dommages et intérêts punitifs sont aujourd'hui consacrés de façon officieuse, par l'augmentation artificielle des dommages et intérêts compensatoires. « *Il s'agit ainsi d'admettre, pour certains contentieux, une hausse de la réparation pour traduire l'idée de peine privée. C'est d'ores et déjà le cas dans différents États s'agissant des atteintes aux droits de la personnalité, des atteintes à l'honneur ou à la vie privée […]. Autant de droits subjectifs qui nécessitent une protection renforcée et qui font l'objet d'une réparation majorée* »[1753]. Les directives européennes paraissent d'ailleurs enclines à cette idée d'indemnité « dissuasive »[1754]. Bien que la Cour n'ait pas interprété cette disposition comme imposant aux États membres de prévoir le versement de dommages-intérêts punitifs[1755], le texte autorise les États membres à prévoir des sanctions dissuasives dans leur droit interne, « *pour autant que les principes d'équivalence et d'effectivité soient respectés* »[1756].

411. Face au constat de ces condamnations à réparation dont le sens est détourné, la question de l'adoption d'un texte de portée générale autorisant l'allocation de dommages-intérêts punitifs se pose en droit français. En admettant que la responsabilité civile ait une fonction punitive, il faut s'assurer de la conformité de cette punition avec l'ordre public pénal. « *Car, il ne suffit pas de qualifier une sanction de "peine privée" pour lui ôter son caractère pénal. […] La conformité à l'ordre public pénal européen d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs d'un montant dissuasif dépend du respect de trois principes auquel il est impossible de déroger dans une société démocratique : nécessité, légalité et proportionnalité* »[1757]. Les dommages-intérêts punitifs ne peuvent être admis que s'ils viennent sanctionner la violation d'obligations définies par les textes. « *Le degré de précision de cette définition devrait […] être suffisant pour assurer que le justiciable soit en mesure de s'y conformer* »[1758]. Leur montant doit être légalement[1759] prévus, par la référence à un plafond ou à un pourcentage et évalué de façon proportionnelle au comportement fautif, par le juge.

[1752] Ph. Pierre, « La mise en œuvre de la réparation intégrale », *op. cit.*, spéc. p. 49.
[1753] A. Vignon-Barrault, « Les dommages et intérêts punitifs », *op. cit.*, spéc. p. 91.
[1754] Art. 18 de la directive 2006/54 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.
[1755] CJUE, 17 décembre 2015, aff. C-407/14, *Maria Auxiliadora Arjona Camacho* c. *Securitas Seguridad Espana*, *Liaisons sociales Europe*, 2016, n° 391, p. 5.
[1756] *Ibid*.
[1757] J.-Ch. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *RCA* mai 2013, dossier 23.
[1758] S. Carval, *La responsabilité dans sa fonction de peine privée*, *op. cit*., n° 209.
[1759] Le principe de la légalité des délits et des peines (art. 8 DDHC) garantit aux justiciables de ne pas être livré à l'arbitraire du juge.

412. Si l'adoption d'un texte général relatif aux dommages-intérêts punitifs n'est pas encore proposée[1760], une autre sanction peut être envisagée, celle des dommages intérêts restitutoires[1761]. Cette sanction vise particulièrement la faute lucrative[1762]. Cette dernière est celle de celui qui « *se livre à un calcul avant de passer à l'acte, qui consisterait à comparer ce qu'est susceptible de lui rapporter la réalisation de la faute à ce que la condamnation pourrait lui coûter* »[1763]. Et malgré les dommages-intérêts que le responsable est condamné à payer, calqués sur le préjudice subi par la victime, l'auteur y gagne une marge bénéficiaire suffisante qui ne l'incite pas à ne pas commettre cette faute[1764]. « *La question de la faute lucrative est la marque d'une inefficacité de la sanction de certains comportements illicites au moyen des [anciens] articles 1147 ou 1382 et 1383 du Code civil* »[1765]. L'inefficacité provient du mode de calcul de l'indemnité en droit français. Le principe de réparation intégrale suppose que la mesure de réparation soit calculée au regard du préjudice et non de la faute. Pour que la faute lucrative soit sanctionnée, il faut, au contraire, mesurer la réponse au résultat profitable, et admettre une condamnation à la restitution intégrale des profits illicites. En obligeant l'auteur de la faute à restituer tout le bénéficie réalisé, la mesure n'est pas proportionnée à la faute mais au bénéfice et ne possède pas de vertu punitive. Elle tend simplement au rétablissement de la situation antérieure, elle fait cesser l'illicite. Et puisque « *restituer n'est pas indemniser* »[1766], sanctionner la faute lucrative n'entacherait pas la distinction entre responsabilité civile et responsabilité pénale.

Cette idée de peine privée se retrouve dans l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile. Le texte dispose en effet que « *lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement*

[1760] L'avant-projet de loi de réforme du droit de la responsabilité civile contient toutefois une disposition spéciale, relative à la faute dite lucrative, V. Art. 1266 de l'avant-projet de loi de réforme du droit de la responsabilité civile.

[1761] V. Ph. Pierre, « Les dommages et intérêts punitifs ou restitutoires (en droit français et européen) », *Revue juridique de l'Ouest*, 2014, n° 2, p. 23.

[1762] G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *op. cit*., p. 2945 ; D. Fasquelle, « L'existence des fautes lucratives en droit français », *LPA* 20 novembre 2002, p. 27 ; J. Méadel, « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français », *LPA* 17 avril 2007, p. 6 ; P.-D. Vignolle, « La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile punitive ? », *Gaz. Pal.* 14 janvier 2010, p. 7. V. aussi R. Mésa, *Les fautes lucratives en droit privé*, th. dactyl., Université du Littoral-Côte d'Opale, 2006.

[1763] R. Mésa, « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCP* G 2012.625.

[1764] B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, *op.* cit., n° 1335.

[1765] R. Mésa, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012, p. 2755.

[1766] F. Rouvière, « La distinction entre restitution et indemnisation », *D*. 2015, p. 657.

motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés ». Cette formule semble indiquer la volonté d'admettre la sanction de la faute lucrative en dorit français. Bien que l'on puisse regretter l'absence de dsipositions générales en faveur des dommages-intérêts punitifs, ce projet de réforme témoigne de l'évolution de notre droit de la responsabilité.

413. Conclusion du chapitre.

Tout comme en droit civil, le droit du travail ne laisse plus qu'une infime place à la réparation en nature. La nullité s'étend pour sanctionner davantage de comportements, et emporte avec elle la réparation en nature. La remise en l'état en nature n'intervient plus comme une mesure de réparation, mais s'inscrit comme le respect de la légalité. Il appartient ensuite à la réparation pécuniaire de compenser le préjudice subi par la réalisation de l'acte entaché de nullité. La réparation pécuniaire soulève alors des questions relatives à son évaluation qui animent la sphère civiliste. Soumise à l'arbitraire du juge, elle mériterait une normalisation par le recours à une nomenclature des préjudices[1767]. Le droit du travail n'en connaît pas, mais cela n'empêche pas les juges d'identifier différents préjudices pour parvenir au prononcé de cumuls d'indemnités, aux montants dissuasifs. Ces sommes interrogent sur leurs raisons d'être. Le préjudice n'apparaît plus comme le seul argument justifiant la condamnation. Derrière ces indemnités, l'on sent la volonté de punir le comportement préjudiciable.

Pourtant, ni les dommages-intérêts punitifs, ni la sanction de la faute lucrative ne sont présents dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Cette absence remet en question l'avenir des dommages-intérêts punitifs en droit français. Il nous semble pourtant que les condamnations observées en droit du travail confirment leur existence implicite, et que les lignes de leur régime ont déjà été esquissées par la doctrine. D'un montant supérieur aux dommages-intérêts compensatoires[1768], ils ne devront pas être assurables, sans quoi, leur efficacité serait réduite[1769]. En revanche, il faut encore préciser les valeurs auxquelles ils seront attachés – le respect de l'intégrité physique du salarié

[1767] Surtout en ce qui concerne le dommage corporel.
[1768] Sur le montant de la peine privée, V. S. Carval, *La responsabilité dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 313 et s.
[1769] G. Viney, « Quelques propositions de réformes du droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, spéc. p. 2948.

peut sans aucun doute constituer l'une d'elles – et prévoir leur mode de calcul. Plafonnés ou indexés sur le montant des dommages et intérêts compensatoires[1770], il faut un cadre qui permette d'anticiper leur montant. La question de la destination de ces sommes est plus délicate. Le risque d'un enrichissement sans cause de la victime peut toutefois être atténué par le versement, en partie, de ces sommes au Trésor public[1771] ou à un fonds d'indemnisation[1772]. S'agissant de la constitutionnalité de ces dommages-intérêts, le Professeur Carval a déjà démontré que ni le principe de légalité, ni le principe de proportionnalité, ni le respect des droits de la défense, ne s'opposaient à leur admission[1773]. Pour l'heure, à défaut de reconnaître officiellement la peine privée, les juges n'ont d'autres choix que de se servir de la réparation comme support à la punition. La réparation semble donc instrumentalisée, au service d'un autre objectif que la disparition du préjudice. L'étude de certains outils d'évaluation nous permettra de confirmer, ou non, cette impression.

[1770] Proposition de loi n° 657 , présentée par L. Béteille, 9 juillet 2010, n° 657.
[1771] Comme l'envisageait l'avant-projet Catala à l'art. 1371.
[1772] Proposition de M. Beteille, *op. cit.*
[1773] S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit*., n° 208 et s.

Chapitre 2. La réparation du préjudice instrumentalisée

414. Aujourd'hui, « *l'équivalence absolue du montant de la réparation et de l'étendue du dommage n'est réalisée que dans un système de réparation intégrale. Or la réparation n'est pas toujours intégrale. La loi peut fixer un maximum. […] La réparation peut aussi être forfaitaire* »[1774]. La question de l'évaluation du préjudice devient prégnante, et le droit du travail n'y échappe pas. Les outils qui servent à prononcer une mesure de réparation pécuniaire sont-ils les garants d'une évaluation en adéquation avec le préjudice ?

C'est d'abord le législateur qui tempère la règle de la réparation intégrale du préjudice en la façonnant. Il impose parfois un forfait, un plafond ou un plancher de réparation. En guidant ainsi la réparation, une partie du préjudice réparable peut rester sans réparation si la loi fixe un plafond inférieur au préjudice subi. Tout le préjudice est réparable, mais le droit a fait le choix de ne pas le réparer. À l'inverse, le préjudice peut être inférieur à la valeur du plancher prévu. Cette détermination anticipée du préjudice n'est pas seulement le fait de la loi. Elle provient aussi de la nature contractuelle de la relation entre les parties. Les mécanismes contractuels permettent, en effet, l'insertion de clauses qui viennent dessiner, par avance, les contours de la réparation du préjudice. Les parties peuvent ainsi limiter la reconnaissance du préjudice, ou au contraire, lui donner une importance supérieure à celle qu'il aurait méritée.

De ces différentes « instructions », tout le préjudice, plus que le préjudice, voire moins que le préjudice est réparé, au nom d'une indemnisation prévisible (Section 1), ou d'une indemnisation punitive (Section 2).

[1774] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit*., p. 55.

Section 1. Des outils de réparation au service d'une indemnisation prévisible

415. L'évaluation de la mesure de la réparation est une mission qui appartient au juge et qui suppose une parfaite adéquation entre le préjudice subi et l'évaluation qui en est faite. Délicate mission que le législateur est parfois venue encadrer de façon à permettre au juge d'être guidé. Cette détermination à l'avance de la réparation permet aux victimes et aux responsables d'anticiper le montant de la réparation et sécurise ainsi le contentieux (§1). Plus encore, lorsque l'évaluation est systématique et obligatoire, elle assure à la victime de voir son préjudice réparé (§2).

§1. Anticiper la mesure de réparation

416. En prévoyant des planchers et des plafonds[1775] de réparation, le législateur s'est proclamé « architecte » de la réparation. Il encadre avec précision l'évaluation habituellement libre que les juges exercent. Ils leur restent, tout de même, à apprécier souverainement le préjudice dans ces limites. Toutefois, ces « plans » peuvent contrarier la réparation intégrale du préjudice réparable. Par la fixation d'un plafond maximal de réparation, on peut s'inquiéter que certains préjudices, reconnus réparables, ne soient réparés que dans la limite de ce plafond. Justifier une telle limitation passe nécessairement par la prévisibilité qu'elle offre. L'indemnisation est connue à l'avance, victime et auteur du dommage savent alors anticiper les limites de leur condamnation ou de leur indemnité.

La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite *Loi Macron*[1776] traduisait cette volonté d'anticiper la mesure de réparation. Puisque « *la plupart des litiges auxquels donne lieu l'application du droit du travail relèvent du contentieux du licenciement [dont] la plupart débouchent sur des condamnations au*

[1775] Le plafond de réparation ne doit pas se confondre avec la franchise, en deçà de laquelle le dommage ne donne pas lieu à indemnisation, V. Ph. Casson, « Dommages et intérêts », *Rép. Dalloz Droit civil*, n° 180.
[1776] L. n° 2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JO* n° 0181, 7 août 2015, p. 13537.

paiement d'indemnités »[1777], c'est ce contentieux qui est pointé. Les articles 258 et 266 de la loi[1778] visaient un objectif de « *sécurisation* » en fournissant « *un instrument servant à situer le niveau d'une indemnisation normale pour faciliter la décision du juge mais d'abord l'accord des parties [… et en encadrant] le montant des indemnités à des fins de "sécurisation" [afin de] limiter pour les employeurs cette variante du risque d'emploi que constitue la condamnation au paiement d'indemnités exorbitantes, voire ruineuses* »[1779]. L'instrument visé est, dans cette loi, le barème. Le Professeur Tunc en préconisait l'officialisation, il y a déjà plus de cinquante ans, pour pallier la difficulté d'estimer la réparation intégrale exacte d'un préjudice d'affection . Il ne voyait qu'une solution : « *à défaut de règle légale, des barèmes sont nécessaires* »[1780]. Le barème permettrait donc de s'affranchir des difficultés liées à la réparation intégrale. N'est-ce pas risquer de préférer une évaluation prévue, et facilitée, du préjudice au détriment d'une appréciation « compliquée » mais intégrale ? Peu importe si « *la recherche d'une meilleure prévisibilité tend à ce titre à l'emporter sur une réflexion plus générale sur l'équilibre économique de la relation employeur-salarié* »[1781].

417. L'évaluation du préjudice en droit du travail est guidée par des outils dont l'utilisation est commandée par divers objectifs : sécuriser le montant de la condamnation (A) ou l'harmoniser (B).

A. Le plafonnement, outil de « sécurisation » de la réparation

418. En prévoyant un plafond de réparation, une limite maximale autorisée au juge dans la fixation du montant de l'indemnisation, il y a assurément une volonté de sécuriser la réparation : elle est connue à l'avance pour son maximum (1). L'écueil de cet outil est toutefois de rendre son montant en inadéquation avec la réalité du préjudice. Peut-on alors s'affranchir du plafond prévu (2) ?

[1777] G. Couturier, « Le droit du licenciement dans la loi Macron », *Dr. soc*. 2015, p. 793, spéc. p. 799.
[1778] Dans sa version adoptée le 9 juillet 2015, avant qu'elle ne soit censurée par le Conseil constitutionnel, Cons. const. n° 2015-715 DC du 05 août 2015, *AJDA* 2015, p. 1570 ; *Constitutions* 2015, p.555, note J.-F. Giacuzzo.
[1779] *Ibid*.
[1780] A. Tunc, *La sécurité routière : esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, *op. cit*., p. 75
[1781] J. Icard, « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », *op. cit*. ; V. aussi, J. Icard, « Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. Compromis historique ou énième concession à l'économicisme ? », *Cah. soc*., juin 2013, p. 280.

1) Limiter la réparation, une sécurité

419. En matière contractuelle, le législateur et les parties peuvent aménager les conséquences de la responsabilité. On constate ainsi divers plafonnements légaux d'indemnisation. Il s'agit notamment de *« limiter la responsabilité de l'auteur du dommage eu égard à l'énormité prévisible de celui-ci, comme c'est le cas pour la responsabilité de l'exploitant d'un réacteur ou d'un navire nucléaire* »[1782] ou encore du « *souhait de favoriser certaines activités économiques qui présentent des risques ou des difficultés spécifiques, comme en matière de transport, qu'il s'agisse de transport aérien maritime ou terrestre* »[1783]. C'est aussi l'automaticité de l'indemnisation qui justifie parfois la limitation[1784]. Ce dernier argument semble être à l'œuvre en droit du travail.

Ainsi, lorsque l'article L. 1235-2 du Code du travail prévoit « *une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire* » au cas où l'employeur ne respecte pas la procédure de licenciement, il semble bien que l'automaticité de la sanction justifie le montant maximal. Les juges relèvent en effet que « *l'inobservation de la procédure de licenciement ouvre droit, nécessairement, au profit du salarié, à la réparation du préjudice subi dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue* »[1785]. Cette automaticité est compensée par un montant maximal. Imposer un tel plafond pose pourtant la question de la valeur de la règle protégée. Une chose est sûre, « *l'absence d'entretien préalable n'a pas pour effet de priver la cause du licenciement de son caractère réel et sérieux* »[1786]. En estimant à l'avance que jamais le non-respect de la procédure de licenciement ne sera réparé par plus d'un mois de salaire, il semble que le législateur ne donne qu'une faible importance au préjudice subi par la violation de cette règle. Autrement dit, l'importance de la règle, respecter une procédure de licenciement, s'estompe au regard de cette sanction, qui est prévisible[1787], et finalement peu contraignante. Non seulement la réparation du préjudice peut être atteinte par le recours à ce plafond, mais c'est aussi la violation de la loi qui devient estimable. Loin de l'idée de

[1782] Convention de Paris du 29 juillet 1960, modifiée et complétée par un protocole du 28 janvier 1964, V. Ph. Casson, « Dommages et intérêts », *Rép. Dalloz droit civil*, n° 162.
[1783] Ph. Casson, « Dommages et intérêts », *Rép. Dalloz droit civil*, n° 162 ; V. aussi, Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, *op. cit*., p. 591.
[1784] Il en est ainsi pour la responsabilité des hôteliers qui découle des articles 1953 et 1954 C. civ.
[1785] Cass. soc., 31 mai 1995, n° 92-40581. En effet, les juges ne sont pas tenus d'évaluer le préjudice à un mois de salaire, V. par ex., Cass. soc., 4 octobre 1989, n° 86-40717
[1786] Cass. soc., 16 décembre 1987, n° 85-41758 ; Cass. soc., 11 septembre 2012, n° 11-20371, *RJS* 2012, n° 869 ; Cass. soc., 16 septembre 2015, n° 14-10325, *à paraître*, *JCP* S 2015.1420, note F. Dumont.
[1787] Et que l'employeur peut sans doute provisionner dans sa gestion comptable.

sanctionner l'employeur qui ne respecterait pas cette procédure, le législateur consacre une sanction prévisible pour l'employeur.

420. La tendance s'est retrouvée dans le projet de loi *Macron*[1788] qui souhaitait instaurer un barème plafonnant les indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Encadrer les indemnités, selon l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise, a été présenté comme le moyen de sécuriser les procédures de licenciement et finalement, comme un levier en faveur de l'embauche. De l'aveu du conseil constitutionnel, prévoir les montants minimaux et maximaux de l'indemnité, c'est « *assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche* », c'est poursuivre « *des buts d'intérêt général* »[1789]. Bien que le critère choisi, celui de l'effectif de l'entreprise, crée une rupture d'égalité entre les victimes et ne présente aucun lien avec le préjudice subi et ait conduit à la censure du texte par le conseil constitutionnel, le principe de sa mise en œuvre ne semble pas poser problème. Or, le projet ne consiste pas seulement en la création d'un référentiel pour la fixation des indemnités mais les plafonne. Il est en effet prévu que « *le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur définie conformément aux montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau du troisième alinéa [de l'article L. 1235-3 du Code du travail]* ». L'employeur sait donc à quel montant maximal il sera condamné s'il prononce un licenciement sans cause réelle et sérieuse. La condamnation devient prévisible. Mais surtout, limiter ainsi le préjudice d'une victime d'un acte fautif équivaut à « *tolérer la commission de l'acte fautif* »[1790] et à nier en partie le principe de réparation intégrale.

421. Les juges instaurent eux-aussi, parfois, un plafond de réparation. Concernant la réparation du préjudice des conseillers prud'homaux[1791] ou des médecins du travail[1792]

[1788] Dans sa version adoptée le 9 juillet 2015.

[1789] Cons. const., n° 2015-715 DC, 5 août 2015, considérant 151.

[1790] C. Wolmark, « Réparer la perte d'emploi – À propos des indemnités de licenciement », *in* Colloque *Préjudices et indemnisation en droit social*, *op. cit.*, spéc. p. 456.

[1791] Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-46319, *Bull. civ.* V, n° 147 : « *le conseiller prud'homme, dont le contrat de travail est rompu sans autorisation administrative, a le droit, s'il ne demande pas sa réintégration, d'obtenir à titre de sanction de la méconnaissance du statut protecteur par l'employeur une indemnité au moins égale à la rémunération qu'il aurait perçue depuis la date de son éviction jusqu'à l'expiration de la période de protection résultant du seul mandat en cours à la date de la rupture, peu important sa réélection ultérieure, et ce dans la limite de la durée de la protection des représentants du personnel, qui comporte une période de 6 mois après l'expiration des fonctions* », *Dr. soc.* 2001, p. 774, note J. Savatier.

[1792] Avis C. cass., 15 décembre 2014, n° 15013 : « *Le médecin du travail licencié sans autorisation administrative et qui ne demande pas sa réintégration, a droit à une indemnité pour violation du statut protecteur égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et la fin de la période de protection, dans la limite de trente mois, durée de la protection minimale légale accordée aux représentants du personnel* », V. J. Mouly, « L'indemnisation du médecin du travail licencié sans autorisation administrative », *Dr. soc.* 2015, p. 227.

licenciés sans autorisation, en les assimilant aux délégués du personnel, les juges ont plafonné la réparation au montant des salaires à percevoir jusqu'à l'expiration de la période de protection, soit un maximum de trente mois. L'allongement du mandat des représentants du personnel de deux à quatre ans aurait pu annihiler tout effet modérateur à ce plafond. Pourtant, la Cour de cassation reste ferme et a plafonné l'indemnité versée aux représentants du personnel irrégulièrement licenciés à trente mois de salaire[1793], annonçant la pérennité de la solution[1794]. Ce faisant, la Cour de cassation harmonise les plafonds et clarifie le régime juridique de la réparation du préjudice des salariés protégés, irrégulièrement licenciés. Les juges rendent prévisible la sanction de l'employeur, qui pourra planifier la violation du statut protecteur[1795] plutôt que de conforter sa logique de protection[1796].

Suivant la même logique, les juges plafonnent le montant de l'indemnité due en cas de rupture anticipée d'un contrat emploi consolidé[1797] d'une durée de soixante mois, l'indemnité est plafonnée aux douze mois de période initiale.

Ces plafonds, favorables aux employeurs, témoignent du pragmatisme des juges qui utilisent le plafond pour limiter la condamnation de l'employeur et sécuriser le prononcé de la sanction. Derrière leur utilisation, nulle référence au préjudice effectivement subi. Là encore, c'est la violation de la règle qui entraîne une réponse, une condamnation pécuniaire que l'économie commande de plafonner.

422. Dans leurs modalités, les plafonnements d'indemnisation prennent des formes variées. Individualisés, la limitation est calculée par victime ou par bien endommagé ou manquant[1798], indemnisant la victime à concurrence du plafond prévu. Dans cette limite, le juge apprécie le préjudice de la victime qui peut espérer une réparation intégrale si son préjudice n'est pas supérieur au plafond prévu. Globalisés, la limitation est calculée en

[1793] Pour les délégués du personnel : Cass. soc., 15 avril 2015, n° 13-24182 et 13-27211, préc. ; pour les conseillers prud'homaux : Cass. soc., 3 février 2016, n° 14-17000, *à paraître*, *JCP* S 2016.1165, note B. Gauriau.
[1794] La chambre sociale avait déjà plafonné le montant de l'indemnité due aux administrateurs de mutuelle dont le mandat peut aller jusqu'à six ans (Cass. soc., 1er juin 2010, n° 09-41507, *Bull. civ*. V, n° 123), celle des administrateurs salariés d'un organisme du régime général de la sécurité sociale dont le mandat est de quatre ans (Cass. soc., 22 juin 2004, n° 01-41780, *Bull. civ*. V, n° 179).
[1795] L. Milet, note sous Cass. soc., 15 avril 2015, *op. cit*., spéc. p. 22.
[1796] J.-M. Verdier, « La protection des représentants des salariés dans l'entreprise : une logique de statut », *Dr. soc.* 2001, p. 634.
[1797] Cass. soc., 28 septembre 2005, n° 03-46974, *Bull. civ*. V, n° 270, *D.* 2005, p. 2481.
[1798] Tel est le cas dans les contrats de transports, dans les contrats d'hôteliers.

fonction du nombre de personnes lésées[1799]. « *Plus leur nombre est élevé et plus décroît la probabilité d'une indemnisation intégrale* »[1800]. Vis-à-vis de ces derniers, la question de la répartition de la somme d'argent entre les victimes pose problème, car elle peut ne pas suffire à combler la réparation de tous les préjudices[1801].

423. Lorsque le préjudice réparable risque de ne pas être réparé, en raison d'un plafond trop modique, une des solutions pour pallier cet inconvénient consiste en la dérogation conventionnelle à ce plafond[1802]. Il est également tentant de vouloir l'écarter en raison du comportement de l'auteur du fait dommageable.

2) S'affranchir du plafond, une insécurité relative

424. S'il est certain « *qu'aucun des plafonnements imposés par la loi ne peut être abaissé conventionnellement au détriment des victimes* »[1803], la question se pose de savoir s'il est possible de les rehausser. Autrement dit, peut-on imaginer une clause par laquelle l'employeur serait contraint de verser plus que ce que la loi prévoit ?

Les Professeurs Viney et Jourdain expliquent que la possibilité de rehausser un plafond dépend du fondement de la limitation légale. Et s'agissant d'un plafonnement constituant la contrepartie d'une réparation automatique, leur validité de ne se heurte à aucun obstacle, « *encore que [ces clauses aggravantes] soient en pratique peu fréquentes* »[1804]. En droit du travail, l'hypothèse suppose que l'employeur consente à une clause par laquelle il s'engage à verser une indemnité supérieure à un mois de salaire en cas de non-respect de la procédure, hypothèse théorique qui ne trouve aucune application pratique.

425. Le plafond paraît, en revanche, susceptible d'être écarté. La faute dolosive de l'employeur permet au salarié d'exiger une réparation plus élevée que le plafond légal. La solution n'est pas spécifique au droit du travail. « *On sait que la tendance générale de la jurisprudence a consisté à admettre […] que les limitations, tant légales que conventionnelles, du droit à réparation sont en principe écartées en présence d'une faute*

[1799] V. not., le plafond prévu par la Convention de Londres du 19 novembre 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes ou la législation relative à la responsabilité de l'exploitant d'un réacteur ou d'un navire nucléaire.
[1800] Ph. Casson, « Dommages et intérêts », *Rép. Dalloz droit civil*, n° 162.
[1801] G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité, op. cit*., n° 314.
[1802] *Ibid.*
[1803] *Ibid*., n° 315.
[1804] *Ibid.*

« *dolosive* » *ou intentionnelle du responsable* »[1805]. L'exclusion du plafond prévu à l'article L. 1235-2 du Code du travail pourrait ainsi être envisagée en cas de faute dolosive de l'employeur. Elle pourrait s'assimiler au prononcé d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Nous savons qu'en cas de licenciement à la fois irrégulier et injustifié, l'irrégularité au fond absorbe l'irrégularité formelle[1806], autrement dit le salarié[1807] bénéficiera d'une indemnité ne pouvant être inférieure à six mois de salaire compensant pour partie le préjudice subi du fait de l'irrégularité de procédure. On peut y voir une exclusion du plafond au profit d'une réparation supérieure, telle qu'elle est constatée en droit civil. Dans cette hypothèse, le préjudice pourra être apprécié à part entière sans être limité par un plafond.

426. Le Code du travail prévoit ainsi des mesures qui encadrent l'évaluation du préjudice. La marge de manœuvre du juge est très limitée. Ils ont, en revanche, un peu plus de latitude, lorsque la mesure du préjudice n'est qu'indicative, car elle relève seulement d'un barème.

B. Le barème[1808], un indice pour l'évaluation de la réparation

427. Le barème d'évaluation « *consiste en un ensemble de règles préétablies permettant de déterminer la hauteur de la condamnation prononcée par les tribunaux* »[1809]. « *Échelle de mesure* »[1810], il permet d'établir la valeur du préjudice subi grâce à un calcul mathématique, général et impersonnel[1811]. Bien que la France ne dispose pas de barème officiel obligatoire au nom de la souveraineté des juges du fond, l'édiction

---

[1805] G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité, op. cit*., n° 316.

[1806] Cass. soc., 7 novembre 1990, n° 87-45419, *Bull. civ*. V, n° 524, *D.* 1990, p. 282 ; Cass. soc., 20 janvier 1998, n° 95-42441, *Bull. civ*. V, n° 18, *JCP* G 1998.I.1524 ; Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-43866, *Bull. civ*. V, n° 68, *D.* 2008, p. 925 ; *RDT* 2008, p. 308, obs. V. Bonnin.

[1807] Ayant une ancienneté de plus de deux ans dans une entreprise de plus de onze salariés.

[1808] La référence aux barèmes s'entend des barèmes d'indemnisation et non des barèmes médicaux, qui sont, selon la définition du Professeur Bacino des « *documents de référence donnant pour le maximum de situations cliniques standardisées des ordres de grandeur d'évaluation* », cité par O. Ciaudo, « Barèmes et expertise », *in L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels, actes du VII*[e] *colloque du CDSA, Aix-en-Provence du 29 et 30 novembre 2008*, éd. Les études hospitalières, Bordeaux, 2009, p. 151.

[1809] C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, op. cit.*, p. 305.

[1810] Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation, op. cit*., p. 113.

[1811] B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, op. cit*., p. 406 : « *la société ne saurait garantir des situations hors-série : le petit doigt d'un pianiste célèbre, les poings d'un champion de boxe, le bout du nez d'une vedette de l'écran, peuvent certes "valoir" de nombreux millions. Mais leur garantie ne saurait résulter que de l'assurance que doivent contracter ceux qui détiennent en eux-mêmes des risques de dommages démesurés* ».

d'un barème est souhaitée car elle « *permet de lutter contre l'arbitraire, celui d'un arbitrium juridictionnel désordonné, ou de règlements transactionnels déséquilibrés* »[1812]. Il est d'ailleurs désormais certain que les juges utilisent leurs propres référentiel indicatifs[1813].

428. Le droit de la protection sociale utilise déjà des barèmes, c'est notamment le cas lorsqu'à la suite d'un accident professionnel, le salarié, atteint d'une infirmité au caractère constant, est en état d'incapacité permanente[1814]. Après la date de consolidation, il aura droit à une invalidité en capital ou une rente d'accident du travail dont le « *montant est fonction du taux d'incapacité de la victime et déterminé par un barème forfaitaire* »[1815]. Il y a avec ce barème un cumul d'appréciation, l'une médicale, de la perte fonctionnelle, l'autre, forfaitaire, de ses répercussions professionnelles. Mais ce genre de barème se distingue de celui qui nous intéresse : celui qui ne correspond ni à une évaluation médicale, ni à un forfait. Le forfait s'impose au juge, le barème n'est censé que le renseigner. Le juge conserve son pouvoir d'appréciation mais dispose d'un outil qui le guide dans son évaluation. Il existe toutefois une méfiance à l'égard du barème impératif : le juge risque d'être tenu par le barème et finalement ce dernier deviendrait la référence unique, jouant alors le même rôle que le forfait et conduisant à une indemnisation identique et systématique d'un préjudice déterminé. Le barème n'est pas, par principe, forfaitaire. Il est créé pour pallier certaines difficultés à atteindre la réparation intégrale du préjudice[1816] ; il guide la réparation mais ne la commande pas. Critiquée en droit commun (1), l'instauration d'un barème au niveau de la phase de conciliation[1817] officialise son

---

[1812] Ph. Pierre, « La mise en œuvre de la réparation intégrale », *op. cit*., spéc. p. 55.

[1813] Ph. Le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit*., n° 2516 ; G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 2951 : « *les tribunaux se réfèrent, sans le dire, à des barèmes, ou référentiels et, pour éviter d'être démentis en appel, ils adoptent ceux qui ont été établis et sont appliqués par la cour d'appel dont ils relèvent. Ainsi ce sont constitués, au moins pour l'indemnisation des préjudices non économiques, des jurisprudences régionales que la Cour de cassation n'a pas cherché à unifier, ce qui a créé une réelle inégalité entre justiciables et une insécurité supplémentaire liée au caractère elliptique des motifs invoqués à l'appui des évaluations* ».
Les barèmes ainsi utilisés par les juges souffrent de disparités d'une juridiction à une autre, liée, entre autres raisons, « *à l'absence de définition homogène* » des différents postes de préjudice corporel, R. Beauvois, interrogé par le groupe de travail Dintilhac, *Rapport Dintilhac*, annexe II (document n° 2.2).

[1814] V. Dang-Vu, *L'indemnisation du préjudice corporel – Les accidents du travail et les maladies professionnelles*, 3e éd., L'Harmattan, Paris, 2010, p. 81 : « *L'incapacité permanente se définit ici comme une réduction définitive de la capacité de travail de la victime, et donc, de la capacité de gain de la victime, lorsque son état est consolidé* ».

[1815] Art. L. 434-1 C. SS.

[1816] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation, op. cit*., p. 363, l'auteur envisage les préjudices extrapatrimoniaux, « *par hypothèse intraduisibles en unités monétaires* », pour lequel le barème viendrait compenser la perte de sens du principe de réparation intégrale.

[1817] Art. L. 1235-1 C. trav.

existence en droit du travail. Le droit du travail serait-il la terre d'élection du barème en droit de la réparation (2) ?

1) La pratique controversée des barèmes

429. « *Il est une affirmation que l'on trouve fréquemment dans les études consacrées à la réparation du préjudice, qui peut se résumer de la manière suivante : il existe de profondes disparités quant à l'estimation des indemnités accordées aux victimes* »[1818]. La disparité des montants attribués aux victimes, en fonction des Cours d'appel[1819] est en effet difficilement acceptable, et inciterait à la reconnaissance des barèmes[1820]. Elle permettrait en effet d'harmoniser la jurisprudence, et d'apaiser l'esprit public[1821]. Les barèmes légaux, qui contraignent le juge à utiliser les mêmes critères d'évaluation (tel préjudice, telle quantification), les barèmes judiciaires, par lesquels les décisions antérieures des juges permettent d'évaluer les préjudices à venir en indiquant les sommes déjà accordées, et les barèmes mathématiques, offrent une même indemnisation pour un préjudice identique. Mais ces références assurent-elles une réparation intégrale du préjudice ? Le préjudice n'est ni un standard (b), ni un symbole (a). L'alternative que représente le barème à l'évaluation souveraine n'emporte pas la conviction dans un système de droit attaché au principe de la réparation intégrale (c).

[1818] C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, *op. cit*., p. 310.

[1819] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation, op. cit*. p. 363: « *Le besoin d'une certaine constance jurisprudentielle est ressenti par le débiteur de la réparation soucieux de déterminer la portée de ses engagements, mais la victime l'éprouve avec la même intensité, car elle souhaite être informée des bases sur lesquelles elle sera éventuellement indemnisée, afin de décider en toute connaissance de cause de l'opportunité d'un procès. Il semblerait d'ailleurs qu'une uniformité plus grande réduirait une des causes fondamentales de la litigation et des manœuvres qui l'accompagnent parfois, car lorsque l'évaluation peut aisément varier du simple au triple, chaque partie est tentée de jouer sa chance et parfois même s'efforce de faire venir l'affaire devant tel magistrat plutôt que tel autre* ».

[1820] Un des barèmes les plus connus date de 1939, il s'agit de la règle dite de Balthazar. Un Professeur de médecine légale, Balthazar, inventa une règle relative au calcul des infirmités multiples permettant d'obtenir un pourcentage d'invalidité toujours inférieur à 100 %, mais néanmoins proportionnel au nombre et à la gravité des infirmités en cause. Cette règle ne dispose que d'une valeur indicative et demeure facultative, mais les juges ne sanctionnent pas son utilisation par les juges du fond : V., not., Cass. civ., 2ème, 21 décembre 2006, n° 04-13567, *Bull. civ*. II, n° 357.

[1821] « *C'est un apaisement à l'esprit public, enclin à confondre une bonne justice avec la similitude des sentences, et à s'indigner quand il compare les indemnités manifestement inégales que deux invalidités apparemment semblables pourraient valoir à deux victimes différentes* », J. Savatier note sous Cass. crim., 3 novembre 1955, *D*. 1956, jur., p. 558.

a) Le préjudice symbolique

430. À ceux qui souhaitent rénover la fonction dissuasive de la responsabilité civile, la réparation intégrale dévoile un obstacle : aucune réparation n'est censée être prononcée au-delà, ni en deçà du préjudice réparable ; impossible donc de prononcer des dommages-intérêts symboliques.

431. Fréquents en *common law*[1822], les dommages-intérêts symboliques contredisent le principe de réparation intégrale : soit le préjudice est évaluable à 1€ et le principe de la réparation intégrale est sauvegardé, ou alors il n'est pas évaluable à 1€ et indéniablement, les juges s'écartent du principe de la réparation intégrale. Même si la faible valeur pécuniaire n'enlève pas la valeur de la condamnation, car « *au-delà de l'indemnisation des préjudices subis, le procès en responsabilité a pour vertu, en amont, de reconnaître chacun dans son rôle, de restituer publiquement sa parole à chacun, de rendre compte du trouble subi en imposant à l'auteur véritable du fait dommageable de rendre des comptes à la personne qui en a été victime et, plus largement, à l'égard de la société* »[1823], ces dommages-intérêts peuvent atteindre le préjudice lorsqu'ils sont prononcés de façon « *arbitraire* »[1824] par les juges du fond. Excepté les hypothèses dans lesquelles la partie demande une indemnité symbolique[1825], en prononçant seulement des dommages-intérêts symboliques, les juges laissent sans réparation une part du préjudice réparable.

Les atteintes aux droits de la personnalité le vérifient, mais c'est aussi en droit du travail que l'hypothèse se retrouve lorsque « *les juges prononcent souvent, en particulier contre les syndicats, des condamnations purement symboliques qui ont une valeur principalement morale* »[1826]. La reconnaissance du préjudice réparable ne suffit donc pas à ce qu'il soit réparé intégralement. Le « *malaise de la réparation intégrale* »[1827] transforme ainsi le préjudice, réparable en apparence, non réparé en réalité.

432. Cette première difficulté permet de mettre en avant la difficulté à évaluer le préjudice pour en apprécier toute l'étendue mais ne défend que très partiellement

---

[1822] G. Viney et B. Markesinis, *La réparation du dommage corporel – Essai de comparaison des droits anglais et français*, Economica, Paris, 1985, p. 57.
[1823] L. Cadiet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit*., p. 510.
[1824] L'expression est celle du Professeur Viney à propos du préjudice écologique, V. G. Viney, « Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français », *JCP* G 1996.I.3900.
[1825] Puisque le juge ne statue pas *ultra petita*, art. 4 et 5 CPC.
[1826] G. Viney, « Responsabilité civile et relations collectives », *Dr. soc.* 1988, p. 421.
[1827] C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, *op. cit*., p. 319.

l'insertion de barèmes. En revanche, la critique adressée à la disparité des condamnations se révèle plus encline à l'admission du barème.

b) Le préjudice, impossible standard

433. Le préjudice est réparable à la condition d'être personnel, à la condition d'avoir été effectivement subi par la victime. C'est donc, précisément, la victime qui détermine le préjudice réparable. « *Il est facile d'ironiser sur le principe de la "réparation intégrale" de l'amputé, du paraplégique ou du traumatisé crânien* »[1828], mais toutes les demandes en réparation nécessitent une évaluation *in concreto,* parce que tous les préjudices ne se présentent pas de façon identique, dépendants des circonstances de faits propres à chaque espèce. « *La nécessité d'épouser les réalités, qui dérive du principe de la réparation intégrale, revient ultimement à devoir consacrer de nécessaires inégalités* »[1829].

434. Pourtant, le barème séduit. Il est notamment appelé à servir pour l'appréciation des souffrances physiques et morales pour lesquels « *le principe de réparation intégrale apparaît même dénué de toute signification* »[1830]. En effet, « *prétendre qu'on les répare par le paiement d'une somme d'argent est déjà inexact, mais affirmer que la réparation doit être mesurée à l'ampleur réelle du préjudice est […] vide de sens. De tels préjudices sont à proprement parler inquantifiables en monnaie et se dérobent à toute évaluation concrète* ». Le barème apparaît alors comme la solution la plus appropriée. Sa mise en place faciliterait donc la tâche du juge, qui n'aurait plus qu'à constater la nature du préjudice subi pour lui appliquer la somme correspondante.

435. Mais, « *la barèmisation n'est pas juste. L'impératif de réparation est nécessairement un impératif de justice. La barèmisation et les référentiels ne peuvent que dépersonnaliser totalement les victimes. Chaque être humain est unique et c'est pour cette raison qu'il n'existe pas d'un individu à un autre d'identité de lésion, de séquelle, de handicap et de préjudice. Il convient de rester dans la singularité de la situation de chacune des victimes* »[1831]. Le dommage identique ne donne pas naissance à un préjudice identique. La « barèmisation » aurait tendance à universaliser le préjudice, là, où seul le

[1828] Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation, op. cit.*, p. 22.
[1829] J.-B. Prévost, « Justice de la justesse, À propos de la réparation du dommage corporel », *in Réparation du dommage corporel, Gaz. Pal.*, 30 et 31 janvier 2009, p. 6.
[1830] G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 152.
[1831] C. Lienhard, « L'avenir du droit à réparation », *in La réparation du dommage corporel : le juste prix*, Paris 23 novembre 2006, CNB, *Gaz. Pal.*, 11 et 12 février 2007, p. 52.

dommage peut l'être. Solution de facilité, « *se refuser à estimer [un préjudice] parce qu'il est difficile à évaluer, c'est un déni de justice* »[1832].

436. Ces deux obstacles au principe de la réparation intégrale permettent de soutenir l'idée selon laquelle l'évaluation de certains préjudices « *ne relève pas d'une science exacte et précise, il paraît [donc] souhaitable de fixer certaines règles ou certains points de repère, pour réduire l'influence de la subjectivité des magistrats* »[1833]. Pour autant, ces arguments sont-ils suffisants pour instaurer les barèmes sans prendre le risque d'atteindre la réparation intégrale du préjudice ?

c) Le recours au barème encore fragile

437. Les arguments à l'encontre d'une admission des barèmes résonnent avec insistance pour convaincre de l'impérieux besoin de recourir au barème. L'évaluation du montant des dommages-intérêts « *ne peut être systématisée parce qu'elle est particulièrement tributaire de circonstances de fait propres à chaque espèce et des demandes* »[1834]. En contradiction avec les articles 5[1835] et 1240[1836] du Code civil, les barèmes impératifs ne sauraient s'imposer en droit français, la Cour de cassation y veille. Elle décide en effet que « *les juges du fond ne sauraient se référer, dans une espèce déterminée, à des règles établies à l'avance pour justifier leurs décisions* »[1837].

Il semble pourtant que l'appréciation des juges devrait donc conduire à une homogénéité, par la compilation de la jurisprudence, plutôt que par l'instauration de barèmes préétablis. « *Dès l'instant où le préjudice réparable est constaté et que les juges du fond sont dans l'obligation de le réparer intégralement, quel que soit le degré de la juridiction qui se prononce, le montant de la réparation devrait être quasiment identique* »[1838]. On

[1832] A. Toulemon et J. Moore, *Le préjudice corporel et moral en droit commun*, 3e éd., Sirey, 1968, n° 118.
[1833] N. Dejan de la Bâtie, *Appréciation* in abstracto *et appréciation* in concreto *en droit civil français*, LGDJ, Paris, 1965, p. 289.
[1834] F. Pollaud-Dulian, « Le droit moral en France », *in Le droit moral de l'auteur*, Congrès d'Anvers (19-24 septembre 1993), Association Littéraire et Artistique Internationale, 1993, p. 146.
[1835] A. Sériaux, « Le juge au miroir de l'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », *in Mélanges C. Mouly*, Litec, Paris, 1998, p. 171 : « *Les juges doivent statuer pour le seul cas qui leur est soumis* », prohibant ainsi les grilles d'évaluation.
[1836] (Anc. art. 1382 C. civ.), sur la contradiction avec le barème, V. Y. Lambert-Faivre, « Le dommage corporel entre l'être et l'avoir », *Resp. civ. et assur.*, 1997, chron., n° 31.
[1837] Cass. crim., 4 février 1970, n° 68-93464, *Bull. crim.* n° 49, *D.* 1970, jur., p. 333 ; *Gaz. Pal.* 1970, I, p. 285 : dans cet arrêt, la Cour de cassation condamne toute référence à un seuil arbitraire d'incapacité permettant d'attribuer ou non l'octroi du paiement d'une tierce personne.
[1838] C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, *op. cit.*, p. 313.

retrouve, à travers cette « auto-gestion », la proposition du rapport Lambert-Faivre[1839]. Ce rapport propose de publier le montant moyen des sommes attribuées par poste de préjudices[1840]. Un tel référencement, différent du barème, contribuerait à la disparition progressive des disparités de traitement entre les victimes[1841].

438. Le débat[1842] porte essentiellement sur le chiffrage des postes de préjudices découlant du dommage corporel, mais les répercussions de ce débat peuvent atteindre l'ensemble du droit de la réparation. Il existe déjà différents référentiels, forgés par les juges eux-mêmes. Le principal, désigné par le nom de son créateur, le Conseiller Mornet, est utilisé par vingt-quatre Cours d'appel[1843]. Bien que l'auteur reconnaisse que « *chaque victime présente un cas particulier qui est fonction notamment de sa profession, de son âge, de l'incidence des faits sur ses revenus, etc. Il est cependant utile d'avoir des références jurisprudentielles destinées à aider tant les magistrats que les victimes et leurs conseils et les assureurs* »[1844]. L'accueil semble donc favorable pour ces référentiels, sans que la consécration législative ne soit d'actualité[1845]. L'adoption d'un référentiel légal demeure donc en suspens, alors qu'il ne fait plus aucun doute que « *toute juridiction, tout juge a en effet nécessairement, pour chaque chef de préjudice, une échelle des valeurs*

[1839] Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel, sous la présidence du Professeur Y. Lambert-Faivre, *op. cit.*

[1840] L'idée se retrouve dans le rapport de S. Guichard, *65 propositions au service de l'« ambition raisonnée d'une justice apaisée »*, du 30 juin 2008, consultable sur le site du ministère de la justice : http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/archives-des-discours-de-2008-10720/les-65-propositions-de-la-commission-guinchard-15511.html

[1841] B. Mornet, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel », *Gaz. Pal.*, 2 et 3 juin 2010, p. 8

[1842] Table ronde sur l'unification des outils de l'indemnisation, Colloque *La réparation du dommage corporel à l'épreuve de l'unification des pratiques*, *Gaz. Pal.* 24 décembre 2011 n° 358, p. 31.

[1843] B. Mornet, « L'indemnisation des préjudices en cas de blessures ou de décès », document interne à destination des Cours d'appel, consultable notamment depuis le site https://www.avocats-toulouse.com/wp-content/uploads/2015/10/Referentiel-Mornet-2015.pdf : « *Ce document n'est pas un ouvrage qui traite de l'ensemble des difficultés juridiques relatives à la réparation du dommage corporel. Il propose seulement une aide méthodologique et des références d'indemnisation aux praticiens (magistrats et avocats) confrontés à cette question. […]. Ce document a en outre pour objet de proposer certaines références d'indemnisation figurant dans le Référentiel inter cour partagé par 24 cours d'appel*».

[1844] *Ibid.* (Document Mornet).

[1845] V. par exemple la proposition de loi relative à l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation adoptée en première lecture le 16 février 2010 par l'Assemblée Nationale, texte adopté n° 419 : http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/ta/ta0419.pdf ; Article 56 de la loi n° 2011-940 du 10 août 2011 portant réforme de l'hôpital, censuré par le Conseil constitutionnel : Cons. const., n° 2011-640 DC, 4 août 2011 : « *Considérant que les articles 14, 54, 56, 57 et 58, qui n'ont pas de lien, même indirect, avec la proposition de loi initiale, ont été adoptés selon une procédure contraire à la Constitution ; que, dès lors, ces articles doivent être déclarés contraires à celle-ci* ».

d'indemnisation, pour garantir une gradation cohérente des dommages et intérêts octroyés, quitte bien entendu à l'adopter au cas qui lui est soumis »[1846].

Eu égard au principe de réparation intégrale, il tend, à l'instar du barème, à passer du particulier au général. Et même en considérant ce référentiel comme indicatif, il y a le risque de voir les juges s'y référer au point d'aboutir à une uniformisation des indemnités allouées. Une indemnité uniforme épousera-t-elle les contours de l'entier préjudice réparable ?

439. La question semble désormais pouvoir être posée à l'aune d'une référence légale, puisque le Code du travail dispose expressément d'un barème[1847]. Pour la première fois, il est question, en droit français, d'instaurer un barème hors de l'évaluation médicale du dommage corporel.

2) Vers une reconnaissance officielle

440. Le barème possède une assise légale en droit du travail, il est, en effet, introduit dans le cadre de la phase de conciliation. Ainsi instauré en 2013[1848], la faveur à l'égard du barème a été relancée par la loi *Macron*[1849] qui prévoyait la création d'un barème plafonnant l'indemnisation du licenciement dans la phase de jugement du procès prud'homal, puis par le projet de loi *El Khomri*[1850]. Faut-il penser que le législateur entend faire du barème un outil impératif de réparation en droit du travail ?

441. Le barème, instrument de visibilité, permet de guider le calcul du montant du forfait versé au salarié[1851]. Mais, « *une chose est d'admettre qu'officieusement les juges du fond se réfèrent parfois à la jurisprudence antérieure ou à des grilles d'évaluations*

[1846] A. Bascoulergue, B. Cagnon, O. Gout, B. Ménard, S. Porchy-Simon, « Étude de jurisprudence chiffrée sur l'évaluation des chefs de préjudices nés du dommage corporel, Cour d'appel de Lyon, juin 2011 – mai 2012 », http://bacaly.univ-lyon3.fr/.

[1847] Art. L. 1235-1 et D. 1235-21 C. trav.

[1848] L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi, préc. ; D. n° 2013-721 du 2 août 2013, *JO* n° 0182 du 7 août 2013, p. 13498.

[1849] L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite *Loi Macron*, *JO* n° 0181 du 7 août 2015, p. 13537.

[1850] Art. 30 du Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, dans sa version présentée au Conseil des ministres le 9 mars 2016. Si le texte prévoyait, initialement, un barème impératif, le Gouvernement a fait le choix « *d'en rester à un barème indicatif dans la loi, qui sera une aide pour les juges prud'homaux – mais pas un carcan* », en raison des « *très fortes incompréhensions* » suscitées par la mesure, *JCP* S 2016.114 ; *RDT* 2016, p. 128. Le dispositif a finalement disparu du projet, V. le texte présenté le 24 mars 2016 à l'Ass. Nat.

[1851] Sur ce point, V. D. Boulmier, « Faciliter la conciliation prud'homale… mais pour qui ? », *Dr. soc.* 2013, p. 837.

préétablies, il en est une autre de les lier définitivement et impérativement par de tels outils et de leur ôter toute faculté d'appréciation in concreto »[1852]. C'est en effet non pas un barème impératif que connaît le Code du travail, mais un référentiel indicatif. L'article L. 1235-1 du Code du travail, dispose en effet, qu'après proposition par l'employeur, le salarié ou le juge à l'occasion de la conciliation devant le conseil de prud'hommes, un accord mettant fin au conflit peut être assorti d'une indemnité forfaitaire « *dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret*[1853] *en fonction de l'ancienneté du salarié* »[1854]. Bien que les parties puissent s'accorder sur des montants d'indemnisation plus élevé[1855], la légitimité et l'utilité de ce nouvel instrument ont suscité l'attention de la doctrine[1856]. Ce dispositif laisse en effet « *amers les salariés et ceux qui les défendent quotidiennement : quelques rapides calculs fondés sur l'expérience conduisent à la conclusion que, dans divers cas de figure, le salarié, notamment s'il est âgé et possède une certaine ancienneté, sera perdant* »[1857]. Après une adoption critiquée (a), il appartient à ce « barème »[1858] de confirmer son efficacité (b).

a) Une adoption critiquée

442. Une des critiques à l'égard du barème d'indemnités prévu en phase de conciliation est dirigée contre son unique critère, l'ancienneté du salarié. Aucune allusion n'est faite à son âge ou aux circonstances de la rupture, seule l'ancienneté du salarié compte pour déterminer le montant de sa réparation. Or, « *même si cela aurait peut-être été source de complexité en pratique, il nous semble que le critère de l'âge aurait dû être pris en compte. C'est incontestablement celui que les salariés mettent d'abord en avant, sans aucun doute parce qu'il est aujourd'hui l'un des plus discriminants à l'occasion de leur*

[1852] C. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé, op. cit*, p. 346.
[1853] Art. D. 1235-21 C. trav :
• pour une ancienneté inférieure à 2 ans : 2 mois de salaire,
• entre 2 ans et moins de 8 ans d'ancienneté : 4 mois de salaire,
• entre 8 ans et moins de 15 ans d'ancienneté : 8 mois de salaire,
• entre 15 ans et 25 ans d'ancienneté : 10 mois de salaire,
• pour une ancienneté supérieure à 25 ans : 14 mois de salaire.
[1854] Art. L. 1235-1 C. trav.
[1855] Art. D. 1235-21 C. trav. (créé par le décret n° 2013-721 du 2 août 2013, *JO* 7 août 2013).
[1856] D. Boulmier, « Faciliter la conciliation prud'homale… mais pour qui ? », *op. cit.* ; A. Bugada, « Conciliation(s), prescription(s) et plus encore… », *JCP* S 2013.1290 ; R. Chiss, « Les accords d'extinction du procès, point de vue », *JCP* S 2014.1192 ; B. Gauriau, « Les accords d'extinction du procès », *JCP* S 2014.1191.
[1857] B. Gauriau, « Les accords d'extinction du procès », *op. cit.*, n° 5.
[1858] Barème au sens de la loi, mais simple référentiel eu égard à son caractère indicatif.

réinsertion professionnelle »[1859]. On voit là l'argument selon lequel le barème ne permet pas de saisir la réalité du préjudice subi mais automatise une réponse à un préjudice que l'on banalise. Évidemment, comme le souligne le Professeur Gauriau, à l'appui des débats parlementaires[1860], c'est parce que « *la conciliation permet de ne pas ouvrir le dossier, qu'à cette occasion les parties peuvent parvenir à un accord sans entrer dans le détail du dossier et [que] le seul critère de l'ancienneté peut dès lors suffire à expliquer la référence à un barème. [En revanche,] si la procédure dépasse le stade de la conciliation, si le dossier du salarié est pris en considération, il conviendra d'entrer dans le détail des pièces pour non pas simplement concilier mais bel et bien juger* »[1861]. Au stade du jugement, le respect du principe de la réparation intégrale « *suggère d'établir des barèmes aux critères multiples, rendant ainsi possibles des solutions individualisées. Moins il y a de critères, plus l'indemnisation s'éloigne de sa fonction de réparation. […] Se contenter du seul critère de l'ancienneté revient à méconnaître l'équilibre entre standardisation et évaluation individualisée préconisée par la Cour de cassation, quand bien même les barèmes proposés seraient inspirés d'une étude empirique des dommages et intérêts effectivement attribués* »[1862].

443. C'est ensuite le montant du barème qui interroge. « *Les simulations chiffrées des uns et des autres* »[1863] laissent sous-entendre que les sommes octroyées ne suffiraient pas à réparer l'intégralité du préjudice. Ce barème est-il donc un minimum ? Obligatoire ? Et donc susceptible d'être insuffisant. Les questions ne se posent plus, puisque le barème est posé pour que l'on s'y réfère, sans contrainte, il n'a qu'une valeur indicative. Le député Jean-Marc Germain[1864] l'a précisé : « *le barème mentionné revêt un caractère indicatif, ni les parties ni le bureau de conciliation n'étant tenus de le proposer. Un accord pourra ainsi être trouvé, le cas échéant, en dehors des stipulations du barème* ». Le ministre poursuivait encore : « *le barème n'est pas utilisé comme un outil contraignant pour le juge. […]Le salarié peut refuser le barème et faire valoir ses arguments* »[1865]. Il ressort donc clairement de ces propos que ni les parties, ni le conseil de prud'hommes ne sont

[1859] R. Chiss, « Les accords d'extinction du procès, point de vue », *op. cit.*, n° 8.
[1860] Débats parlementaires, AN, 3ème séance du 8 avril 2013, Dossiers législatifs, Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.
[1861] B. Gauriau, « Les accords d'extinction du procès », *op. cit.*, n° 15.
[1862] G. Bargain et T. Sachs, « La tentation du barème », *RDT* 2016, p. 251.
[1863] B. Gauriau, « Les accords d'extinction du procès », *op. cit.*, n° 16.
[1864] Rapport n° 847, Documents préparatoires, 27 mars 2013, Dossiers législatifs, Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.
[1865] Débats parlementaires, AN, 2ème séance du 8 avril 2013, Dossiers législatifs, Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

tenus par ce barème. Si personne n'est ainsi tenu par ce barème, qui l'appliquerait dès lors que son résultat ne satisfait pas la réparation intégrale du préjudice ? Cette liberté d'application laisse à penser que les parties pourront donc concilier en dehors du barème[1866]. Bien que non obligatoire, le barème pourrait devenir la référence pour les juges, et amplifier par un « *effet de contamination* » un mouvement en faveur d'une tarification forfaitisée de l'indemnisation du licenciement[1867].

444. L'admission du barème a enfin été critiquée pour sa contrariété avec l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT. Cette disposition prévoit que les juges puissent, en cas de licenciement injustifié, « *ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée* »[1868]. Or, « *le barème limite le pouvoir d'évaluation du préjudice subi dévolu au juge. Le préjudice ne dépendant d'ailleurs pas uniquement de l'ancienneté du salarié* »[1869]. Le risque de ne pas être « approprié » demeure important et ne peut être occulté.

445. Face à ces critiques, la pratique du barème ne paraît pas être « *promis à un bel avenir* »[1870]. Pourtant, la question d'une admission en phase de jugement continue d'animer le gouvernement.

b) Une pratique à confirmer

446. Si « *la création d'un barème répond à un souci d'anticipation du coût*[1871] *d'un éventuel contentieux qui est parfaitement légitime de la part d'un employeur* »[1872], elle n'assure pas nécessairement la réparation intégrale du préjudice. Le barème peut, sans doute, être utile dans les litiges à enjeux limités, là où il pourra correspondre à l'entier

---

[1866] Maître Chiss se demande à cet égard si les parties pourront bénéficier des avantages fiscaux et sociaux prévus dans le cadre du nouveau dispositif : « *Autrement dit, l'indemnité versée sera-t-elle quand même totalement exonérées de l'impôt sur le revenu et de cotisations sociales (dès lors que le montant, cumulé avec le montant de l'indemnité de licenciement, ne dépasse pas deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale* », R. Chiss, « Les accords d'extinction du procès, point de vue », *op. cit.*, n° 8.

[1867] M. Dolez, député, Débats parlementaires, AN, 2ème séance du 8 avril 2013, Dossiers législatifs, Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. Il précise qu'une telle tarification forfaitisée « tellement » souhaitée par les employeurs leur permettra de prévoir le risque contentieux.

[1868] Conv. OIT n° 158, art. 10. V. not., P. Joxe, *Soif de justice, Au secours des juridictions sociales*, Fayard, Paris, 2014, p. 115 et s.

[1869] J. Desessard, sénateur, Débats parlementaires, Sénat, Séance du 20 avril 2013, Dossiers législatifs, Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

[1870] R. Chiss, « Les accords d'extinction du procès, point de vue », *op. cit.*, n° 9.

[1871] Sur la prise en compte de l'analyse économique de la relation de travail illustrée selon certains par ce barème, V. J. Icard, « Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. Compromis historique ou énième concession à l'économicisme ? », *Cah. soc*. 2013, p. 280.

[1872] B. Gauriau, « Les accords d'extinction du procès », *op. cit.*, n° 5.

préjudice. En revanche, pour d'autres préjudices, la correspondance risque d'être plus difficile à atteindre et ne laisse que peu d'espoir quant au succès du dispositif, d'autant plus qu'il ne dispose finalement que d'une force contraignante minime.

Donner une force supplémentaire à ce barème indicatif peut sans doute passer par sa contractualisation. Les parties pourraient, à travers le contrat de travail, « *envisager un engagement par lequel, en cas d'accord des parties pour concilier dans le cadre de la procédure judiciaire (c'est-à-dire devant le bureau de conciliation), le montant de l'indemnité serait égal à celui prévu par le barème du Code du travail* »[1873]. Il y a là l'idée d'une clause qui règle le sort de l'indemnisation, à l'instar de la clause pénale[1874], et qui poursuit un objectif de sécurisation des parties, à l'image de la loi introduisant ce barème dans le panorama travailliste. Il faudra alors veiller à ce que cette clause ne conduise pas le salarié à renoncer par avance à ses droits[1875].

447. Au-delà de ce barème indicatif, l'introduction d'un « référentiel indicatif » au niveau de la phase de jugement, cette fois, confirme la volonté de normaliser l'évaluation du préjudice. Ce référentiel « *fixe le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles* »[1876]. Bien que ce référentiel ne soit qu'indicatif, il s'inscrit comme un pas supplémentaire en faveur du barème. D'abord, en utilisant la formule le barème « *fixe* », le législateur utilise un terme « *dissonant* »[1877] au regard du caractère indicatif. Ensuite, si les parties sont d'accord, l'indemnité sera fixée au regard de ce « seul » référentiel. Tout tend à faire du référentiel l'outil d'évaluation du préjudice. Il faut toutefois souligner le risque « *de justice expéditive, sous couvert d'accord des parties* »[1878], or, s'assurer que tout le préjudice réparable est bien réparé est l'un des enjeux de l'utilisation de ces barèmes. Il est précisé que le juge n'applique ce barème qu'après avoir « *justifié le montant des indemnités qu'il octroie* »[1879]. Il leur faudra donc justifier avec précision les différents postes de préjudices soufferts par la victime et constater si le barème est, pour

[1873] B. Gauriau, « Les accords d'extinction du procès », *op. cit.*, n° 5.
[1874] Mais bien différente d'une clause compromissoire, interdite dans le contrat de travail, V. not., Cass. soc., 5 décembre 2012, n° 11-20004, *Bull. civ.* V, n° 326, *D.* 2012, p. 2969 ; *RDT* 2013, p. 124, note E. Serverin.
[1875] Les droits qu'il acquiert au titre des règles légales du licenciement : art. L. 1231-4 C. trav.
[1876] Art. 258 de la loi *Macron*, préc., repris à l'article L. 1235-1 alinéas 5, 6 et 7.
[1877] A. Bugada, « La procédure prud'homale revue par la loi *Macron* », *Cah. soc.* octobre 2015, p. 534.
[1878] *Ibid*., p. 535.
[1879] Art. L. 1235-1 al. 4 C. trav.

eux, suffisant. Justifier ainsi des postes de préjudices subis par la victime passe par un inventaire suffisamment précis des préjudices subis lors d'un licenciement abusif. Or, si un tel inventaire existe déjà en matière de dommage corporel[1880], prend forme en droit de l'environnement[1881], pour l'heure, ce recensement n'existe pas pour la perte d'emploi. La référence à un barème obligatoire exige pourtant que la liste des préjudices découlant du dommage qu'est la perte d'emploi existe, de façon à apprécier, avec précision, la concordance entre les préjudices subis et le barème. À défaut, le barème effacerait une part du préjudice réparable, sans par ailleurs, assurer une entière réparation.

448. La question du barème a encore été relancée par le gouvernement, s'agissant de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le barème ainsi proposé dans la loi *Macron*[1882] devait remplacer le plancher des six mois de salaire de l'article L. 1235-5 du Code du travail. À défaut de présenter des liens suffisants avec le préjudice subi, les critères retenus (ancienneté et taille de l'entreprise) n'ont pas suffi à rendre le dispositif constitutionnel[1883]. Cependant, la décision du Conseil constitutionnel n'exclut pas la possibilité d'introduire un barème, il lui faudra seulement être fondé sur des critères « *en lien avec le préjudice* ». Quels peuvent être ces critères ? « *Le Conseil constitutionnel souffle que l'ancienneté en est un. Mais chacun sait que le préjudice du salarié licencié injustement ne se mesure que très imparfaitement à l'ancienneté. L'âge du salarié, sa fragilité, sa situation de famille sont, pour qui connaît les contentieux, des éléments très heureusement pris en compte par les juges. Malheur pourtant à ces éléments ! Ces éléments ne peuvent guère se muer en critères prévus dans la loi, car ils l'exposeraient*

[1880] Le rapport Lambert-Faivre devait en effet répondre à deux objectifs assignés par le ministère de la Justice, d'une part, proposer une nomenclature cohérente, à travers « *une définition claire des différents postes de préjudice, en distinguant précisément les préjudices strictement personnels et les préjudices économiques sur lesquels sont exercés les recours des organismes sociaux* », et, d'autre part, « *proposer une harmonisation des indemnisations accordées aux victimes par l'élaboration d'un barème indicatif national conçu comme un instrument de référence à la disposition des intervenants en matière d'indemnisation* », Y. Lambert-Faivre, *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*, *op. cit.*, p. 3.
De la même façon, il a été établi un projet de rapport du Parlement européen du 27 août 2003 contenant des recommandations à la Commission sur un guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique, ainsi qu'un guide barème européen en date du 25 mai 2003.
Le barème prend donc son essor en ce qui concerne le dommage corporel et n'est pensé qu'à travers une nomenclature précise des différents postes de préjudices. « *Charnière indispensable entre l'évaluation médicale du dommage corporel et l'évaluation "économique" de la réparation des différents postes de préjudice, préalable nécessaire à l'établissement de ce qu'il a qualifié, à dessein, non de barèmes mais plutôt de référentiels d'indemnisation (référentiels médical et financier)* » (*Rapport Dintilhac*, annexe II (documents n° 2.3 et 2.4).

[1881] L. Neyret et G. J. Martin (sous la dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, Paris, 2012.

[1882] Art. 266, projet de loi *Macron*, préc., dans sa version adoptée le 9 juillet 2015.

[1883] Cons. const., n° 2015-715 DC, 5 août 2015, préc.

alors à une rude contestation au nom de l'interdiction des discriminations. Et surtout, ils ne se prêtent pas à une quantification requise pour un calcul de plafond »[1884].

449. Malgré cette question restée sans réponse, l'offensive continue à travers le projet de loi *El Khomri*[1885]. Le barème devait permettre « *de rassurer le patronat et de relancer les embauches* »[1886]. Prenant acte des critiques du Conseil constitutionnel, le projet de barème devait être fixé selon l'ancienneté du salarié. Cet outil offrait ainsi « *le moyen de prévoir les incidences financières de leurs actes, en l'occurrence d'actes d'un type particulier, des actes qui risquent d'être jugés non conformes à la loi. Le barème obligatoire d'indemnisation ouvre ainsi la voie à des calculs. […] Il [rendait] en effet possible un calcul de ce que coûte une illégalité et [incitait], donc, à la commettre, si selon un raisonnement courant, ce coût est moins important que l'inconvénient créé par le respect de la légalité* »[1887]. Le gouvernement a finalement retiré la mesure du projet de loi, mais l'offensive a continué : le Sénat a réintroduit la mesure dan le projet de loi[1888]. Moins qu'un barème, il s'agit de plafonner les indemnités en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise.

450. En attendant la suite de cette « saga législative »[1889], une conclusion s'impose : le pouvoir politique est attaché au projet d'instaurer un barème indicatif ou même de plafonner les indemnités. La volonté de sécuriser la condamnation de l'employeur témoigne d'une évolution du droit de la réparation. Ce droit n'est plus exclusivement dirigé vers la créance de réparation mais permet aussi d'anticiper la dette de réparation.

Les outils qui viennent ainsi « aider » le juge dans sa mission d'évaluation entrainent donc dans leur sillon le risque de ne pas réparer tout le préjudice. Ces outils – le plafond et le barème – ne sont finalement pas à la destination exclusive du juge mais servent d'autres intérêts. Ce ne sont pas les seuls. Ainsi, sous couvert d'assurer une réparation automatique, le forfait d'indemnisation ne correspond plus toujours à la réalité du préjudice.

[1884] A. Lyon-Caen, « Plafond », *RDT* 2015, p. 489.
[1885] Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, dans sa version présentée au Conseil des ministres le 9 mars 2016.
[1886] M. El Khomri, interwiew du 12 janvier 2016, Europe 1.
[1887] A. Lyon-Caen, « Complexité du barème », *RDT* 2016, p. 65.
[1888] Art. 30 bis A Projet de loi de modernisation du droit du travail, tel qu'adopté par le Sénat le 28 juin 2016.
[1889] Un amendement a été proposée par M. Sirugue, en commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, visant a supprimer l'article 230 bis A tel qu'il ressort du texte adopté par le Sénat. (Amendement n°AS377, adopté le 29 juin 2016).

§2. Assurer la mesure de réparation

451. La mesure de réparation est parfois déterminée à l'avance, sans que les juges n'aient plus à apprécier l'étendue du préjudice, il s'agit du forfait d'indemnisation. « *La création d'une indemnité légale forfaitaire consiste, pour le législateur, à fixer par avance et de manière invariable, la somme qui sera attribuée à une victime pour tel ou tel préjudice. Cette somme est définie indépendamment de l'importance réelle du préjudice, ce qui exclut toute application du principe de réparation intégrale* »[1890]. Une question se pose alors : comment s'assurer que le préjudice réparable se trouve intégralement réparé ? À défaut, comment justifier une telle atteinte à la réparation intégrale d'un préjudice pourtant réparable ? L'illustration législative la plus symbolique de cette réparation forfaitaire est sans aucun doute la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles. La loi de 1898 est « *le point de départ d'un interventionnisme législatif tendant à pallier l'insuffisance des règles du Code civil pour assouvir le besoin social de réparation aiguisé par la montée des accidents* »[1891]. Largement critiqué, mais récemment approuvé par le Conseil constitutionnel, le système de réparation forfaitaire des accidents du travail et des maladies professionnelles est le premier régime qui officialise un forfait d'indemnisation. Dès lors que l'accident ou la maladie se voit reconnaître un caractère professionnel, le salarié obtient une réparation forfaitaire de ses préjudices. Ce système de réparation forfaitaire des accidents et maladies professionnelles « *qui a pu passer pour un grand progrès au moment de son institution* »[1892] parce qu'il assure à la victime une indemnisation (A), illustre aujourd'hui « *l'absence de prise en compte de l'étendue du préjudice et a fortiori l'abandon du principe de réparation intégrale en cas d'indemnisations légales forfaitaires* »[1893](B).

A. La loi de 1898, un compromis novateur

452. Compromis historique, qui « *a brisé le monopole de la faute comme fondement de la responsabilité civile, en lui substituant en matière de réparation des accidents du*

[1890] C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, *op. cit*., p. 249.
[1891] F. Leduc, « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux », *RCA* 2001, hors-série, n° 6 bis, juin 2001, p. 50, n° 1.
[1892] J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, 18ème éd., Dalloz, Paris, 2015, n° 811.
[1893] C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, *op. cit*., p. 252.

travail, le risque professionnel mais en contre-partie d'une réparation forfaitaire du préjudice subi par la victime »[1894], le vote de la loi de 1898 a assuré la spécificité de la législation des accidents du travail. Son héritage[1895], une réparation forfaitaire des conséquences d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, n'a, pour l'heure – malgré les nombreuses contestations[1896] –, pas été remis en cause par le législateur. Ce système continue d'assurer une réparation au salarié victime (2) sans qu'il n'ait à démontrer le lien entre son dommage et l'employeur (1).

1) Un lien d'imputabilité difficile à prouver

453. En 1880, les conséquences de l'accident du travail ne sont pas ignorées par le droit, mais le contentieux est dominé par la responsabilité civile. Et « *le Code civil ne connaît que deux situations où une personne peut être assignée par une autre comme responsable d'un dommage que celle-ci a subi : la première, lorsque, étant liée par un contrat, elle ne remplit pas son obligation ; la seconde, lorsqu'elle a causé le dommage par sa faute. […] Le point est qu'aucun de ces deux régimes de responsabilité ne connaît l'accident, et encore moins l'accident du travail. Précisément, l'accident en tant que tel, comme événement à la fois involontaire et imprévisible, loin de faire naître une obligation et de conférer un droit à sa victime, exonère au contraire de toute responsabilité. Il se confond dans ce que les juristes appellent " cas fortuit ou de force majeure ". C'est qu'au sens du Code civil, la responsabilité est fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté : on n'est jamais responsable que dans la mesure où l'on aurait pu faire autre chose que ce que l'on a fait* »[1897]. L'accident du travail, en ce qu'il est un accident, causé involontairement, ni par le salarié, ni par l'employeur pose donc le problème de l'imputabilité sans que ne puisse être niée sa survenance au cours du travail, autrement dit, dans un milieu créé par l'homme, créé par l'employeur.

[1894] Y. Saint-Jours, « Les lacunes de la législation des accidents du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 692.

[1895] Sa genèse étant désormais bien connue, V. not., Y. Saint-Jours, *Traité de Sécurité sociale¸ t. III : Les accidents du travail*, LGDJ, Paris, 1982 ; Ph.-J. Hesse, « La genèse d'une loi : de la révolution industrielle à la révolution judiciaire », *Dr. soc.* 1998, p. 638.

[1896] V. not., G. Lyon-Caen, « Les victimes d'accidents du travail, victimes aussi d'une discrimination », *op. cit*., spéc. p. 739 ; M. Royez, « Propositions d'évolution de la réparation », *Dr. soc.* 1990, p. 734 ; M. Badel, « Le perfectionnement du dispositif de réparation du risque professionnel par le droit social », *Dr. soc.* 1998, p. 644 ; H. Groutel, « Le complètement du dispositif par le droit civil », *Dr. soc.* 1998, p. 652 ; G. Vachet, « Qu'en est-il de la conformité de la loi du 9 avril 1898 à la Constitution ? », *JCP* S 2010.1361 : « *Il aura fallu soixante quatre ans pour que l'on se rende compte que la loi du 9 avril 1898 est en partie non conforme à la Constitution* ».

[1897] F. Ewald, *L'État providence*, Grasset, Paris, 1986, p. 231.

454. Ce sont les juges qui sont alors venus préciser cette ambiguïté. Ils vont apprécier avec objectivité l'accident du travail, ils l'ont « *analysé et démembré de sorte qu'il ne relève plus de la seule causalité du sort, du destin, du hasard, de la chance ou de la malchance et s'inscrive dans le champ d'une causalité humaine* »[1898]. Cette analyse donne naissance à un « *discours spécifique sur l'usine, à la fois descriptif et normatif, qui enseigne ce qu'elle est et ce qu'elle devrait être* »[1899] dont la précision va se heurter au silence du Code civil. Les exigences de la réalité appréciées par les juges dépassent les catégories juridiques existantes et obligent le juge a interpréter la règle, il ne dit plus seulement le droit, il le crée. « *S'ouvre ainsi la possibilité d'une dérive historique du droit de la responsabilité, contraint, pour rester conforme à son esprit, d'en oublier la lettre. Principe d'un divorce entre la doctrine et la jurisprudence, entre la pratique des jugements et ce qui les fonde en droit, entre les critères de justice et les exigences de l'équité* »[1900]. D'autant plus que les efforts des juges ne suffisent pas, le progrès de l'industrie augmente les risques d'accidents, tout autant qu'il alourdit la preuve de la faute de l'employeur qui pèse sur l'ouvrier.

455. Le régime de la responsabilité civile était en passe de perdre l'esprit qui l'animait, consacrant une articulation disharmonieuse des hommes et des activités et un impossible exercice de la sécurité civile[1901]. Mais « *quelle que soit la solution envisagée, en particulier le développement d'un système assurantiel de réparation, elle impliquait une transformation du régime juridique de la responsabilité, et donc une crise du droit. Mais aussi cette transformation obligeait et supposait que l'on redéfinisse, dans les principes d'une nouvelle économie politique, la politique de sécurité civile, et avec elle, l'ensemble des mécanismes destinés à assurer, avec l'ordre public, la régulation de la vie économique et sociale* »[1902]. Loi politique donc, la loi de 1898 est instaurée après dix-huit ans de débat et témoigne ainsi de l'enjeu important qu'elle porte à l'époque.

2) Une réparation de l'accident assurée

456. Avec cette loi, « *l'exigence de la preuve de la faute – principal obstacle à l'indemnisation des salariés victimes d'accidents du travail – est abandonnée. La*

[1898] F. Ewald, *L'État providence*, p. 232.
[1899] *Ibid.*
[1900] *Ibid.*
[1901] *Ibid*., p. 249.
[1902] *Ibid*., p. 275.

responsabilité devient automatique, elle est fondée sur le risque professionnel créé par l'entreprise. En contrepartie de cette mise en cause facilitée de la responsabilité de l'employeur, l'étendue de la responsabilité est réduite ; au principe de réparation intégrale, qui gouverne le droit civil, est substituée la réparation forfaitaire »[1903]. Il n'y a plus de lien entre l'indemnisation du salarié et la démonstration de son préjudice, c'est un progrès pour l'époque. Il s'agit alors de savoir si l'assurance peut primer sur la responsabilité.

457. Aucune des thèses ne l'emportera, le texte est un compromis : le risque professionnel l'emporte sur la faute, sans que l'assurance ne soit obligatoire. Né alors le système de réparation forfaitaire que l'on connait encore aujourd'hui. Le caractère forfaitaire de la réparation annihile le risque de l'arbitraire du juge et emporte avec lui le principe du risque professionnel, qui ne s'entend que de « *l'accident survenu par le fait du travail* »[1904]. La tradition de la responsabilité civile réapparait avec l'admission de la faute inexcusable comme outil de modulation de l'indemnisation, afin de prendre en considération le comportement de l'employeur et du salarié. Enfin, bien que le législateur de 1898 n'ait pas posé le principe de l'assurance obligatoire, il n'empêche que cette loi constitue la première loi d'assurance sociale française. « *Le but de la loi est d'organiser une sorte de solidarité de la sécurité entre le patron et l'ouvrier. Sécurité pour l'ouvrier, certain d'être indemnisé pour tout accident du travail ; sécurité pour le patron, qui connaît par avance le montant de sa responsabilité* »[1905], ce but n'est atteignable qu'avec l'assurance, seule à même de rendre la charge supportable pour toutes les entreprises. Novatrice cette loi l'était sans aucun doute. Par ses énoncés et son mode d'énonciation car « *la loi ne tirait pas sa valeur des principes universellement valables qu'elle énonçait, mais des objectifs qu'elle visait et de la manière de les atteindre* »[1906]. Mettant un terme à l'antagonisme du capital et du travail qu'a pu alimenter la question des accidents du travail, cette loi « *marque aussi la naissance du droit du travail* »[1907]. Un droit nouveau, spécifique qui transforme la rationalité juridique du moment, qui repense le droit civil de l'époque sans tenter de l'abolir.

[1903] F. Kessler, *Droit de la protection sociale*, 5ème éd., Dalloz, Paris, 2014, n° 72.
[1904] Art. 1er de la loi du 9 avril 1898.
[1905] F. Ewald, *L'État providence*, *op. cit.*, p. 307.
[1906] F. Ewald, *L'État providence*, *op. cit.*, p. 312.
[1907] *Ibid*.

458. Ce compromis politique avait été voté comme une loi expérimentale[1908] et le besoin de la modifier s'est vite fait sentir, les critiques dépassant rapidement le progrès apporté.

B. La loi de 1898, un compromis réducteur

459. Inéquitable car instaurant une forme de « coresponsabilité » du salarié dans l'accident qu'il subit, privilégiant une logique de « responsabilité » patronale plutôt qu'un basculement vers le champ de l'assurance[1909], il devient surtout obsolète comparé à divers textes qui ouvrent des voies spécifiques d'indemnisation plus favorables[1910]. Déconnecté du droit civil, le régime ne peut faire face à ces évolutions du droit commun qui le condamnent à vieillir, et la réparation forfaitaire qu'il aménage, appliquée par divers mécanismes de plafonnement, sans autre référence au préjudice subi[1911] ne satisfait plus[1912]. La perte de droits à la retraite, même consécutive au licenciement du salarié pour inaptitude, est par exemple couverte de manière forfaitaire. Le salarié ne peut donc réclamer une indemnisation complémentaire devant le juge prud'homal ou de la sécurité

[1908] F. Ewald, *L'État providence*, *op. cit*., p. 312.

[1909] J.-J. Dupeyroux, « Avant-propos : un deal en béton ? », *Dr. soc.* 1998, p. 631, spéc. p. 633.

[1910] Réparation des préjudices liés aux accidents de la circulation (L. dite « Badinter » du 5 juillet 1985) ; réparation des préjudices résultant d'infractions pénales (L. du 6 juillet 1990) ; réparation des préjudices résultant de délits non intentionnels (L. du 10 juillet 2000) ; dispositifs spécifiques pour assurer une indemnisation des victimes de drames sanitaires (L. DDOS, n° 91-1406, 31 décembre 1991, art. 47 ; D. n° 92-183 du 26 février 1992 et D. n° 93-906 du 12 juillet 1993, qui concerne l'indemnisation des victimes de la transfusion sanguine) ; fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (L. n° 2000-1257 du 23 décembre 2000, de financement de la sécurité sociale pour 2001, *JO* n° 298 du 24 décembre 2000 p. 20558. V. D. Tabuteau, « Vers une réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles ? », *Dr. soc.* 2001, p. 304 ; J. Hardy, « La création d'un fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », *JCP* E 2001.605 ; L. Milet, « Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », *RPDS*, 2002, p. 191 ; C. Guettier, « Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », *Resp. civ. et assur*., n° 11/2002, p. 4 et 12/2002, p. 11 ; B. Le Gros, « Le contentieux de l'indemnisation des victimes de l'amiante », *JCP* S 2008, n° 42, p. 1 ; R. Beauvois, « Les règles appliquées par le FIVA et le droit commun », *Gaz. Pal.* 19 avril 2008, n° 110, p. 48).

[1911] J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit*., n° 832 : « *on retrouve là une stricte application de la logique du modèle « assuranciel » qui se propose non de réparer des préjudices au sens de la responsabilité civile, mais de garantir le revenu du travailleur. Cela ne va pas sans inconvénients à l'égard de l'équité qui pourrait supposer aussi que la protection soit liée au préjudice subi* ».

[1912] D'autant moins que l'art. 1384 al. 1 du Code civil sur la responsabilité du fait des choses permettrait aux victimes d'accident du travail, sauf faute de leur part, d'obtenir réparation intégrale, V. H. Groutel, « Le complément du dispositif par le droit civil », *Dr. soc.* 1998, p. 652.
D'autant moins encore que « *les juges ont fait évoluer la nature juridique de la rente et considèrent qu'elle compense aussi les préjudices liés à l'incidence professionnelle et les préjudices personnels. [Une] mutation de la nature juridique de la rente défavorable aux victimes qui se voient allouer des indemnités sans rapport avec les préjudices réellement subis* », F. Meyer, « Les victimes face à la redéfinition jurisprudentielle de la nature juridique de la rente », *Dr. soc*. 2015, p. 293.

sociale[1913] bien que le cumul ait pu, autrefois, être admis[1914]. Il en est de même du déficit fonctionnel permanent[1915], des frais médicaux et assimilés[1916] et de la perte de revenus professionnels[1917].

460. Réduisant la victime à « *la seule valeur de sa force de travail représentée par son salaire, elle est ainsi considérée comme une vulgaire marchandise et non comme un être humain à part entière* »[1918]. Le sort du salarié paraît d'autant plus scellé que l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale prohibe toute possibilité d'un recours aux règles de droit commun. Il dispose qu' « *aucune action en réparation des accidents et maladies mentionnées par le présent titre ne peut être exercée conformément au droit commun, par les victimes ou ses ayants-droit* ». Sa lecture semble indiquer que la victime ne peut pas obtenir un complément d'indemnisation, autrement dit, ne peut espérer une réparation intégrale de son préjudice. En déclarant les dispositions de cet article conformes à la Constitution, le Conseil constitutionnel[1919] valide expressément l'évaluation forfaitaire en droit français. Le préjudice réparable serait ainsi réparé dans la limite du forfait, *« il était loisible au législateur d'instaurer par les articles L. 431-1 et suivants du code de la sécurité sociale un régime spécifique de réparation se substituant partiellement à la responsabilité de l'employeur* »[1920]. Le conseil justifie cette réparation particulière par les avantages procurés par un tel régime : « *automaticité, rapidité, sécurité* »[1921].

461. La licéité du régime forfaitaire est donc confortée. Pourtant, dans la même décision, le Conseil constitutionnel en dénonce un élément. La réserve qu'il émet au considèrant 18 remet en cause le régime, mais seulement dans les cas où il y a faute inexcusable de la part de l'employeur. Si l'action en réparation de droit commun est impossible à la victime en cas d'accident du travail, la faute inexcusable permet tout de même de tendre vers la réparation intégrale. L'article L. 452-3 du Code de la sécurité

[1913] Cass. ch. mixte, 9 janvier 2015, n° 13-12310, *à paraître*, *JCP* S 2015.30 ; *D.* 2015, p. 164.
[1914] Cass. soc., 26 octobre 2011, n° 10-20991, *Bull. civ*. V, n° 240, *D.* 2011, p. 2734 ; *RJS* 1/2012, n° 28 ; *JCP* S 2012.1026, note S. Brissy.
[1915] Cass. civ., 2ème, 4 avril 2012, n° 11-15393, *Bull. civ*. II, n° 67, *RTD civ*. 2012, p. 539, note P. Jourdain.
[1916] Cass. civ., 2ème, 4 avril 2012, n° 11-18014, *Bull. civ*. II, n° 67, *RTD civ*. 2012, p. 539, note P. Jourdain.
[1917] Cass. civ., 2ème, 13 octobre 2011, n° 10-15649.
[1918] Y. Saint-jours, « Les lacunes de la législation des accidents du travail », *op. cit.*, spéc. p. 693.
[1919] Cons. const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010 ; *AJDA* 2010, p. 1232 ; *D.* 2010, p. 1634 ; *D.* 2011, p. 35, obs. Ph. Brun et O. Gout ; *JCP* S 2010.1361, note G. Vachet ; *Constitutions* 2010, p. 413, comm. Ch. Radé ; H. Groutel, « Lutte armée contre l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale », *RCA* 2010, chron. n° 8 ; S. Porchy-Simon, « L'indemnisation des préjudices des victimes de faute inexcusable à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : réelle avancée ou espoir déçu ? », *D.* 2011, p. 459.
[1920] Cons. const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, cons. 14.
[1921] Cons. const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, cons. 16.

sociale prévoit en effet que, pour une liste de préjudices déterminés, la victime pourra obtenir une réparation complémentaire. C'est à cette liste que s'attaque le Conseil constitutionnel. Il considère en effet « *qu'en présence d'une faute inexcusable de l'employeur, les dispositions de ce texte ne sauraient toutefois, sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes, devant les mêmes juridictions, puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale* ». Ce faisant, le Conseil constitutionnel dénonce la limitation de l'indemnisation. Cette réserve « *assure l'effectivité du principe de réparation intégrale* »[1922] mais seulement pour quelques préjudices, car « *c'est bien formellement le seul caractère restrictif de la liste de l'article précité qui est censuré par le Conseil* »[1923]. D'autant plus, qu'une fois cette réservé posée, les juges ne précisent pas les préjudices concernés[1924]. Il reviendra donc aux juges du fond d'apprécier les différents chefs de préjudices subis par les victimes, sur qui reposera en amont la charge de la preuve. « *Cette solution explicite du Conseil constitutionnel, si elle permet donc une amélioration de l'indemnisation de la victime sur certains points, laisse toutefois celle-ci dans une situation encore éloignée d'une réparation intégrale des préjudices* »[1925].

462. Il est toutefois permis de se demander si cette réserve n'est pas le premier pas vers la consécration du principe de réparation intégrale augurant un avenir s'en rapprochant. Malheureusement, le Conseil constitutionnel ne semble pas avoir saisi l'occasion de l'affirmer. Comme le relève le Professeur Radé, le Conseil a fondé sa solution sur le « *droit des victimes d'actes fautifs* »[1926]. Or, « *cette analyse est des plus surprenantes. Il est généralement admis que la justification du droit à réparation intégrale est en effet à rechercher dans la personne même de la victime […], et non dans la personne du responsable. Jusqu'à présent, d'ailleurs, le Conseil constitutionnel dissociait parfaitement, dans un rapport de responsabilité, l'analyse de la situation du point de la victime (principe d'égalité) et de celui du responsable (principe de responsabilité,*

[1922] Ch. Radé, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 », *Constitutions* 2010, p. 413.
[1923] S. Porchy-Simon, « L'indemnisation des préjudices des victimes de faute inexcusable à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : réelle avancée ou espoir déçu ? », *op. cit*., p. 460.
[1924] C'est par exemple la question de la prise en compte du retentissement professionnel, V. M. Del Sol, « La prise en considération du retentissement professionnel, parent pauvre de la réparation ATMP », *Dr. soc*. 2015, p. 300.
[1925] S. Porchy-Simon, « L'indemnisation des préjudices des victimes de faute inexcusable à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : réelle avancée ou espoir déçu ? », *op. cit*., p. 463.
[1926] Cons. const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, préc., cons. 18.

découlant du principe de liberté). Or, ce droit à réparation intégrale des victimes de fautes inexcusables, puisque c'est bien de cela dont il s'agit ici, semble justifié par leur qualité de victimes « d'actes fautifs ». On ne comprend dès lors plus pourquoi, du point de vue des victimes, la réparation intégrale serait justifiée pour les victimes de fautes et écartées pour les autres, notamment lorsqu'elles sont indemnisées sur le fondement d'un régime de responsabilité de plein droit, sauf à considérer que les premières seraient plus méritantes que les secondes »[1927].

463. Loin d'offrir une réparation intégrale aux victimes d'accidents du travail, la décision vient au contraire conforter les différences de réparation qui existe entre les victimes. Non seulement le forfait peut laisser des victimes sans une réparation intégrale de leur préjudice, mais au sein de ces victimes, celles qui peuvent justifier de la faute inexcusable de leur employeur seront mieux indemnisées. La décision, loin de consacrer la réparation intégrale consacre au contraire l'existence d'une part du préjudice réparable non réparée. Il s'agit toutefois de l'objet même du compromis, un préjudice limité en faveur d'une responsabilité sans faute et automatique. La volonté de systématiser une responsabilité, au prix de la réparation du préjudice réparable perdure. Ce régime de réparation forfaitaire fait ainsi figure de « *statut archaïque* »[1928], et certains appellent à reconsidérer ce dispositif. L'alternative est offerte entre un ancrage dans le droit de la protection sociale mais en unifiant l'ensemble dans un risque « maladie-invalidité » élargi[1929] ou un retour au droit de la responsabilité civile[1930].

La réparation partielle du préjudice que ce forfait entraîne semble devenir d'autant moins acceptable que d'autres forfaits sont aujourd'hui mis en place, sans que la réparation du préjudice n'en ressorte sacrifiée. Il faut toutefois s'interroger sur l'unité de ces forfaits.

464. Le forfait de 1898 était original en ce qu'il prévoyait une réparation forfaitaire de certains préjudices et une réparation complémentaire de certains autres en cas de faute inexcusable de l'employeur. Ce type de forfait, applicable en deux temps, s'explique par la conciliation d'une réparation automatique et générale, et d'une réparation

---

[1927] Ch. Radé, note sous Cons. const., *op. cit*, spéc. p. 418.

[1928] B. Boubli, « Soleil noir dans le BTP ? A propos des nouveaux risques professionnels dans ce secteur d'activité », *SSL* 2010, n° 1462, p. 6 : « *le passager, victime d'un accident de chemin de fer est-il mieux traité que le contrôleur blessé dans le même accident alors que par son travail ce dernier est systématiquement exposé au risque* ».

[1929] J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, n° 834.

[1930] J. Hauser, « Rapport de synthèse », *Dr. soc.* 1998, p. 669 ; M. Badel, « La notion de risque professionnel : état des lieux à la lumière des dernières évolutions », *RDSS* 2004, p. 208 ; G. Vachet, « Vers un renouveau des catégories de risques professionnels », *JCP* S 2008.1591.

individualisée tributaire de la démonstration d'une faute de l'employeur. À ce type de forfait, il ne faut sans doute pas assimiler les forfaits modernes, qui prévoient l'attribution d'une indemnité forfaitaire unique, pour un manquement de l'employeur à l'une de ses obligations. Derrière ce forfait, il n'y a sans doute plus la volonté de répaer qui animait le forfait de 1898. Témoins du caractère polyvalent du forfait, ces créations jurisprudentielles s'éloignent du « compromis historique » pour révéler la volonté des juges. Volonté élargie, volonté de ne plus seulement utiliser le forfait pour assurer la réparation du préjudice, mais d'en faire un outil de sanction.

Section 2. Des outils de réparation au service d'une indemnisation punitive

465. S'il est offert aux juges des outils de réparation qui semblent de prime abord constituer un risque pour la réparation intégrale du préjudice, il ne faudrait pas oublier le rôle du juge dans l'utilisation qu'il en fait. Ainsi, bien que le forfait de 1898 semble insuffisant pour réparer tout le préjudice de la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, les juges ont, à l'inverse, fait de certains forfaits des outils permettant la condamnation à une indemnisation au-delà du préjudice, le transformant en mesure de sanction (§1). Ce sont aussi les parties qui peuvent instaurer un forfait qui s'avère être un outil susceptible de punir le contractant défaillant (§2). Enfin, le plancher de réparation apparaît aussi comme un outil de punition si le montant de ce plafond est supérieur à la valeur réelle du préjudice (§3).

§1. L'indemnité forfaitaire, une punition prononcée par le juge

466. La réparation forfaitaire a été présentée comme la contrepartie de l'engagement automatique de la responsabilité de l'employeur, mais contrepartie d'une réparation amoindrie des préjudices, sauf faute inexcusable. Aujourd'hui, la loi ou les juges prévoient des indemnités forfaitaires qui semblent supérieures aux préjudices subis. Ces nouvelles réparations forfaitaires ne font plus œuvre de contrepartie mais, au contraire,

indiquent la volonté de sanctionner certains comportements par la condamnation automatique à une indemnité forfaitaire. On constate donc un changement de logique qui, confronté à la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, ne participe qu'un peu plus à son incompréhension.

467. Par la force qu'ils donnent aux forfaits de réparation, les juges transmettent un message aux auteurs des dommages. Une violation de la loi entraîne une condamnation forfaitaire aux montants parfois très dissuasifs (A), confinant ainsi à la punition (B).

A. Le forfait, un outil de dissuasion

468. Face au travail illicite, les articles L. 8223-1 et L. 8252-2 du Code du travail prévoient expressément le versement d'une indemnité « *forfaitaire*» égale à trois ou six mois de salaire, en cas de rupture d'une relation de travail qui s'est exécutée de façon illicite[1931]. « *Il s'agit de montants très conséquents et, à ce titre, théoriquement, dissuasifs à l'égard de tout employeur tenté par ce type de fraudes* »[1932]. Cet effet dissuasif est devenu un objectif explicitement recherché par les juges. Ils ont longtemps affirmé que cette indemnité « *répare le préjudice subi par le salarié du fait du travail dissimulé* » et « *a un caractère indemnitaire* »[1933]. Mais ils lui attribuent désormais la qualification de sanction civile[1934], malgré la désapprobation du Conseil constitutionnel[1935]. Ce caractère n'est pas sans conséquence. Les juges marquent leur volonté d'assurer contre le travail illégal une lutte efficace et systématisent la sanction : le versement d'une indemnité forfaitaire.

469. C'est encore la violation des clauses de garantie d'emploi qui a donné lieu à la création d'une réparation forfaitaire par les juges. Ils ont en effet décidé que « *la violation de la clause de garantie d'emploi oblige l'employeur à indemniser le salarié du solde des*

[1931] Le travail illégal recouvre diverses infractions, telles que le travail dissimulé, l'emploi d'un salarié sans titre de séjour, le marchandage ou encore le prêt illicite de main d'œuvre, V. T. Aubert-Montpeyssen et M. Emeras, « Travail illégal », *Rép. Dalloz droit pénal*, n° 3.

[1932] H. Guichaoua, « Les droits du salarié victime du travail illégal », *Dr. ouvr.* 2013, p. 510, spéc. p. 516.

[1933] Cass. soc., 20 février 2008, n° 06-44964 à 06-44967, *Bull. civ*. V, n° 42.

[1934] Cass. soc., 14 avril 2012, n° 08-43124, *Bull. civ*. V, n° 101, *D*. 2010, p. 1151 : « *indépendamment de la sanction civile prévue par l'article L. 8223-1 du code du travail, tout salarié a droit à l'indemnisation du préjudice lié à la faute de l'employeur dans l'exécution de ses obligations* » ; Cass. soc. 6 février 2013, n° 11-23738, *Bull. civ*. V, n° 31, *JCP E* 2013.1163, *Dr. ouvr.* 2013, p. 562.

[1935] Cons. const., n° 2011-111, QPC, 25 mars 2011 : « *cette indemnité, qui est distincte des sanctions pénales prévues par les articles L. 8224-1 et suivants du code du travail, ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789* ».

salaires restant dû jusqu'au terme de la période garantie »[1936]. Faut-il voir en cette solution l'« *attraction* »[1937] du régime du contrat de travail à durée déterminée ? Du point de vue de l'indemnisation, la solution semble en être inspirée, mais la ressemblance n'est pas totale. « *En cas de violation d'un engagement en matière d'emploi, le salarié souffrirait, comme lors de la rupture anticipée d'un CDD, d'un préjudice particulier : la perte "prématurée" de son emploi. […] En quoi une perte d'emploi prématurée se distingue-t-elle d'une perte d'emploi "injustifiée" ? La perte d'emploi n'est-elle injustifiée, dès lors qu'elle est prématurée ? À supposer que le salarié parvienne à démontrer que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse, n'est-ce pas, au fond, le même préjudice qui risquerait d'être réparé deux fois ?* »[1938]. La référence à l'ancien article 1149 du Code civil[1939] laisse penser que ces salaires viennent compenser « *le gain manqué* » de salaires pour l'avenir à cause de la rupture anticipée et non seulement « *la perte subie* » de l'emploi. Il se dessine alors la réparation de préjudices distincts, d'une part, les préjudices liés à la perte de l'emploi, d'autre part, ceux qui résultent de la perte de revenus pour l'avenir. On peut aussi penser que la création de cette évaluation forfaitaire des dommages et intérêts tend à inciter l'employeur à respecter les clauses de garanties d'emploi. Il retrouve sa liberté de licencier à leur échéance.

470. On voit donc se dessiner une logique différente de celle qui sous-tendait le compromis de 1898. On veut désormais sanctionner l'employeur d'avoir recours au travail illicite. Si l'indemnisation forfaitaire et automatique se trouve être, aujourd'hui, le nouvel outil pour sanctionner des manquements à certaines obligations, alors, le compromis de 1898 voit ses bases vaciller. Le fondement d'une réparation automatique ne suffit plus à justifier qu'il n'y ait pas réparation intégrale. La réparation « amputée » du préjudice se justifiait par son automaticité. S'il apparaît aujourd'hui que diverses obligations inexécutées justifient une réponse systématique et satisfaisante, la réparation forfaitaire des accidents du travail et des maladies professionnelles devient de plus en plus difficile à justifier.

[1936] Cass. soc., 27 octobre 1998, préc. ; V. aussi, Cass. soc., 24 octobre 2012, n° 11-18919 ; Cass. soc., 15 avril 2015, n° 13-21306 et 13-22469, *à paraître*, *D.* 2015, p. 927 ; *Dr. soc.* 2015, p. 559, obs. J. Mouly ; *RDT* 2015, p. 541, note M. Kocher.
[1937] Selon l'expression du Professeur Mouly, note sous Cass soc., 27 octobre 1998, *op. cit.*, p. 186.
[1938] A. Fabre, « Le contentieux de la violation des engagements en matière d'emploi », Colloque *Préjudices et indemnisation en droit social*, *Dr. ouvr*. 2015, p. 469.
[1939] Auj. art. 1231-2 C. civ.

La montée en puissance de l'obligation de sécurité de résultat rend d'ailleurs la logique de 1898 encore un peu plus fragile. La consécration de cette obligation de sécurité remet en cause la logique de réparation automatique et forfaitaire de 1898, la rendant même inopérante. Le forfait, aujourd'hui, n'assure plus seulement une réparation automatique, il est institué pour dissuader les employeurs de certains comportements. L'engagement de la responsabilité est en soi un outil de dissuasion mais l'attribution systématique d'un forfait à la victime, d'un forfait au montant conséquent par ailleurs, le rend à lui seul dissuasif. Les juges confirment cette nouvelle fonction de l'indemnité forfaitaire qui confine même parfois plus qu'à la dissuasion, et s'assimile à des dommages-intérêts qui viennent punir l'employeur.

B. Le forfait, un outil de punition

471. Le licenciement illicite du salarié protégé a permis aux juges de créer le régime de son indemnisation (1). L'occasion a été saisie pour assurer avec force une protection contre ces licenciements, protégeant ainsi la représentation des salariés dans l'entreprise, puisque sous couvert de l'indemnisation, ils ont créé une mesure qui ressemble davantage à une punition (2).

1) La création d'une indemnité forfaitaire par les juges

472. Alors que la réintégration du salarié protégé est, aujourd'hui, la sanction normale[1940] d'un licenciement non autorisé[1941], le salarié peut préférer l'octroi de dommages-intérêts. « *Après avoir traité cette indemnisation comme celle de n'importe quel licenciement abusif* » [1942], la Cour de cassation a admis que « *le salarié licencié en violation de son statut protecteur et qui ne demande pas sa réintégration peut prétendre […] à une indemnité forfaitaire égale au montant des salaires qu'il aurait dû percevoir*

[1940] Si la Cour a vite reconnu la nullité de ce licenciement (Cass. soc., 3 juin 1948, *Bull. civ.* IV, n° 557), la réintégration du salarié eut plus de mal à être admise, V. B. Bossu, « Les situations de faits et l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *op. cit*.

[1941] La situation du salarié licencié sans autorisation est distincte de celle du salarié dont l'autorisation est postérieurement annulée. Ce dernier peut choisir entre la réintégration ou l'indemnisation (art. L. 2422-4 C. trav.), s'il opte pour la réintégration, son indemnité ne sanctionne pas la violation du statut mais répare le préjudice subi et explique que le montant soit apprécié déduction faite des revenus de remplacement (V. par ex., Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-41331, *Bull. civ*. V, n° 223, *RJS* 2/09 n° 195 ; Cass. soc., 29 septembre 2014, n° 13-15733, *Bull. civ*. V, n° 214, *D*. 2014, p. 2003).

[1942] G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, *op. cit*., n° 1082.

jusqu'à la fin de sa période de protection[1943] *s'il présente une demande d'indemnisation avant cette date* »[1944]. Certes, si le salarié s'est montré peu diligent et qu'il formule sa demande après la fin du délai de protection sans justifier de motifs qui ne lui soient pas imputables, les juges retrouvent un pouvoir d'appréciation afin de fixer « *une indemnité dont le montant est fixé par le juge en fonction du préjudice subi* »[1945]. Il n'en reste que l'hypothèse d'une indemnisation systématique, « forfaitaire » selon l'expression des juges, obligatoire, et indépendante à la fois des fautes éventuellement commises[1946] mais aussi du préjudice réellement subi par le salarié protégé, sanctionne[1947] la méconnaissance du statut protecteur, elle prend donc la forme d'une peine privée. Elle paraît logique puisque l'employeur n'aurait pas pu le licencier sans autorisation jusqu'à la fin du mandat, mais elle marque surtout la volonté de la Cour de cassation de protéger, avec force, « *la participation des travailleurs à la gestion des entreprises* », argument qui lui permet par ailleurs de ne pas soumettre cette solution au contrôle du Conseil constitutionnel[1948].

473. La volonté de punir l'employeur se confirme lorsque les juges admettent ce cumul en cas de prise d'acte du salarié aux torts de l'employeur[1949]. Lorsqu'un salarié protégé prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à l'employeur, la rupture produit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur lorsque les faits invoqués la justifiaient[1950]. Le salarié souhaitant quitter

---

[1943] Sans déduction des revenus de remplacement. En revanche, Pôle emploi dispose d'un recours contre le salarié pour obtenir le remboursement des allocations chômage puisque l'indemnité forfaitaire due par l'employeur compense la perte des salaires sur la même période, Cass. soc., 9 mars 1989, n° 87-18177, *Bull. civ*. V, n° 198, *RJS* 7/1998, n° 360 ; pour la confirmation de cette jurisprudence, V. Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-23643, *à paraître*, *Liaisons sociales quotidien*, n° 16720, p. 1.

[1944] Cass. soc., 11 juin 2013, n° 12-12738, *Bull. civ*. V, n° 150, *JSL* 2013 n° 348-4, comm. J.-E. Tourreil, V. aussi, parmi de nombreux arrêts : Cass. soc., 12 juin 2013, n° 12-17273, *Bull. civ*. V, n° 153, *D*. 2013, p. 1555 ; Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-68858 ; Cass. soc., 5 octobre 1994, n° 93-40778, *Dr. soc.* 1994, p. 983.

[1945] Cass. soc., 26 mars 2013, n°s 11-27964 et 11-27996, *Bull. civ*. V, n° 83, *Dr. soc*. 2014, p. 44, note B. Gauriau ; *JCP* S 2013.1254, note T. Lahalle ; Cass. soc., 11 juin 2013, n° 12-12738, *RDT* 2013, p. 573, note M. Grévy.

[1946] Même si le salarié a commis une faute grave, il bénéficie de cette indemnité ainsi que de l'indemnité de licenciement et de préavis, Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-41695, arrêt *Peccoud*, préc.

[1947] Selon le Professeur J. Mouly, il y a là « *dissuasion par l'argent* », le coût du licenciement étant de nature à dissuader l'employeur de ne pas respecter les règles protectrices : J. Mouly, « L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés », *op. cit*., spéc. p. 729.

[1948] Cass. soc., 20 février 2013, n° 12-40095, *Bull. civ*. V, n° 48, QPC (non renvoyée), *Constitutions*, 2013, p. 240, note Ch. Radé et P. Gervier.

[1949] Cass. soc., 12 mars 2014, n° 12-20108, *Bull. civ*. V, n° 72, *D*. 2014, p. 729.

[1950] Cass. soc. 5 juillet 2006, n° 04-46009, *Bull. civ*. V, n° 237, *D*. 2007, p. 54 , note J. Mouly ; *D*. 2007, p. 179, obs. P.-E. Berthier ; *Dr. soc*. 2006, p. 815, étude J.-E. Ray ; *Dr. soc*. 2006, p. 1069, obs. F. Favennec-Héry ; *RDT* 2006, p. 327, obs. M. Grévy.

l'entreprise perd la faculté de demander la réintégration[1951] et comme s'il n'avait pas demandé la réintégration, il peut prétendre à une indemnité pour violation du statut protecteur et aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de protection en cours[1952]. Et qu'importe la demande préalable de l'employeur d'autorisation de licenciement. Les juges ont en effet précisé que le salarié titulaire d'un mandat de représentant du personnel qui prend acte de la rupture du contrat de travail « *peut prétendre à une indemnité pour violation du statut protecteur égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de protection en cours, quand bien même l'administration du travail, saisie antérieurement à la prise d'acte du salarié, a autorisé le licenciement prononcé ultérieurement à cette prise d'acte* »[1953].

474. Une autre question se pose face à un double fondement de nullité. L'indemnité forfaitaire « *est-elle toujours due alors que la prise d'acte, par le salarié protégé, de la rupture de son contrat de travail est justifiée par des faits de harcèlement moral qui devraient en eux-mêmes conduire, indépendamment d'une quelconque violation du statut protecteur, à ce que la rupture produise les effets d'un licenciement nul* »[1954] ? Autrement dit, le salarié peut-il bénéficier d'un cumul d'indemnités toutes deux destinées à compenser la nullité du licenciement ? Certains juges du fond refusent ce cumul, « *cette nullité ouvre droit aux indemnités légales ou conventionnelles de rupture et à l'indemnisation du préjudice subi, sans cumul des indemnités liées au mandat* »[1955]. La Cour de cassation, au visa de l'article L. 2411-5 du Code du travail autorise au contraire ce cumul. « *La prise d'acte était justifiée et produisait les effets d'un licenciement nul, en sorte qu'elle ouvrait droit, au titre de la violation du statut protecteur dont bénéficiait le salarié, à une indemnité forfaitaire égale aux salaires que le salarié aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de protection en cours* »[1956]. Ainsi, le salarié bénéficie d'une indemnité spécifique à la violation de son statut protecteur alors même que le licenciement n'était pas en lien avec la violation de ce statut. La solution est logique puisque l'employeur ne pouvait licencier son salarié sans respecter la procédure spécifique. Elle marque aussi la volonté de sanctionner l'employeur pour les agissements

[1951] Cass. soc. 29 mai 2013, n° 12-15974, *Bull. Civ*. V, n° 138, *D.* 2013, p. 2599, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc*. 2013, p. 647, obs. J. Mouly ; *JCP S* 2013, p. 1338, obs. F. Dumont.
[1952] V. notamment, Cass. soc., 16 février 2011, n° 10-15529, *RJS* 5/11, n° 435.
[1953] Cass. soc., 12 novembre 2015, n° 14-16369, *à paraître*, *Liaisons sociales Quotidien*, n° 16959, p. 1.
[1954] B. Inès, « Salarié protégé : indemnités dues en cas de nullité de la prise d'acte pour harcèlement », *D. actu.* 1er août 2014.
[1955] CA Versailles, 28 mars 2012, n° 10/01432.
[1956] Cass. soc., 12 mars 2014, n° 12-20108, préc.

qui ont conduit au non-respect du statut protecteur. Elle l'illustre particulièrement car dans les faits, l'employeur avait sollicité, avant la prise d'acte du salarié, l'autorisation de licencier en raison des manquements disciplinaires du salarié, autorisation accordée, mais restée inutilisée avant que le salarié ne prenne lui-même acte de la rupture, figeant la date de fin du contrat. Dans cet arrêt, la Cour répond donc à la question de l'effet d'une prise d'acte postérieure à la décision d'autorisation. En accordant le bénéfice de l'indemnité forfaitaire malgré l'autorisation de licenciement, les juges donnent plein effet au régime indemnitaire de la prise d'acte et assure son effet secondaire, celui de punir l'employeur.

2) La consécration d'une peine privée

475. La construction entreprise par les juges tend à ne plus seulement réparer le licenciement des salariés protégés mais à punir l'atteinte portée à leur statut. Pour le Professeur Mouly, il y a là une véritable théorie de la nullité du licenciement qui se crée. Cette théorie se confirme par l'admission du cumul de cette indemnité forfaitaire avec l'indemnité réparant l'intégralité du préjudice subi en raison du licenciement illicite, au moins égale à celle prévue par l'article L. 1235-3 du Code du travail[1957]. Cette solution « *opportune* »[1958] confirme le changement de nature de l'indemnité forfaitaire. « *Elle ne peut plus être considérée comme une indemnité de licenciement réparant une fois pour toutes l'illicéité de la rupture et la perte de son emploi par le salarié. Elle devient une simple indemnité compensant la perte des salaires pendant la période couverte par la nullité. Quant à la perte de l'emploi proprement dit, elle se trouve désormais réparée par l'octroi de l'indemnité de licenciement injustifié, lorsque les conditions en sont remplies* »[1959]. De cette solution, il ressort clairement que le licenciement contraire au statut protecteur du salarié protégé ne peut être considéré comme un simple licenciement injustifié, la théorie de la nullité du licenciement l'emporte.

476. Plus encore, la Cour de cassation dissocie clairement nullité du licenciement et réintégration[1960] car il est désormais possible pour le salarié de refuser la réintégration sans perdre son droit à l'indemnisation. « *Les hauts magistrats cherchent à octroyer au*

[1957] Cass. soc., 10 juillet 1990, n° 86-43699, *Bull. civ*. V, n° 362, *Dr. soc.* 1990, p. 794, note H. Marie.
[1958] J. Mouly, « Quelle indemnisation pour les salariés protégés irrégulièrement licenciés ? », *Dr. soc.* 2009, p. 1204, spéc. p. 1206
[1959] *Ibid*., p. 1206.
[1960] G. Couturier, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *in Études J. Ghestin*, *Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, Paris 2001, spéc. p. 290 et s.

salarié, bien qu'il ait renoncé à la réintégration, une indemnisation aussi proche que possible des avantages que lui aurait procurés l'exécution en nature »[1961]. Cette indemnisation n'est plus le fruit de la responsabilité de l'employeur mais la compensation de la nullité du licenciement, « *l'indemnisation-nullité* » prime sur « *l'indemnisation-responsabilité* »[1962]. Si l'on cherchait à réparer le préjudice subi par le licenciement illicite, l'indemnisation du salarié ne devrait pas distinguer perte de l'emploi et perte des salaires jusqu'à la fin de la période de protection du salarié protégé puisque la rupture du contrat est consommée le jour du licenciement illicite. En revanche, si l'on considère que le contrat se poursuit jusqu'à la fin de la période de protection par l'effet de la nullité, alors le salarié doit effectivement disposer de la réparation du préjudice lié à la perte de son emploi et au versement des salaires qu'il aurait dû percevoir.

477. L'indemnité automatique, au montant forfaitaire, devient donc un des outils de sanction d'une illicéité que les juges souhaitent réprimer. La protection de l'expression collective justifie une réponse de la part des juges, qui trouve corps en une condamnation à une indemnité forfaitaire. Et peu importe que l'employeur n'ait pas été au courant du statut protégé de son salarié[1963].

Témoin du caractère de sanction de cette jurisprudence, la Cour de cassation propose la création d'une sanction pécuniaire, au titre de la méconnaissance du statut protecteur, en cas de licenciement sans autorisation administrative d'un salarié protégé qui ne demande pas sa réintégration[1964]. La loi n'a pas envisagé l'hypothèse où le licenciement du salarié protégé est prononcé par l'employeur en méconnaissance du statut protecteur[1965], c'est donc la jurisprudence qui a été conduite à en déterminer les conséquences. Encore récemment[1966], la formation pour avis de la Cour de cassation a été saisie du point de savoir « *quelle doit être la durée de protection permettant de calculer le montant de l'indemnité pour violation du statut protecteur du médecin du travail licencié sans*

[1961] J. Mouly, « Quelle indemnisation pour les salariés protégés irrégulièrement licenciés ? », *op. cit.*, spéc. p. 1204.
[1962] *Ibid*., p.1205.
[1963] Cass. soc., 16 février 2011, n° 10-10592, *Bull. civ*. V, n° 51, *JCP* S 2011.89 ; *D*. 2011, p. 684 ; *Dr. soc*. 2011, p.724, obs. L. Pécaut-Rivolier. La Cour d'appel avait refusé le droit au salarié d'invoquer les dispositions du statut protecteur estimant son comportement déloyal : « *hautement qualifié et conseiller prud'homal, il s'était délibérément abstenu d'évoquer son statut de salarié protégé, laissant se poursuivre une procédure de licenciement qu'il savait irrégulière* ». La Cour de cassation censure cette solution, le manquement à l'obligation de loyauté n'a pas d'incidence sur le montant de l'indemnisation due au titre de la violation du statut protecteur, « *seule une fraude du salarié peut le priver de la protection attachée à son mandat* ».
[1964] Rapport de la Cour de cassation 2014, livre 2.
[1965] C'est-à-dire sans qu'une autorisation n'ait été sollicitée auprès de l'inspecteur du travail.
[1966] Avis de la Cour de cassation 15 décembre 2014, n° 14-70009, *à paraître*, *D*. 2015, p. 82.

autorisation administrative »[1967]. Les juges de la Cour de cassation considèrent que la question doit être saisie par le législateur, en raison de sa généralité et de sa complexité, mais sont explicitement favorables à l'instauration d'une sanction civile. La création jurisprudentielle pourrait donc servir de tremplin à l'admission législative d'une sanction civile.

478. On voit ainsi que le forfait d'indemnisation sert deux logiques. La première, celle de 1898, assurait une réparation automatique de certains préjudices en échange d'une réparation minorée de ces derniers. Le second, plus contemporain, assure la dissuasion, voire la punition de certains comportements. Cette évolution montre comment le législateur et les juges instrumentalisent le forfait pour en faire tour à tour, un outil de protection et un outil de sanction.

Bien qu'un même instrument puisse avoir plusieurs fonctions, encore faut-il que l'une ne vienne pas condamner l'autre. Or, le forfait-compromis, garant d'une réparation automatique, semble perdre son intérêt face au forfait-sanction. Il devient en effet incompréhensible qu'une atteinte à la santé du travailleur, résultat d'un manquement à l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, ne mérite pas une réponse aussi ferme que celle apportée au manquement à la législation sur le travail illicite ou le licenciement des salariés protégés. Sans doute l'obstacle à l'essor de cette nouvelle logique au champ des accidents et maladies professionnelles relèvent de l'absence de responsabilité pesant sur l'employeur. En déplaçant la charge de la réparation sur la sécurité sociale, ce forfait n'atteint que partiellement l'employeur. Une augmentation du forfait ne serait pas ressentie comme une sanction. C'est sans doute ce qui explique l'intérêt porté à l'obligation de sécurité de résultat, qui devient le nouveau fondement des actions en réparation, en complément de cette réparation forfaitaire dont le mérite, qu'elle conserve malgré tout, est d'assurer une réparation automatique.

479. Si le forfait de 1898 montre ses limites quant à la réparation de l'entier préjudice, qu'en est-il du forfait conventionnel ? La volonté des parties permet-elle de limiter la réparation du préjudice ? Le droit du travail s'est construit autour de l'idée selon laquelle ce rapport contractuel a besoin d'être rééquilibré, est-ce condamner toute forme d'aménagement conventionnel de la responsabilité ?

[1967] La réponse donnée consiste en l'attribution d'une indemnité pour violation du statut protecteur égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et la fin de la période de protection, dans la limite de trente mois, durée de la protection minimale légale accordée aux représentants du personnel.

§2. Le forfait conventionnel, une punition décidée par les parties

480. Comme elles aménagent le contrat, les parties à un contrat peuvent aménager le droit à réparation. La volonté des parties peut ainsi prévoir de limiter ou accroître la responsabilité du contractant en cas d'inexécution. Et puisque le contrat de travail est soumis au droit commun des obligations, il est censé pouvoir recevoir un tel aménagement. Mais plus que cet aménagement, ce sont ses conséquences sur le préjudice qui nous intéressent. En aménageant ensemble la responsabilité, les parties peuvent-elle nier la réparation d'une part du préjudice réparable ?

481. Nous visons en particulier la clause pénale. Clause par laquelle « *les contractants déterminent eux-mêmes, forfaitairement et d'avance, l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* »[1968], elle possède une triple nature : « *elle présente un caractère contractuel ; elle détermine une réparation forfaitaire ; elle est comminatoire* »[1969]. Sa nature réparatrice nous intéresse tout particulièrement. Mais avant de remarquer qu'elle n'affecte que rarement la réparation de l'entier préjudice réparable car le juge possède, sur son montant, un pouvoir de modération (B), encore faut-il s'assurer de sa présence dans le contrat de travail (A).

A. La force de la loi contractuelle, une appréciation forfaitaire du préjudice *a priori*

482. La clause pénale est un remède à l'inexécution du contrat, en ce qu'elle incite le débiteur à exécuter son obligation[1970], notamment grâce à son objet qui consiste en la fixation, par avance et de manière forfaitaire, du montant des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution du contrat[1971]. Mais toutes les clauses prévoyant une indemnité au bénéfice de l'une des parties ne sont pas nécessairement des clauses pénales. Le contrat de travail connaît diverses clauses dont l'objet est de préciser le montant d'une indemnité due par l'une des parties, sans que ce montant ne corresponde aux dommages-intérêts dus

---

[1968] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, vol. II, *op. cit*., n° 1094.
[1969] Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.*, n° 990.
[1970] Elle ne sera donc jamais la contrepartie de l'exercice d'un droit, V. not., le droit de démissionner d'un syndicat : Cass. civ. 1ère , 23 mars 1983, n° 81-15815, *Bull. civ*. I, n° 112, *D.* 1983, p. 268.
[1971] C'est en cela qu'elle ne se confond pas avec la transaction qui fixe les dommages-intérêts après l'inexécution de l'obligation, V. par ex., Cass. com., 5 avril 1994, n° 92-14582, *Bull. civ*. IV, n° 139, *JCP* G 1995.II.22384 ; *RTD civ.* 1994, p. 857, obs. J. Mestre.

en cas d'inexécution. Et parmi ces clauses, celles qui prévoient une indemnité à destination de l'employeur semblent contradictoires avec l'interdiction faite à l'employeur de prononcer une anction pécuniaires. Cette contradiction pourrait remettre en cause la validité de la clause pénale dans le contrat de travail.

La reconnaissance de la clause pénale s'avère être un exercice parfois difficile, car « *un certain nombre de clauses, qui ressemblent à des clauses pénales, n'en sont pas - ou ne devraient pas en être. En droit positif, la notion de clause pénale est parfois difficile à cerner. Ainsi, alors qu'en droit commun une clause pénale sanctionne toujours l'inexécution du contrat, ce n'est pas le cas en droit du travail*»[1972].

Bien que la notion de clause pénale soit parfois identique à celle retenue en droit commun (1), le droit du travail semble s'être approprié la notion en reconnaissant ou en excluant la qualification de clause pénale à certaines stipulations conventionnelles au regard de la notion telle qu'elle est entendue en droit civil et en consacrant une notion moins classique (2).

1) L'approche classique de la clause pénale dans le contrat de travail

483. La clause pénale entendue en droit civil est celle par laquelle les parties fixent le montant des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution. Fixant ainsi le prix de la sanction de l'inexécution contractuelle, elle se heurte d'abord à l'interdiction des sanctions pécuniaires en droit du travail laissant penser qu'elle ne peut occuper qu'une place réduite dans le contrat de travail. Il ne faut pas s'arrêter à cette première impression (a). La clause pénale peut être insérée au contrat de travail (b), à condition, toutefois, qu'elle remplisse les conditions que l'on attend d'elle (c).

a) L'affirmation de la validité de la clause pénale dans le contrat de travail

484. La validité de la clause pénale peut parfois être contestée, au regard de l'obligation visée[1973] ou du contrat qui la supporte[1974]. L'introduction d'une telle clause dans le contrat

[1972] S. Pimont, « Clause pénale », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 36.
[1973] La clause pénale est prohibée de façon générale chaque fois qu'elle vise le respect d'une obligation immorale, au visa de l'art. 6 C. civ.

de travail a d'ailleurs soulevé la question de sa validité. En introduisant la règle selon laquelle, « *les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites* », la loi du 4 août 1982 a été l'occasion pour certains d'appeler la disparition de telles clauses dans les contrats de travail[1975]. En fixant à l'avance le montant des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution, « *le jeu [de la clause pénale] ne conduit-il pas le salarié, par exemple, à verser une certaine somme d'argent à son employeur créancier de l'obligation inexécutée ?* »[1976]. L'hypothèse serait donc incompatible avec la règle de l'article L. 1331-2 du Code du travail. Ce dernier interdit en effet à l'employeur de « *réduire unilatéralement, sous forme d'amende ou de retenue sur salaire, la rémunération sur laquelle le salarié a acquis un droit par son travail* »[1977]. Considérer que le salarié puisse donc être tenu de verser une certaine somme à l'employeur reviendrait à nier cette interdiction.

485. L'opinion n'emporte toutefois pas la conviction de toute la doctrine. D'abord, « *pour délimiter le domaine de l'interdiction des sanctions pécuniaires, il convient de distinguer les mesures qui amputent le salaire du travailleur des retenues fondées sur l'absence de droit à rémunération* »[1978]. Et cette première distinction se trouve « *quelque peu brouillée par l'irruption des règles contractuelles, notamment en cas de mauvaise exécution de ses obligations par le salarié* »[1979]. Ce premier obstacle, la délicate distinction entre manquement disciplinaire et manquement contractuel explique aussi qu'il faille opérer une seconde distinction entre clause pénale et amende. Elles n'ont pas le même objet. « *La première sanctionne l'inexécution d'une obligation inhérente à la relation individuelle de travail, la seconde réprime la violation d'une norme de conduite générale imposée par l'employeur à la collectivité des salariés en vertu de son pouvoir disciplinaire* »[1980]. Elles ne possèdent pas non plus la même fonction, la clause pénale présente « *une double fonction, comminatoire et indemnitaire qui l'oppose à l'amende à*

[1974] La nécessité de protéger certains contractants incitent le législateur à prévoir, par des dispositions particulières, l'interdiction d'insérer une clause pénale dans certains contrats tels que le contrat de construction, le contrat de bail à usage d'habitation,… V. E. Loquin, « Fasc. 135. Clauses dissuasives des litiges », *JCl Contrats distribution*¸ n° 34.

[1975] D. Deprez, « Les clauses pénales dans les relations de travail et leur révision par le juge », *BS F. Lefebvre*, 1985, p. 267, n° 2 ; B. Stark, H. Roland et L. Boyer, Droit civil, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat, op. cit*., n° 1806 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 621.

[1976] G. Paisant, « Les clauses pénales sont-elles encore licites dans les contrats de bail et de travail ? », *JCP* G 1986.I.3238, n° 8.

[1977] J. Mouly et J. Savatier, « Droit disciplinaire », *Répertoire Dalloz Droit du travail*, n° 169.

[1978] *Ibid*.

[1979] *Ibid.*

[1980] E. Loquin, « Fasc. 135. Clauses dissuasives des litiges », *op. cit*., n° 34.

finalité purement répressive »[1981]. La clause pénale demeure donc licite mais impose de distinguer quelle est l'obligation inexécutée. Les fautes disciplinaires peuvent être sanctionnées par le pouvoir de direction de l'employeur, elles ne peuvent faire l'objet d'une clause pénale qui s'assimilerait à une sanction pécuniaire. En revanche, les manquements contractuels qui peuvent donner lieu à une retenue de salaire pourraient sans doute être prévus dans une clause pénale.

Cette proposition oblige à distinguer le champ disciplinaire du champ contractuel dans un contrat qui, loin de favoriser cette distinction, semble au contraire tendre vers leur confusion. En effet, la discipline émane en partie[1982], dans le contrat de travail, du lien de subordination, du lien contractuel donc, « *d'où une certaine imbrication entre le contractuel et le disciplinaire* »[1983]. Le Professeur Pélissier l'expliquait pour apprécier la cause réelle et sérieuse de licenciement. Selon lui, « *la discordance d'appréciation sur des points essentiels des fonctions du salariés, attestée par des faits véritables peut fort bien être une cause réelle et sérieuse ; encore faut-il rechercher quelle est l'origine de cette discordance. Si un salarié outrepasse les attributions qui lui ont été conférées lors de la conclusion du contrat de travail […] il y a faute du salarié […]. Mais si le salarié ne commet aucune faute, cela suppose qu'il accomplit correctement les obligations nées du contrat de travail. La discordance d'appréciation sur les points essentiels des fonctions du salarié résulte alors de la volonté de l'employeur* »[1984]. Effectivement, « *pour qu'il y ait sanction disciplinaire, […] il ne suffit pas que la mesure considérée soit prise à la suite d'un agissement fautif du salarié […] ; il faut qu'elle constitue une peine, ce qui n'est pas le cas pour le non-paiement d'une somme qui n'était pas due* »[1985]. Cette appréciation « subjective » de la sanction la rend difficile à délimiter : une faute contractuelle susceptible d'être envisagée par une clause pénale peut être une faute disciplinaire par la volonté de l'employeur. Distinguer sanction pécuniaire et clause pénale obligerait alors le juge à apprécier non seulement l'obligation visée par les diverses clauses prévoyant le versement d'une somme forfaitaire en cas d'inexécution mais aussi la volonté de l'employeur sous-tendant la condamnation pécuniaire.

[1981] G. Paisant, « Les clauses pénales sont-elles encore licites dans les contrats de bail et de travail ? », *op. cit.*, n° 9.
[1982] La discipline tient aussi au fait que le salarié exerce son activité au sein d'une collectivité organisée qu'est l'entreprise.
[1983] G. Paisant, « Les clauses pénales sont-elles encore licites dans les contrats de bail et de travail ? », *op. cit.*, n° 24.
[1984] J. Pélissier, « Premières orientations de la cour de cassation sur la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. soc*. 1977, p. 21, spéc. p. 26.
[1985] J. Savatier, note sous Cass. soc., 14 avril 1983, n° 81-40459 et n° 81-40471, *Dr. soc.* 1983, p. 644.

486. Il semble donc aujourd'hui difficile d'insérer une clause pénale dans un contrat de travail. « *Alors que pendant longtemps l'on a considéré que le contractuel "chassait" le disciplinaire, il faut au contraire partir du principe que le caractère contractuel d'une technique ne l'empêche pas de relever également du droit disciplinaire* »[1986]. La faute contractuelle ainsi absorbée par la logique disciplinaire condamne la clause pénale à se voir opposer l'interdiction des condamnations pécuniaires et explique un domaine relativement circonscrit de la clause pénale en droit du travail. Elle ne va s'exprimer librement qu'à la fin de la relation contractuelle, par l'insertion d'une clause de non-concurrence, moment où le pouvoir disciplinaire s'efface. Ailleurs, on pourrait « *légitiment se demander si la présence d'une clause pénale stipulée au profit d'un employeur dans un contrat de travail ne présente pas, en raison de la dimension coercitive de cette clause, une certaine incongruité, voire même un certain danger pour le salarié* »[1987]. Ses dimensions comminatoire et répressive pourraient en effet inciter l'employeur à imposer des obligations aux salariés au-delà de ce que le législateur, la doctrine et la jurisprudence ont reconnu comme droits et libertés pour les salariés.

487. Toutefois, même applicable à un champ réduit, la clause pénale figure dans le contrat de travail et substitue, comme en droit civil, « *une évaluation conventionnelle de la réparation à l'évaluation judiciaire et, par conséquent, [elle] écarte l'intervention du juge dans la détermination du montant des dommages-intérêts destinés à compenser le préjudice* »[1988]. Édictant ainsi *« un principe de responsabilité sans préjudice dans la mesure où, contrairement au droit commun de la réparation, son exécution dépend de la seule inexécution illicite de l'obligation de garantie et qu'elle est donc exigible sans qu'il soit nécessaire qu'un préjudice ait été subi par le créancier* »[1989], la présence de la clause pénale dans le contrat de travail pose la question de la réparation intégrale du préjudice.

b) La présence de la clause pénale dans le contrat de travail

488. Il existe, dans certains contrats, une clause de non-concurrence qui prévoit le versement d'une somme forfaitaire au profit de l'employeur en cas de non-respect, par le

[1986] J. Mouly et J. Savatier, « Droit disciplinaire », *op. cit.*, n° 181.
[1987] D. Mazeaud, « Les clauses pénales en droit du travail », *op. cit.*, n° 8.
[1988] *Ibid.*, n° 9.
[1989] *Ibid.*, n° 32.

salarié, de son obligation. Les juges décident[1990] que « *la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence est une clause pénale* »[1991]. Les juges peuvent ainsi en modérer le montant si elle est excessive[1992] ou au contraire l'augmenter si elle est dérisoire[1993]. Avec cette clause, les conditions de la clause pénale du droit commun sont parfaitement assimilées par le droit du travail. Une obligation définie à l'avance, ne pas travailler pour un concurrent pèse sur l'ancien salarié. Il supporte la menace d'une sanction en cas d'inexécution. La clause répond bien alors aux trois objectifs de la clause pénale : elle prévient l'inexécution, la dissuade, et le cas échéant, répare le préjudice subi par l'employeur, de façon forfaitaire.

489. Pour autant, la clause de non-concurrence conserve son originalité en ce qu'elle n'est licite que si elle prévoit au profit du salarié une indemnité de non-concurrence. Et cette indemnité due au salarié n'a pas, pour sa part, la nature de clause pénale. Elle n'est pas, en effet, « *une peine au sens de l'[ancien] article 1152 du Code civil et ne peut être modérée par le juge* »[1994]. Face à une indemnité considérée comme dérisoire ou excessive, la seule solution est alors d'annuler la clause. Le salarié n'a donc plus à respecter son obligation de ne pas faire, en échange de quoi, il ne perçoit plus l'indemnité. Les juges choisissent dans cette hypothèse d'offrir au salarié le bénéfice de l'indemnité forfaitaire née à son profit dès lors qu'il a respecté la clause d'interdiction de concurrence prévue à son contrat.

490. La clause de non-concurrence illustre ainsi la façon dont les juges choisissent la sanction qui les intéresse. Nulle subsidiarité entre les sanctions – modulation ou annulation –, seule la volonté du juge compte : soit il révise la clause contractuelle, soit il annule la clause illicite de non-concurrence. Si les juges veulent pouvoir apprécier le montant de la clause concernée, ils choisiront alors de la qualifier de clause pénale. Il existe, en revanche, des clauses qui ne répondent pas aux conditions civilistes.

[1990] Au visa de l'article 1152 C. civ. jusqu'à présent, sans doute au visa de l'article 1231-5 C. civ. à compter du 1er octobre 2016.
[1991] La qualification juridique est désormais sans ambiguïté : Cass. soc., 10 décembre 2014, n° 13-19637.
[1992] Cass. soc., 3 mai 1989, n° 86-41634, *Bull. civ*. V, n° 325.
[1993] Cass. soc., 5 juin 1996, n° 92-42298, *Bull. civ*. V, n° 226, *D*. 1997, p. 101, obs. Y. Serra.
[1994] Cass. soc., 26 mai 1988, n° 85-45074, *Bull. civ*. V, n° 318.

c) Le refus de qualification de clause pénale dans le contrat de travail

491. Les clauses dont l'objet est de prévoir le versement d'une somme forfaitaire par le salarié au bénéfice de l'employeur sont rares mais en plus, elles ne remplissent pas toujours les caractères de la clause pénale. Absence d'effet comminatoire (i), de montant forfaitaire (ii) ou de prévision des parties (iii), le juge travailliste applique la définition civiliste pour disqualifier certaines clauses « d'indemnisation forfaitaire ».

i. L'absence d'effet comminatoire

492. La clause pénale est insérée dans un contrat afin d'inciter les contractants à exécuter leur obligation. L'effet dissuasif de la clause en est sa cause, à défaut, elle n'est pas une clause pénale devant être laissée au pouvoir modérateur du juge. C'est pourquoi la clause de dédit-formation ne se voit pas qualifiée de clause pénale.

493. Par son obligation de formation, l'employeur est contraint d'assurer la formation continue[1995] de ses salariés. Mais ce devoir de formation est aussi, parfois, un besoin en personnel qualifié. L'employeur qui prend en charge certaines formations « investit » sur les salariés avec lesquels il espère continuer de collaborer. Pour compenser « *cet investissement humain* »[1996], certaines clauses prévoient que le salarié s'oblige à rembourser le coût de la formation en cas de démission. Cette clause est ainsi stipulée au bénéfice de l'employeur, afin de compenser le préjudice qu'il peut subir face au départ du salarié pour qui il avait investi. Cette indemnité, fixée par avance, et due en cas d'inexécution du salarié, celle de ne pas rester au service de l'employeur, suffit-elle à qualifier la clause de clause pénale ?

494. Plus qu'une clause pénale, on reconnaît la clause de dédit, en l'espèce, de dédit-formation[1997]. « *Le dédit a pour conséquence de faire naître, à la charge de celui en faveur de qui il est stipulé, une obligation alternative : il a le choix, ou d'exécuter son obligation, ou d'abandonner le dédit. […] Il s'agit toujours de réparer le préjudice qui résulte pour l'une des parties de ce que l'opération sur laquelle il croyait pouvoir*

[1995] Art. L. 6321-1 C. trav.
[1996] J. Pélissier, A. Supiot, et A. Jeammaud, *Droit du travail*, *op. cit.*, n° 286.
[1997] V. not., L. Boyer, « La clause de dédit », *in Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 72 ; J.-P. Chauchard, « La clause de dédit-formation ou le régime de liberté surveillée appliqué aux salariés », *Dr. soc*. 1989, p. 388 ; F. Gaudu et R. Vatinet, *Traité des contrats. Les contrats du travail*, LGDJ, Paris, 2001, n° 295.

compter n'a pas abouti »[1998]. Pour le salarié, il s'agit d'exécuter le travail dans la même entreprise ou de démissionner en acquittant la clause qui représente alors « *la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective* »[1999].

495. Le dédit s'oppose à la clause pénale dont l'objet est d'assurer l'exécution des engagements souscrits, en faisant peser le risque d'une réparation forfaitaire dissuasive. En effet, la clause de dédit-formation doit, précisément, être proportionnelle aux frais de formation engagés. Elle n'est donc pas, par définition, comminatoire. À défaut, elle priverait le salarié de sa faculté de démissionner[2000], ce que les juges rejettent[2001]. Une telle clause n'est donc pas une clause pénale, elle est « *la contrepartie alternative à l'engagement pris par l'employeur de lui assurer une contrepartie de haut niveau* »[2002].

ii. L'absence de montant forfaitaire

496. La clause pénale doit prévoir un montant forfaitaire. Face à cette condition, la clause de garantie d'emploi est exclue du champ de la clause pénale. Cette clause dite de garantie de l'emploi aménage, au profit du salarié, le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée dont dispose l'employeur. Fixant une durée pendant laquelle le salarié est garanti de conserver son emploi, le licenciement prononcé par l'employeur constitue un manquement contractuel. Lorsque la clause fixe une indemnité forfaitaire à la charge de l'employeur, la Cour de cassation retient, sans surprise, la qualification de clause pénale[2003]. À défaut de stipulations précises, le salarié peut demander en justice des dommages et intérêts dont le montant correspond aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme de la période de garantie de l'emploi. Vite conséquentes, ces sommes incitent les employeurs à demander la qualification de clause pénale, dans l'espoir d'une diminution de la part du juge.

497. La chambre sociale de la Cour de cassation refuse toutefois l'assimilation. « *La clause contractuelle qui ne prévo[it] pas le versement d'une indemnité forfaitaire en cas*

[1998] E.-S. de la Marnierre, note sous Cass. com., 27 mars 1990, n° 88-13967, *D*. 1990, p. 390.
[1999] Cass. soc. 21 mai 2002, n° 00-42909, *Bull. civ*. V, n° 169, *RJS* 11/2002, n° 1270 ; *Dr. soc*. 2002, p. 902, obs. J. Savatier.
[2000] Un droit dont le salarié dispose depuis 1904 : art. 1780 C. civ. ; V. not., J. Pélissier, « La liberté du travail », *Dr. soc*. 1990, p. 19.
[2001] Cass. soc. 21 mai 2002, préc.
[2002] S. Pimont, « Clause pénale », *Répertoire Dalloz droit civil*, n° 51.
[2003] Cass. soc., 27 janvier 1998, n° 95-43711.

de violation de la garantie d'emploi, […] ne constitu[e] pas une clause pénale et les dispositions de l'article 1152 du code civil [ne sont] donc pas applicables »[2004]. Les juges n'hésitent pas à relever l'absence de toute visée indemnitaire, pour certaines clauses dont le but est « *de préserver la salariée de la perte de son emploi dans un contexte économique rendant difficile son reclassement professionnel* »[2005]. Il y a avec ces clauses la définition d'une obligation de l'employeur, celle de ne pas licencier pendant une période définie, mais on ne trouve pas nécessairement la fixation d'une indemnité forfaitaire. Cette carence ne permet donc pas de la qualifier de clause pénale. La solution ainsi justifiée en droit se trouve d'autant plus opportune en fait, car l'inverse aurait conduit à une possible réduction du montant des dommages-intérêts dus au salarié.

498. Il y a donc avec cette clause, une obligation de l'employeur clairement définie mais aucune indemnité forfaitaire prévue à l'avance. La libre fixation du montant de la clause est donc un critère nécessaire de la qualification de clause pénale. Ce caractère est en lien avec celui que la Cour de cassation semble aussi privilégier, une libre fixation par les parties concernées.

iii. L'absence de prévision des parties

499. L'indemnité conventionnelle de licenciement prévoit, en cas de licenciement du salarié, le versement d'une indemnité conformément à la convention collective applicable dans l'entreprise[2006]. Présentée ainsi, il s'agit d'une clause qui fixe de façon forfaitaire et à l'avance le montant des dommages-intérêts lorsque l'employeur licencie son salarié. Outre la question de l'obligation visée[2007], elle n'est pas une clause pénale en raison du support qui l'impose. Prévue par un accord ou une convention collective, elle n'émane pas directement de la volonté des parties puisqu'elle n'est pas contenue dans le contrat conclu par les parties[2008]. Elle est une « *une clause qui leur [est] extérieure, même si elle*

[2004] Cass. soc., 4 mars 2008, n° 06-45221, *Bull. civ*. V, n° 44, *JCP* G 2008.II.10095, note J. Mouly ; V. aussi G. Auzero, « La distinction entre clause pénale et clause de garantie d'emploi », *RDT* 2008, p. 304.

[2005] Cass. soc. 23 octobre 2007, n° 06-42994, *Bull. civ*. V, n° 172, *D*. 2007, p. 3107, note Ph. Waquet, *D*. 2008, p. 447, obs. A. Fabre , *RDC* 2008, p. 1158, obs. J.-S. Borghetti.

[2006] Précisons par ailleurs qu'un accord collectif peut prévoir une indemnité conventionnelle réservée au licenciement économique, sans que le salarié licencié pour motif personnel ne puisse y prétendre, V. Cass. soc., 3 juillet 2013, n° 12-13612, *Bull. civ*. V, n° 179, *RJS* 10/13, n° 677.

[2007] Peut-on considérer que l'employeur est débiteur d'une obligation de ne pas licencier ? Sur cette question, *cf. infra*, p. 359.

[2008] La solution est différente lorsque le contrat de travail se réfère « *non pas à l'application globale de l'accord d'entreprise […], mais seulement à la base de calcul de l'indemnité conventionnelle prévue par cet accord* », alors la clause est contractuelle et qualifiée de clause pénale, Cass. soc., 16 mars 2016,

a une nature conventionnelle comme c'est le cas pour une clause contenue dans une convention collective »[2009]. Cette absence de consentement « direct » lui enlève la qualification de clause pénale et la Cour de cassation refuse aux juges le pouvoir de réduire son montant[2010]. Elle a d'ailleurs admis la même solution, un refus de modérer le montant de la clause, lorsque la clause était prévue par un accord collectif non applicable dans l'entreprise[2011]. Cette dernière précision s'avère pourtant discutable. Dans cette hypothèse, la clause ne s'applique plus en vertu du caractère impératif de la convention collective mais bien selon la volonté des parties, qui ont choisi de se soumettre à cet accord collectif en particulier, et donc à toutes les dispositions qu'il contient. « *Ne faut-il pas alors considérer que l'indemnité conventionnelle de licenciement devient "contractuelle" et constitue en conséquence une clause pénale ?* »[2012]. Ce n'est donc pas tant la volonté des parties qui prime que le support de son application : il faut un contrat individuel et non un accord collectif. Ce nouvel obstacle à la qualification de clause pénale semble aujourd'hui remis en cause par la présence d'une clause pénale dans les accords de maintien dans l'emploi, annonçant une appropriation de la notion par le droit du travail.

2) L'approche spécifique de la clause pénale dans le contrat de travail

500. Si la notion classique de clause pénale permet de qualifier ou non certaines clauses du contrat de travail comme telle, elle ne suffit pas. Elle se révèle détournée lorsque les juges souhaitent modérer le montant de certaines clauses sans que la qualification de clause pénale au sens classique ne puisse leur être offerte. Procédant alors à une qualification d'opportunité, les juges voient dans l'indemnité contractuelle une clause pénale d'un genre particulier (a). C'est aussi le législateur qui semble donner à la clause pénale une acception spécifique au droit du travail, en l'introduisant dans le code du

---

n° 14-23861, *à paraître*, *SSL* 2016, n° 1716, p. 15 ; *JCP* S 2016.1174, note G. François ; *Dr. soc*., 2016, p. 470, obs. J. Mouly ; *JSL* 2016, n° 408-2, obs. Ph. Pacotte et G. Halimi.

[2009] J.-S. Borghetti, « La qualification de clause pénale », *RDC* 2008, p. 1158.

[2010] V. not., Cass. soc., 14 mai 1987, n° 85-41349, *Bull. civ*. V, n° 320, *RTD civ.* 1998, p. 531, obs. J. Mestre ; Cass soc., 28 mai 2008, n° 07-41079.

[2011] Cass. soc., 9 novembre 2011, n° 09-43528, *Bull. civ*. V, n° 253, *JCP* S 2012.1123, note B. Bossu. En revanche, si les parties ne se réfèrent pas à l'appréciation globale de l'accord d'entreprise mais aux seules modalités de calcul de l'indemnité conventionnelle, l'indemnité possède le statut d'indemnité contractuelle et peut être révisée par le juge : Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-23861, préc.

[2012] B. Bossu, note sous Cass. soc., 9 novembre 2011, *op. cit*.

travail au sein des accords de maintien dans l'emploi. On avait cru pourtant que l'indemnité conventionnelle perdait la qualité de clause pénale en raison de sa présence dans un accord collectif, aujourd'hui, cet élément de qualification perd de son efficacité. Faisant sienne la définition de certains critères, seule la dimension comminatoire semble encore guider la qualification de clause pénale dans le contrat de travail (b).

a) Une qualification d'opportunité

501. Il peut être stipulé dans le contrat de travail une clause qui offre au salarié une indemnité contractuelle[2013] de licenciement supérieure à celle prévue par le Code du travail ou la convention collective applicable. « *De telles clauses, appelées "golden parachutes" en pratique, sont assez courantes pour les cadres supérieurs qui se font ainsi consentir au moment de leur embauche une indemnité contractuelle de licenciement* »[2014]. Par principe licites[2015], ces clauses restent tout de même conditionnées à la question de savoir si cette clause fait échec, ou non, au droit de licencier de l'employeur[2016]. La Cour de cassation le rappelle, une telle clause ne peut être annulée que si les juges du fond caractérisent « *en quoi cette indemnité contractuelle, qu'elle avait le pouvoir de réduire, même d'office, si elle présentait un caractère manifestement excessif, était de nature à faire échec au droit de licenciement reconnu à l'employeur* »[2017]. Si la position, relativement souple, de la chambre sociale vis-à-vis de la validité de ces clauses peut poser la question des hypothèses dans lesquelles ces clauses feraient effectivement échec au droit de licencier de l'employeur, elle met surtout en avant la faculté de l'employeur d'en demander la révision. Les juges considèrent en effet cette clause comme une clause pénale dont le juge peut modérer le montant.

[2013] J.-F. Rage et C. Bied-Charreton, « Le point sur les indemnités contractuelles de rupture », *SSL* 2016, n° 1713, p. 5.

[2014] G. François, « De la validité et la nature de la clause du contrat de travail prévoyant une indemnité contractuelle de licenciement », *JCP* S 2014.1215.

[2015] À condition qu'elle offre un avantage au salarié plus favorable que la stricte application du code du travail ou de la convention collective.

[2016] L'art. L. 1231-1 C. trav. dispose en effet que « *le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord* ». Par ailleurs, le contrat de travail à durée indéterminée est soumis à la règle de prohibition des engagements perpétuels (Cons. const., n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *RTD civ*. 2000, p. 109, obs. J. Mestre et B. Fages).

[2017] Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-23106, *Bull. civ*. V, n° 68, *Cah. soc.* 2014, n° 262, p. 245, note J. Icard ; *JCP* S 2014.1215, note G. François : « *Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation [considère] qu'une indemnité contractuelle de licenciement n'est pas de nature à faire échec au droit de licenciement reconnu à l'employeur alors même que la clause en question s'appliquait quelle que soit la cause du licenciement (y compris en cas de faute grave et lourde), mais aussi quelle que soit l'ancienneté du salarié et nonobstant le fait qu'elle se cumulait avec l'indemnité conventionnelle de licenciement et qu'elle était très élevée* ».

Les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation décident « *que l'indemnité contractuellement prévue à la charge de l'employeur qui met fin au contrat de travail, constituant la réparation forfaitaire d'un préjudice résultant de la cessation de l'exécution du contrat peut être modérée ou augmentée en application du texte susvisé* »[2018]. La solution est constante[2019] et la formule sans équivoque : « *l'indemnité de licenciement, lorsqu'elle est prévue par le contrat de travail, a le caractère d'une clause pénale et peut être réduite par le juge si elle présente un caractère manifestement excessif* »[2020].

Ce faisant, la chambre sociale va à l'encontre de la jurisprudence civile de la Cour de cassation. La première chambre civile « *insiste surtout sur le fait qu'il n'y a clause pénale que si l'indemnité prévue est due en cas d'inexécution par le débiteur de l'une de ses obligations* »[2021].

502. Or, existe-t-il une obligation pour l'employeur de ne pas licencier ses salariés ? Dans l'affirmative, il s'agirait d'une obligation légale, imposée par la loi. La clause pénale vise-t-elle l'exécution de la loi ? Sans doute, peut-on y voir l'exécution de la loi des parties, alors la construction classique de la clause pénale serait sauvegardée. Il semble toutefois excessif d'affirmer que l'employeur ne peut licencier ses salariés, l'idée est contraire au principe d'interdiction des engagements perpétuels qui s'applique au contrat à durée indéterminée, le seul pouvant contenir une indemnité contractuelle de « licenciement ». Au mieux alors, l'obligation visée est celle de ne pas licencier sans cause réelle et sérieuse.

Toutefois, lorsque l'employeur invoque une cause réelle et sérieuse pour licencier, la qualification de clause pénale à cette indemnité ne devrait plus pouvoir être attribuée. L'indemnité ne vient pas sanctionner une inexécution contractuelle, bien qu'elle revête

---

[2018] Cass. soc., 27 février 1986, n° 84-41794, *Bull. civ*. V, n° 49.

[2019] Cass. soc., 17 mars 1998, n° 95-43411, *Bull. civ*. V, n° 142, *JCP* G 1998.IV.2066 ; Cass. soc., 31 mars 1999, n° 97-41011 ; Cass. soc., 3 décembre 2002, n° 00-44423 ; Cass. soc., 5 juin 2008, n° 06-45316 ; Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-42830 *JCP* S 2010.1113, note A. Martinon.

[2020] Cass. Soc., 18 novembre 2009, n° 08-42830, préc.

[2021] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, p. 698 : « *Ce dernier élément est très important pour la qualification de la clause et, partant, pour l'application de son régime juridique propre : si une clause prévoit le paiement d'une somme forfaitaire au créancier au cas où le débiteur serait en redressement judiciaire, il n'y a pas clause pénale dans la mesure où il n'y avait pas pour le débiteur d'obligation de ne pas tomber en redressement judiciaire. De la même façon, ne sont pas des clauses pénales les stipulations prévoyant des indemnités dues à l'une des parties en compensation au contraire du respect de certaines obligations (obligation de non concurrence par exemple), ou encore de certaines options ou facultés offertes à l'une des parties (indemnité d'immobilisation, indemnité de remboursement anticipé, faculté de dédit, ou tout autre faculté)* ».

une fonction indemnitaire et comminatoire. Le Professeur Mazeaud relève une incompatibilité « *avec l'idée essentielle selon laquelle la qualification de clause pénale suppose l'existence d'une obligation préalable souscrite par le débiteur et l'inexécution illicite de cette obligation. […] L'employeur qui verse une indemnité contractuelle de licenciement d'une part, n'était pas débiteur d'une obligation à l'égard du salarié, d'autre part, ne se rend point coupable d'une inexécution illicite* »[2022].

503. La chambre sociale semble donc être la seule à qualifier une clause ne sanctionnant pas l'inexécution d'une obligation de clause pénale[2023]. La recherche d'une cohérence avec le droit commun invite à « *démasquer* » une obligation visant à assurer la stabilité du contrat de travail[2024], un exercice qui relève sans doute davantage de l' « *interprétation divinatoire* »[2025] que de l'interprétation de la volonté des parties.

504. Nous pouvons ainsi constater que la clause pénale est ici quelque peu artificielle. Les indemnités contractuelles de licenciement ressemblent davantage à des clauses d'évaluation conventionnelle des dommages et intérêts qu'à des clauses pénales, au caractère comminatoire. Doctrine et jurisprudence ont pris l'habitude de les confondre, mais, dans cette hypothèse, les limites de la confusion apparaissent. En l'absence d'obligation contractuelle définie, quelle est la cause de cette clause ? Est-elle encore insérée au contrat pour réparer le préjudice lié à l'inexécution d'une obligation, puisqu'il n'y a plus d'obligation visée ? La distance prise avec les critères classiques s'explique davantage par la volonté des juges de contrôler le montant de ces clauses au montant souvent élevé.

505. C'est aussi le législateur qui retient la qualification de clause pénale, tout en s'éloignant de la conception classique de la notion.

b) Une qualification commandée par la loi

506. L'adoption de la loi relative à la sécurisation de l'emploi[2026] a confirmé la considération du droit du travail pour la clause pénale[2027]. En visant à « *encourager des*

[2022] D. Mazeaud, « Les clauses pénales en droit du travail », *op. cit.*, n° 26.
[2023] Les chambres civiles refusent en effet la qualification de clauses pénales lorsque la clause ne vise que l'exercice d'une faculté, V. par ex., pour une indemnité d'immobilisation dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente, Cass. civ. 3ème , 5 décembre 1984, n° 83-11788, *Bull. civ*. III, n° 207, *JCP* G 1986.20555.
[2024] A. Martinon, note sous Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-42830, *op. cit*.
[2025] D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, Paris, 1992, n° 398.
[2026] Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, préc. ; *JCP* S 2013.1267.

voies négociées de maintien de l'emploi face aux difficultés conjoncturelles », le texte traite de l'aide aux salariés placés en activité partielle[2028] puis des accords de maintien de l'emploi. « *Ce sont ces derniers qui, dès l'ANI du 11 janvier 2013, ont polarisé l'attention. Il leur a été reproché […] de porter atteinte à la force obligatoire des contrats en permettant d'escamoter ceux-ci au nom d'un intérêt collectif fondant le sacrifice des intérêts individuel* »[2029].

507. Pendant la durée[2030] d'un accord de maintien dans l'emploi, « *l'employeur ne peut procéder à aucune rupture du contrat de travail pour motif économique des salariés auxquels l'accord s'applique* »[2031]. Si la définition retenue des ruptures entendues a pu être soulevée[2032], c'est surtout la question des sanctions des ruptures contrevenant à l'accord qui nous intéresse. La loi a prévu l'hypothèse dans laquelle l'accord pourrait être suspendu, par décision du tribunal de grande instance si les engagements ne sont pas tenus de manière loyale et sérieuse et envisage même sa résiliation[2033]. Des ruptures peuvent donc être prononcées. Ces ruptures encourront-elles l'absence de cause réelle et sérieuse ? Voire la nullité ? Il semble que la sanction prévue par le texte soit seulement la soumission de l'employeur à une clause pénale[2034].

508. Une telle sanction[2035] aurait pu étonner vis-à-vis du signataire de l'accord et du bénéficiaire de cette clause. « *La clause pénale, […] vise à anticiper le montant de dommages et intérêts en cas d'inexécution de l'accord, [elle] devrait n'être invocable que par un syndicat signataire, seul à même de se prévaloir de l'inexécution de l'accord.*

[2027] Le projet de loi *Macron* (art. 98 A, 4° du projet adopté par le Sénat en première lecture le 12 mai 2015) envisageait de supprimer l'alinéa 3 de l'article L. 5125-2 C. trav et donc proposait l'abrogation de la clause pénale obligatoire. Mais, lors de l'examen du texte en deuxième lecture, l'Assemblée Nationale a supprimé cette modification (texte adopté le 18 juin 2015), la clause pénale est donc bien présente dans le Code du travail.

[2028] Art. L. 5122-1, L. 5122-2, L. 5122-4 et L. 5428-1 C. trav.

[2029] G. Loiseau, « Les accords de maintien dans l'emploi », *JCP* S 2013.1260, n° 2.

[2030] Les accords signés avant le 8 août 2015 ne pouvaient avoir une durée supérieure à deux ans ; suite à l'adoption de la loi pour la croissance et l'économie, les accords peuvent être conclus pour un maximum de cinq années (art. L. 5125-1, III, C. trav.).

[2031] Art. L. 5125-1-III C. trav.

[2032] Pourraient être compris « *dans la formule les licenciements pour motif économique mais certainement aussi, bien qu'elles n'aient pas de cause ostensible, les ruptures conventionnelles s'il peut être établi qu'elles reposent, effectivement, sur un motif économique* ».

[2033] Art. L. 5125-5 C. trav.

[2034] Art. L. 5125-2 al. 3, C. trav. : « *L'accord contient une clause pénale au sens de l'article 1226 du code civil. Celle-ci s'applique lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements* ». C'est à la suite de l'examen de l'avant-projet de loi par le Conseil d'État qu'il est ainsi fait explicitement référence à l'article 1226 du code civil.

[2035] G. Couturier, « Accords de maintien dans l'emploi », *Dr. soc.* 2013, p. 805, spéc. p. 812 : « *Par suite d'un amendement voté par l'Assemblée nationale, la clause pénale est appelée à jouer à la suite de n'importe quel manquement de l'employeur et pas seulement d'un manquement à l'engagement de maintien de l'emploi* ».

[Mais,] en réalité, l'on sait depuis longtemps que la méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi, si toutefois ce dernier fait l'objet d'une formulation assez précise, est de nature à engager la responsabilité de l'employeur envers les salariés licenciés »[2036]. La partie contractante n'est donc pas le bénéficiaire de la clause. En déconnectant ainsi la négociation et la conclusion de la clause pénale de sa mise en œuvre, la logique de la responsabilité contractuelle est remise en cause.

509. D'abord, il s'agit d'une clause asymétrique, elle n'a vocation à s'appliquer qu'en cas de manquement de l'employeur. Et cette première question des manquements de l'employeur a dû être précisée, de sorte que l'obligation à respecter soit clairement définie. Si le texte initial n'envisageait que « *les manquements de maintien dans l'emploi* », les débats parlementaires y ont joint tous les manquements liés au non-respect de cet accord[2037].

510. Ensuite, ce sont les parties au contrat qui interrogent. L'accord est conclu par les organisations syndicales de l'entreprise[2038] et l'employeur. Une première question se pose alors, ces organisations syndicales sont-elles à mêmes de demander la mise en œuvre de la clause pénale ? On sait qu'elles peuvent saisir le président du Tribunal de Grande Instance en référé pour demander la suspension de l'accord[2039], peuvent-elles aller au-delà et défendre l'intérêt des salariés concernés en tentant de leur faire obtenir le bénéfice de la clause pénale ?

Ce sont aussi les salariés visés par l'accord qui nous intéressent. En visant un ensemble de salariés[2040], est-ce dire que tous ces salariés pourront demander le bénéfice de la clause pénale, en tant que *« salariés lésés »*[2041] ? La question peut se poser de deux façons : les salariés qui n'auraient pas consenti aux bénéfices des mesures de cet accord, sont-ils victimes du non-respect d'un accord collectif qui leur est par principe applicable ? Les

---

[2036] E. Peskine, « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », *RDT* 2013, p. 168, spéc. p. 170.
Les juges de la Cour de cassation décident, en effet, au visa de l'article 1147 du Code civil, que la méconnaissance par l'employeur de son engagement de maintien de l'activité autorise les salariés à demander réparation du préjudice qui en est résulté : Cass. soc., 22 janvier 1998, n° 95-45400 et n° 95-45402, *D.* 1998, p. 480, note T. Aubert-Montpeyssen ; *Dr. soc*. 1998, p. 292, obs. J.-E. Ray ; *Dr. soc.* 1998, p. 375, note G. Couturier ; *RTD civ*. 1999, p. 379, obs. J. Mestre.
[2037] J.-M. Germain, *Rapport n° 847,* Dossiers législatifs - Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.
[2038] Sauf hypothèses dérogatoires telles que prévues à l'article L. 5125-4 C. trav.
[2039] Art. L. 5125-5 C. trav.
[2040] L'accord peut concerner toute l'entreprise ou seulement une partie ; il peut concerner tous les salariés ou seulement certains d'entre eux.
[2041] G. Couturier, « Accords de maintien dans l'emploi », *op. cit*., p. 812.

salariés qui, à l'inverse, y ont consenti et constatent un manquement de l'employeur à ses engagements sans qu'ils n'en soient directement les victimes, peuvent-ils mettre en avant le manquement de l'employeur pour faire jouer la clause pénale ? L'accord collectif comme support de la clause pénale se heurte à sa qualité : simple convention ou acte de règlement ? S'il semble peu probable que les juges admettent ces hypothèses, considérant que ces salariés ne sont pas victimes de l'inexécution et ne peuvent donc prétendre à la mesure qui vient la sanctionner, la consécration d'une clause pénale née dans un accord collectif remet à tout le moins en cause la position des juges quant à l'appréciation de l'indemnité conventionnelle de licenciement. Rappelons qu'ils lui dénient la qualité de clause pénale en raison de sa nature conventionnelle, indépendante de la volonté des parties. On pouvait en conclure qu'une clause pénale ne peut jamais exister à travers un accord collectif, conclusion désormais remise en cause.

511. Enfin, cette sanction étonne aussi concernant ses effets. La technique de la clause pénale « *se substitue au mécanisme élémentaire de responsabilité civile, qui était la sanction de la violation des engagements sur l'emploi dans une jurisprudence* »[2042] antérieure[2043]. Et il n'est pas certain que cette réparation forfaitaire satisfasse la reconnaissance du préjudice réparable de tous les « salariés lésés ». Forfait imposé pour tous les salariés sans considération de leur situation particulière, modifié par le juge seulement après une démonstration de son caractère dérisoire, il risque d'atteindre la réparation intégrale du préjudice subi par les salariés. Certes, ils recevront les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement, mais elles ne répareront pas leur perte d'emploi injustifiée. Le forfait prévu par la clause pénale suffira-t-il à compenser le préjudice subi par un licenciement qui intervient en violation d'un accord qui leur garantissait, précisément, leur maintien dans l'emploi ? Les concessions des salariés (réduction du temps de travail, du salaire,…) seront-elles compensées par le montant de cette clause pénale ? Il appartient aux organisations syndicales de négocier le montant de cette clause, mais cette sanction négociée fait naître un doute quant à l'efficacité des accords. Assure-t-elle suffisamment la garantie du respect par l'employeur de ses engagements ? Est-elle suffisamment comminatoire ? En prédéterminant ainsi le montant des dommages-intérêt, l'employeur pourrait provisionner le montant de la violation de

[2042] G. Couturier, « Accords de maintien dans l'emploi », *op. cit*., p. 811.

[2043] Des accords présentant les mêmes caractéristiques sont connus en pratique depuis longtemps : accords prévoyant des concessions sur le temps de travail et/ou la rémunération, d'une part, des engagements de l'employeur sur l'emploi, d'autre part, V. par ex., Cass. soc., 1er avr. 1997, n° 95-45284, *Dr. soc*. 1997, p. 646, obs. J.-E. Ray.

son engagement. La clause pénale perdrait alors son efficacité quant au maintien de l'emploi mais assurerait la violation efficace de la loi. Les salariés peuvent saisir le juge mais la question de la validité de leur licenciement ne semble pas avoir été prévue. « *Le manquement de l'employeur à son obligation de maintien de l'emploi ne prive pas en effet, en soi, les licenciements prononcés de cause réelle et sérieuse*[2044]. *S'il est dès lors justifié, eu égard à la situation de l'entreprise, d'un motif économique, c'est seulement sur le terrain de la responsabilité civile que l'employeur peut être redevable de dommages et intérêts dont le montant est déterminé forfaitairement par la clause pénale* »[2045].

512. L'existence de la clause pénale dans le contrat de travail est confirmée, mais elle révèle une notion qui s'éloigne de l'acception classique. Une distance qui confirme un mouvement doctrinal appelant à une redéfinition de la notion qui, on le voit, perd de son unité.

c) Une qualification remise en cause

513. Une partie de la doctrine considère que les clauses pénales sont, en réalité, doubles. Se côtoieraient les clauses pénales *stricto sensu*, et les clauses pénales *lato sensu*. Les premières étaient celles visées par le Code civil aux articles 1226 et 1229, « *elles servent à la fois à inciter le débiteur à s'exécuter (c'est la fonction comminatoire que souligne l'article 1226, […]) et à fixer par avance ce qui sera dû par le débiteur en cas d'inexécution qui lui soit imputable (comme le prévoit l'article 1229 alinéa 1er* »[2046]. Les secondes, plutôt « *clause d'indemnisation forfaitaire* »[2047], correspondaient à celles dont l'article 1152 du Code civil permet la modification par le juge.

514. « *Le flottement terminologique et conceptuel persistant* » autour de la qualification de clause pénale est illustré par la difficile qualification de certaines clauses du contrat de travail. Cette difficulté particulière pourrait ainsi être un argument supplémentaire en faveur de la reconnaissance d'une clause « autonome » d'indemnisation forfaitaire. « *Ce n'est pas parce que la clause pénale de l'article 1226 rentre en principe dans le champ d'application de l'article 1152 du Code civil […] que la réciproque est également vraie et que toute clause visée par l'article 1152 constitue nécessairement une clause pénale au*

[2044] Cass. soc., 22 janvier 1998, *préc.*
[2045] G. Loiseau, « Les accords de maintien dans l'emploi », *op. cit.*, n° 18.
[2046] J.-S. Borghetti, « La qualification de clause pénale », *op. cit.*, p. 1158
[2047] J.-S. Borghetti, « Retour sur la qualification de clause pénale », *RDC* 2009, p. 88.

sens de l'article 1226 »[2048]. L'existence d'une clause d'indemnisation forfaitaire, indépendante de la clause pénale pourrait résoudre la difficulté des juges pour modérer certaines clauses, contraints de respecter le montant prévu par les parties, à défaut de pouvoir qualifier une clause pénale *stricto sensu*.

Cette solution a été envisagée par l'avant-projet Catala, qui dans son article 1383 proposait de supprimer la distinction[2049] entre les deux clauses : « *inutile de maintenir la distinction entre clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire ainsi que les dispositions des actuels articles 1226 à 1230, 1232 et 1233 qui ne sont presque jamais appliquées et dont la signification est controversée* »[2050]. Le droit du travail aurait parfaitement accueillie cette unique clause de « réparation forfaitaire », dont le caractère comminatoire n'était plus exigé. Ainsi, le juge aurait retrouvé un pouvoir modérateur pour davantage de clauses.

515. Or, la réforme du droit des obligations n'a pas suivi cette unité. Elle supprime effectivement la distinction entre les clauses des articles 1226 et 1152 mais conserve le caractère comminatoire de la clause. La clause pénale l'emporte sur la clause d'indemnisation forfaitaire. La nouvelle définition[2051] confirme que la clause suppose un manquement contractuel de la part du débiteur : « *lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts […]* ». Avec cette définition, le rôle du juge dans la (re)qualification de certaines clauses en clauses pénales risque d'être compromis. C'est en particulier l'indemnité contractuelle de licenciement qui ne répond plus aux conditions exigées par la loi. Pourtant, l'on comprend l'enjeu d'une telle qualification : le retour du pouvoir d'appréciation de la somme prévue par le juge, de façon à assurer une meilleure corrélation entre ce montant et le préjudice effectivement subi.

B. Le rôle du juge, une appréciation du préjudice *a posteriori*

516. Pour qualifier la clause pénale, peu importe les termes employés par les parties[2052], les juges doivent se référer à l'économie réelle du contrat[2053]. L'intérêt de qualifier une

[2048] J.-S. Borghetti, « Retour sur la qualification de clause pénale », *op. cit.*, p. 88.
[2049] Au « *désespoir* » du Professeur Mazeaud : D. Mazeaud, « Les conventions portant sur la réparation », *RDC* 2007, p. 149.
[2050] Avant-projet Catala, introduction à l'article 1383.
[2051] Art. 1231-5 C. civ.
[2052] Art. 12 CPC.

stipulation contractuelle en clause pénale est de laisser au juge le soin de la modérer[2054]. Et même s'il semble que l'on ne puisse parler d'un pouvoir souverain d'appréciation[2055], le juge retrouve là une certaine liberté qui va rapprocher le montant de la clause pénale de la réalité du préjudice.

517. En admettant que le juge puisse modérer la clause pénale, l'article 1231-5 du Code civil[2056] semble s'imposer comme une atteinte considérable au principe fondamental de la liberté contractuelle. Pour l'application de ce pouvoir modérateur, deux critères étaient utilisables : « *mesurer la distance de la clause stipulée au préjudice réel* » ou « *apprécier la responsabilité respective des contractants, contractuelle ou précontractuelle*»[2057]. Les juges ne semblent pas avoir opéré un choix, et préfèrent se laisser aller à des considérations d'opportunité. « *Il [leur] est seulement demandé, s'il[s] use[nt] de [leur] pouvoir, de ne pas se fonder sur une pure impression* »[2058]. On peut alors se demander « *comment mesurer l'excès* » puisque *« la peine peut être réduite*[2059] *lors même qu'elle avait été conçue pour contraindre les parties à l'exécution, non pour évaluer d'avance le préjudice* »[2060].

518. Les juges du fond, tenus d'expliquer « *en quoi l'indemnité résultant de l'application de la clause contractuelle […] avait un caractère manifestement excessif* »[2061] vont devoir apprécier le préjudice subi. Dans le contentieux de la clause de garantie d'emploi ou d'indemnité contractuelle de licenciement, il s'agira de confronter la somme forfaitaire prévue au préjudice subi par la perte d'emploi. L'ancienneté, l'investissement du salarié permettront d'apprécier le caractère manifestement excessif ou non de l'indemnité pour lui redonner une certaine équivalence avec le préjudice subi.

[2053] Cass. civ. 3ème, 18 janvier 1989, n° 87-16847, *Bull. civ*. III, n° 15 : « *après avoir constaté l'importance de la différence existant entre le loyer mensuel de 1 200 francs et l'indemnité d'occupation de 5 000 francs par semaine, la cour d'appel, tenue de restituer aux faits et aux actes leur exacte qualification, a pu en déduire que, draconienne, cette indemnité constituait en réalité une pénalité excessive soumise à son pouvoir de modération* ».
[2054] Art. 1152, al. 2 C. civ (nouv. 1231-5).
[2055] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, vol. II, *op. cit*., n° 1097.
[2056] Anc. art. 1152 et 1284 C. civ.
[2057] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, vol. II, *op. cit*., n° 1097. L'auteur poursuit la réflexion en se demandant si « *la faute du débiteur dans l'inexécution est […] aggravée par sa mauvaise foi, par la machination d'une clause pénale dérisoire, ou atténuée, au contraire, par l'arrogance de l'autre, qui avait cherché à l'écraser* ».
[2058] *Ibid*.
[2059] « *Sans pouvoir allouer une somme inférieure au montant du dommage subi* » : Cass. com., 8 juillet 1986, n° 84-15655, *Bull. civ*. IV, n° 147, *JCP* G 1986.IV.275.
[2060] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, vol. II, *op. cit*., n° 1097.
[2061] Cass. soc., 17 mars 1998, n° 95-43411, préc.

519. La clause pénale dans le contrat de travail révèle quelques spécificités, et notamment sa qualification d'opportunité. Il semble que ce soit le recours au juge qui justifie que l'on tente de qualifier une clause de clause pénale. C'est donc le pouvoir modérateur qui intéresse, car c'est lui qui assurera le rôle de la clause pénale. Réparer intégralement un préjudice et/ou sanctionner le comportement du débiteur défaillant, c'est au juge qu'il appartient de faire dire à la clause la logique qui la supporte. Le droit du travail illustre la façon dont les juges se saisissent d'une qualification pour obtenir le résultat qu'ils recherchent. Le pouvoir du juge est-il aussi libre lorsqu'il est soumis aux prescriptions de la loi, et non plus seulement à celles des parties ?

§3. Le plancher de réparation, un outil polyvalent

520. Le législateur instaure parfois un plancher d'indemnisation, commandant une indemnisation qui ne sera jamais inférieure à un certain montant. Il y a derrière ces planchers, le risque que la condamnation soit supérieure à la réalité du préjudice subi, et emporte donc punition du responsable et non pas seulement réparation.

Une telle volonté punitive ressort clairement des dispositions en droit de la propriété intellectuelle. Pour lutter contre la contrefaçon, le législateur[2062] a introduit une innovation dans le dispositif de fixation des dommages et intérêts[2063] et la possibilité pour la partie lésée de solliciter « *à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte* ». Ce texte introduit ainsi l'idée d'un montant-plancher de dommages et intérêts. La loi du 11 mars 2014[2064] modifie la formulation et précise que cette somme *« est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait*

[2062] L. n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, *JO* n° 252, 30 octobre 2007, p. 17775.

[2063] M. Ouaniche, « Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *JCP* E 2014.1194 : « *En prenant en considération, outre les conséquences économiques négatives de la contrefaçon (dont le manque à gagner et le préjudice moral), le gain obtenu par le contrefacteur au moyen de la faute. Si la perte subie et/ou le gain manqué, ainsi que le préjudice moral résultent de l'application du principe de la réparation intégrale, l'indemnisation au titre des bénéfices du contrefacteur dépasse ce cadre puisqu'elle instaure un "droit" de la victime sur le patrimoine constitué frauduleusement par ce dernier* ».

[2064] L. n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, *JO* n° 0060, 12 mars 2014, p. 5112.

demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte »[2065]. « *Le droit aux bénéfices du contrefacteur […] introduit, de fait, dans le droit français le principe de l'allocation de dommages punitifs* »[2066], à travers l'utilisation du plancher. En imposant un seuil minimum, on reconnaît en effet, automatiquement, la réparation d'une certaine part de préjudice. Cette part immuable est détachée de toute appréciation du préjudice et peut résonner comme une punition lorsque la valeur du préjudice est, en réalité, inférieure à ce seuil.

521. En droit du travail, un plancher d'indemnisation est bien connu[2067], celui prévu à l'article L. 1235-3 du Code du travail qui impose une réparation minimale équivalente à six mois de salaire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, pour les salariés qui travaillent dans une entreprise de onze salariés et plus et ayant deux ans d'ancienneté. Or, ce plancher n'est pas appliqué aux autres salariés. Cette différence est remise en cause devant le Conseil constitutionnel[2068]. La question est ainsi posée de savoir si cette indemnité qui ne vaut que pour certains salariés porte atteinte « *aux droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment au principe d'égalité devant la loi et à la liberté d'entreprendre* ». Le débat est ouvert suite à la décision du Conseil constitutionnel dans laquelle est précisé que le fait de faire varier le plafonnement de l'indemnité de licenciement en fonction de l'effectif crée une différence de traitement entre les salariés et constitue une atteinte au principe d'égalité devant la loi[2069]. Le plancher d'indemnisation voit l'intérêt qu'on lui porte renouvelé.

522. Le « plancher » de réparation que l'on trouve en droit du travail (A) porte en lui le risque de réparer au-delà de la valeur réelle du préjudice (B). Cet outil peut toutefois perdre de sa valeur punitive si le législateur vient abroger les planchers que le droit positif connaît (C).

[2065] Art. L. 521-7 CPI.

[2066] M. Ouaniche, « Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *op. cit*.

[2067] Il n'est toutefois pas le seul, le Code du travail contient également un plancher d'indemnisation à l'art. L. 1235-15 : en cas de procédure irrégulière de licenciement pour motif économique dans une entreprise où le comité d'entreprise ou les délégués du personnel n'ont pas été mis en place alors qu'elle est assujettie à cette obligation et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi. Les juges ont toutefois précisé que cette disposition ne vaut qu'en cas de licenciement collectif pour motif économique : Cass. soc., 19 mai 2016, n° 14-10251, *à paraître*, *Liaisons sociales Quotidien*, 2016, n° 17087, p. 1.

[2068] QPC du 2 mai 2016, n° M 16-40.209, posée par le Conseil des prud'hommes d'Amiens à la Cour de cassation, le 28 avril 2016, *SSL* 2016, n° 1723, p. 12, obs. J. Grangé et R. Guinchard.

[2069] Cons. const., n° 2015-715 DC, 5 août 2015, préc.

A. L'outil offert par le Code du travail

523. Lorsque le législateur prescrit un plancher d'indemnisation, le juge ne peut évaluer le préjudice en deçà. Cette injonction trahit une certaine distance avec l'appréciation du préjudice réparable. Il appartient au juge de caractériser le préjudice subi, d'en apprécier les qualités, mais l'évaluation qu'il va en faire sera toujours au moins égale au plancher imposé par la loi. Dès lors, il est possible d'imaginer une réparation finale qui serait, en réalité, supérieure au préjudice subi. L'outil de la réparation peut alors devenir un outil de punition.

524. Le Code du travail contient diverses dispositions imposant aux juges une réponse à donner à certains préjudices. Ainsi, dans l'hypothèse où la cause du licenciement d'un salarié bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée n'est ni réelle ni sérieuse, l'article 1235-3, alinéa 2, du Code du travail dispose, que « *le juge octroie une indemnité au salarié*[2070]*. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois* »[2071]. Pour les autres salariés en revanche, ils ne peuvent prétendre qu'à la réparation de leur préjudice subi. Si la différence s'explique par les incidences économiques d'un tel plancher sur les petites entreprises, la solution indique aussi une déconnexion du préjudice et de l'indemnisation. De même, lorsqu'un licenciement pour motif économique est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle, l'article 1235-11 dudit code précise qu'à défaut de réintégration du salarié, « *le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois* ». Enfin, pour combattre la précarité des contrats à durée déterminée. C'est encore pour le salarié embauché sous contrat à durée déterminée, victime d'une rupture anticipée de son contrat, que la loi prévoit qu'il a droit à « *des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat* »[2072]. S'agissant d'une indemnité minimale imposée par le législateur, elle est avant tout un plancher de réparation. Toutefois, les juges, précisant son régime et sa nature, lui ont aussi donné un caractère automatique, qui pourrait parfois rapprocher cette indemnité d'une punition. L'hypothèse se confirme avec

---

[2070] À défaut de réintégration.

[2071] Pour des rappels de la règle, (rendus sous l'empire de l'ancien art. L. 122-14-4 c. trav.), V. not., Cass. soc., 22 juin 1993, n° 91-43560, *Bull. civ*. V, n° 175 : « *attendu, cependant, que l'indemnité due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne peut être inférieure à la rémunération brute dont bénéficiait le salarié pendant les 6 derniers mois précédant la rupture du contrat de travail* » ; Cass. soc. 13 juillet 2004, n° 03-43780, *Bull. civ*. V, n° 207, *RJS* 10/04 n° 1025.

[2072] Art. L. 1243-4 C. trav.

divers planchers, introduits par le législateur. Le non-respect de la priorité de réembauche prévue à l'article L. 1233-45 du Code du travail et ses deux mois de salaries[2073], la requalification du contrat de travail à durée déterminée et son mois de salaire[2074], autant de règles destinées à protéger le salarié, dont la violation doit assurer une réparation au salarié.

525. Face à ces planchers, un doute subsiste : sous couvert d'un plancher d'indemnisation, le droit du travail ne poursuit-il pas un autre objectif que la réparation ?

B. La logique poursuivie par les juges

526. S'agissant du salarié sous contrat de travail à durée déterminée, les juges ont fait du plancher légal une indemnisation systématique. Systématique car le salarié n'a pas à établir l'existence d'un préjudice « *s'il n'envisage pas d'obtenir une indemnité supérieure au montant forfaitaire* »[2075]. Elle est donc versée dès le constat d'une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée. De plus, elle ne peut faire l'objet d'une réduction[2076]. Le plancher légal a donc été apprécié par les juges de façon à lui conférer parfois le caractère de forfait : un manquement, une indemnisation automatique au montant fixé à l'avance. Cette appréciation vaut toutes les fois où le salarié n'a pas subi de préjudice supérieur à la somme qu'il est assuré de percevoir, c'est notamment le cas lorsque l'exécution du contrat n'a pas commencé[2077]. Il y a là une solution opportune pour les salariés précaires et, aussi, un résultat dissuasif pour les employeurs tentés de rompre un contrat à durée déterminée de façon anticipée.

527. Dans ces hypothèses, il semble que la violation de la règle entraîne une indemnisation prédéterminée par le législateur. Ces règles, dont l'objet est de protéger le salarié, sont assorties d'une punition : la réparation du préjudice déjà évaluée. « *Si l'on admet, au contraire, que la violation d'une règle ne cause pas nécessairement un préjudice, on en vient tout naturellement à s'interroger sur l'utilité de la règle. Sa*

[2073] Cass soc., 21 mai 2014, n°s 13-14003, 13-14004, 13-14005, 13-14006, 13-14007, 13-14008, 13-14009, 13-14010, 13-14011, 13-14012, 13-14013, 13-14014 et 13-14015.

[2074] Cass. soc., 22 février 1996, n° 92-44494 ; Cass. soc., 7 janvier 1998, n° 95-43808 ; Cass. soc., 19 janvier 1999, n° 96-42884, *Bull. civ*. V, n° 30, *Dr. soc.* 1999, p. 399, obs. C. Roy-Loustaunau.

[2075] F. Bousez, « Fasc. 2-48 : contrat à durée déterminée. – Cessation », *JCl Travail Traité*, n° 142.

[2076] Cass. soc., 31 mars 1993, n° 89-43708, *Bull. civ*. V, n° 103, *JCP* G 1993.II.22130, note F. Taquet ; Cass. soc., 10 janvier 2001, n° 99-40958.

[2077] Cass. soc., 12 mars 2002, n° 99-44222, *Bull. civ*. V, n° 86, *D.* 2002, p. 1595 ; Cass. soc., 26 septembre 2002, n° 00-42581, *Bull. civ*. V, n° 281, *D.* 2003, p. 1223, obs. I. Omarjee.

méconnaissance pourrait-elle n'avoir eu aucune incidence ni sur l'équilibre général de l'ordre juridique qui n'aurait pas été troublé, ni sur la situation de la victime qui n'aurait subi aucune répercussion ? »[2078]. L'existence du préjudice provient donc de la violation de la règle, il y a là une assimilation de la théorie selon laquelle la violation d'un droit subjectif cause nécessairement un préjudice[2079]. « *L'affirmation d'un droit à réparation s'impose en droit du travail dès lors que la règle a pour fonction de protéger le salarié contre des décisions de l'employeur susceptibles non seulement d'affecter directement son emploi, dans ses conditions d'exercice ou dans son existence, mais encore de porter atteinte à sa personne. De surcroît, le caractère d'ordre public de ces règles justifie particulièrement cette conception* »[2080].

528. « *Le fondement de l'action de la victime réside dans la violation du droit, dans l'acte illicite. L'indemnisation que demande la victime représente en réalité la sanction, le prix de l'illicite lui-même : c'est une peine privée* »[2081]. Le préjudice est, à nouveau, le prétexte d'une condamnation, alors que ses qualités sont relayées au second plan. Qu'il existe un préjudice ne fait pas de doute, mais il n'est pas apprécié au regard de ses limites mais aussi au regard de la règle violée qui lui a donné naissance. Les contours du préjudice sont atténués par la volonté de répondre à l'illicéité, qu'importe si le préjudice réellement subi est inférieur au plancher prévu. Ces planchers de réparation s'inscrivent donc dans le mouvement, qui tend à se développer en droit du travail, celui qui vise à sanctionner l'auteur d'un dommage. Vision punitive de notre droit de la responsabilité, les dommages-intérêts minimums prononcés en l'absence de corrélation entre son montant et le préjudice subi s'inscrivent d'avantage dans une logique de dommages-intérêts qui punissent que de ceux qui réparent un préjudice.

529. Des dommages-intérêts qui punissent, il semble que le juge en prononce de plus en plus. Punitifs, ces dommages-intérêts participent au débat sur l'évolution de notre droit de la réparation et militent en faveur de leur reconnaissance, en dépit du dogme de la réparation intégrale. Les juges instrumentalisent les outils de la réparation pour leur donner un rôle nouveau, celui de la punition. La crainte de l'instauration des barèmes comme frein à la réparation intégrale est compensée par cette volonté de plus en plus exprimée de sanctionner les comportements dommageables. Entre punition et réparation,

[2078] M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail, op. cit*., p. 63.
[2079] Sur cette thèse, *cf. supra*, p. 167.
[2080] M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail, op. cit*., p. 63
[2081] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation, op. cit*., p. 129.

l'objectif de la responsabilité en droit du travail semble devoir être trouvé. Assurer la réparation a été l'un des moteurs du droit du travail, il est aujourd'hui rattrapé par la volonté de sanctionner certains comportements. Ce nouvel objectif fait alors perdre son crédit au premier : comment justifier que certains faits dommageables ne donnent lieu qu'à la réparation du préjudice, là où tant d'autres condamnent aussi leur auteur au-delà de la valeur du préjudice? La différence, ainsi créée par les juges, paraît difficile à expliquer. Éviter l'accusation de « *discrimination* », nécessite sans doute d'admettre, que pour certains manquements contractuels, il y a lieu à une condamnation à des dommages-intérêts punitifs. Or, la détermination de ces manquements ne peut être de l'office du juge dans notre système légal de responsabilité civile. C'est donc au législateur qu'il appartient de consacrer la réalité des dommages-intérêts punitifs.

C. Un avenir en suspens

530. S'agissant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, bien que sa nature de peine privée ne fasse pas de doute, elle semble, aujourd'hui, être le lieu d'une évolution qui tend plutôt à sa disparition, qu'à la consécration de dommages-intérêts punitifs.

D'abord, des projets de loi visaient à diminuer le montant de ces planchers[2082]. Si le plancher diminue, le caractère punitif de la mesure s'estompe. Sans oublier la faculté pour l'employeur de prévoir le montant de sa condamnation et de pouvoir ainsi le provisionner. Ensuite, c'est une question prioritaire de constitutionnalité[2083] qui s'inscrit dans ce même mouvement. Bien que l'article L. 1235-3 du Code du travail ait déjà été déclaré conforme à la Constitution[2084] au regard du principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, la question est cette fois différente et pourrait influencer l'avenir de ce plancher. La décision de Conseil constitutionnel rendue à l'occasion de la loi *Macron*[2085] révèle en effet un

[2082] V. les projets de loi *Macron* et *El khomri*, préc.
[2083] QPC du 2 mai 2016, n° M 16-40.209, posée par le Conseil des prud'hommes d'Amiens à la Cour de cassation, le 28 avril 2016, préc. : « *L'article L. 1235-3, alinéa 2, du Code du travail visant à octroyer au salarié, licencié pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, lorsque le licenciement est opéré dans une entreprise employant habituellement au moins onze salariés, porte-t-il atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment au principe d'égalité devant la loi et à la liberté d'entreprendre ?* » ; Cass. soc., 13 juillet 2016, n° 16-40209, *Lexbase* 28 juill. 2016, note Ch. Radé ; *Dr. soc*. 2016, p. 864, note J. Mouly.
[2084] Cons. const., n° 2007-561 DC, 17 janvier 2008, *Dr. soc*. 2008, p. 424, note V. Bernaud.
[2085] Cons. const., n° 2015-715 DC, 5 août 2015, préc.

changement de circonstances de droit[2086] qui justifie son examen par le Conseil mais peut aussi annoncer la disparition de ce plancher. Les juges n'ont finalements pas retenu l'existence d'une différence de traitement[2087]. Le plancher demeure donc un outil d'évaluation de la réparation du prjéudice. Il reste à savoir si le législateur se saisira tout de même de lla question, car, si les derniers projets de lois laissent entrevoir l'affection du législateur pour les plafonds, le plancher ne semble pas bénéficier du même intérêt.

531. Le licenciement nul risque aussi d'être concerné par ce mouvement. La somme minimale octroyée au titre de la rupture, égale à 6 mois de salaires[2088], possède une assise législative[2089] et prétorienne[2090]. Or, en modifiant l'article L. 1235-3, le législateur pourrait mettre à mal tous les planchers créés par les juges. Certes, le projet de loi *Macron* écartait les plafonds d'indemnisation en cas de licenciement nul[2091]. En revanche, il ne prévoyait pas de fixer un plancher en cas de licenciement nul, excepté pour le licenciement pour motif économique. Sans la fixation d'un plancher pour le licenciement nul, l'appréciation du préjudice sera souveraine et le plancher disparaîtra des outils d'évaluation du juge travailliste.

532. Conclusion du chapitre.

Il arrive que l'évaluation du préjudice ne soit pas exclusivement laissée à l'appréciation souveraine des juges, puisqu'ils bénéficient de différents outils pour y parvenir. Ces derniers ont longtemps été au service de la victime. Elle était ainsi assurée d'obtenir une indemnisation forfaitaire – grâce à la loi de 1898 – ou une indemnité minimale – avec le plancher d'indemnisation. Les juges ont également apprivoisés ces outils, et en particulier, l'indemnité forfaitaire. Ils ont admis une indemnité forfaitaire, en cas de licenciement nul d'un représentant de personnel, qui résonne davantage comme une punition qu'une mesure de réparation. Ils ont également qualifier certaines clauses de

[2086] Une décision du Conseil constitutionnel peut en effet constituer « *une circonstance de droit nouvelle de nature à ce que cette précédente décision […] ne fasse pas obstacle à ce que la question de la conformité de cette disposition à la Constitution soit à nouveau examinée par le Conseil* », CE 15 avril 2016, n° 396696, *AJDA* 2016 p.753.
[2087] Cons. const., n° 2016-582 QPC, 13 octobre 2016,
[2088] Parfois portée à 12 mois, art. L. 1235-11 C. trav. pour le licenciement nul suite à l'absence ou l'insuffisance de PSE ; art. L. 1226-15 C. trav., pour le licenciement d'un salarié dont le contrat est suspendu en raison d'un AT-MP.
[2089] C'est notamment l'hypothèse de l'article L. 1134-4 C. trav.
[2090] Cass. soc., 27 juin 2000, n° 98-43439, *Bull. civ*. V, n° 250, *RJS* 2000, n° 937 ; *D.* 2000, p. 221 , pour les salariés ordinaires ; Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-41695, arrêt *Peccoud*, préc. pour les salariés protégés.
[2091] Art. L. 1235-3-2 tel que prévu par le projet de loi *Macron*, préc.

clauses pénales dans le but d'augmenter le montant de l'indemnité fixé lorsqu'ils la jugent dérisoire. À l'encontre de la volonté contractuelle, une telle majoration peut punir celui qui croyait s'être protégé par l'insertion de cette clause.

Aujourd'hui, le législateur amorce un changement de logique. « *Le sacro-saint principe de sécurité juridique est [en effet] excipé au secours de la désagrégation du préjudice. Le juge est alors mis sur le banc des accusés* »[2092]. Il faut sécuriser le contentieux en admettant des outils précis d'évaluation du préjudice. Mise en place d'un barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse ou disparition des planchers de réparation, les outils d'évaluation du préjudice permettent aujourd'hui au responsable d'anticiper sa condamnation. La réparation est instrumentalisée pour « *orienter les décisions des protagonistes* »[2093], pour inciter les comportements. Il est généralement admis que deux modalités de la sanction permettent d'influencer les comportements : la contrainte, dont le pendant est la punition[2094], et l'incitation[2095]. Si le forfait ou le plancher d'indemnisation ont pu un temps témoigner d'une « instrumentalisation-punition », le mouvement suit aujourd'hui une autre direction, celle de l' « instrumentalisation-incitation ».

L'évaluation du préjudice et ses outils s'inscrivent dans « *une discussion qui est inscrite dans le programme de la réparation intégrale, carrefour d'exigences sociales de justice. La normalisation de l'indemnisation n'exclut pas l'évolution des normes comme des montants dans la mesure où la nature des préjudices, comme leur gravité, ne dépend pas seulement du dommage subi par la victime mais de son rapport à un environnement* »[2096]. Il faut se demander si la relation de travail est un environnement qui justifie de mettre le responsable et le montant de sa faute au centre de l'attention. La réponse nous semble négative. La réparation vise à rétablir un équilibre rompu, qui s'apprécie au regard de la situation de la victime. Donner les moyens de prévision au responsable s'inscrit à contre-courant de cette dynamique.

[2092] T. Pasquier, « Le préjudice à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 741.
[2093] G. Bargain et T. Sachs, « La tentation du barème », *RDT* 2016, p. 251.
[2094] A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199.
[2095] P.-E. Berthier, « Les incitations légales », *SSL* suppl. n° 1680, p. 36 ; P. Coppens, « La sanction de la règle juridique : de la contrainte à l'incitation », *in* Y. Chaput (sous la dir.), *La sanction : la lecture des économistes et des juristes*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 27.
[2096] F. Ewald, « L'équité dans la réparation du préjudice », *in Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, 2009, p. 5, spéc., p. 133.

Conclusion du Titre I

533. Le droit civil et le droit du travail connaissent les mêmes moyens de disparition du préjudice, certains en nature, d'autres en argent. Un point commun les relie, la réparation intégrale. S'agissant ensuite des moyens matériels de la réparation, les deux champs connaissent une perte de vitesse de la réparation en nature. En droit du travail, la réintégration du salarié dans son emploi apparaît comme la sanction de la nullité, et témoigne d'une certaine « *systématisation de notions concrètes directement empruntées à la pratique sociale*[2097] *[…] contre les catégories abstraites du droit civil* »[2098]. Le droit du travail a en effet utilisé la réintégration comme une réponse à la nullité, et ne lui laisse plus jouer un rôle de réparation en nature. Ce constat permet de penser que le droit du travail est une matière qui admet la thèse selon laquelle la cessation de l'illicite est une fonction autonome de la responsabilité[2099]. Les mesures de remise en l'état qu'il connaît résonnent toutes comme des mesures qui viennent faire cesser le fait illicite et qui doivent être complétées par une mesure de réparation pécuniaire pour assurer la disparition du préjudice.

La réparation pécuniaire s'impose dès lors comme le moyen favori de réparer le préjudice. L'octroi de dommages-intérêts révèle toutefois une mise en œuvre parfois détournée de l'objectif de réparation.

L'évaluation souveraine du préjudice pose d'abord la question de son adéquation avec le préjudice. À défaut de nomenclature officielle des préjudices, les juges doivent évaluer « *tous chefs de préjudices confondus* [2100]». En revanche, lorsque les préjudices sont précisément distingués, certains cumuls d'indemnités sont admis. La multiplication des chefs de demande permet alors de donner une nouvelle valeur à la condamnation dont le montant augmente, permettant une certaine « *dissuasion par l'argent* »[2101]. Face au

[2097] Sur la théorie des conflits des logiques qui s'intéressent aux enjeux sociaux concrets (la logique patronale s'oppose à la logique des travailleurs), V. A. Supiot, « Le juge et le droit du travail », *Dr. soc*. 1980, p. 64.
[2098] B. Bossu, « Les situations de fait et l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de Cassation », *op. cit*., spéc. p. 97.
[2099] À l'instar de C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, *op. cit*., p. 613.
[2100] Notons toutefois que l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile prévoit à l'article 1262 que « *chacun des chefs de préjudice allégués [soit] évalué distinctement* ».
[2101] J. Mouly, « L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés », *op. cit*., spéc. p. 729.

renouvellement de la fonction dissuasive de la condamnation à réparation, se pose alors la question de l'admission des dommages-intérêts punitifs. La réparation sert aujourd'hui de support à la punition du responsable, mais à défaut de disposer d'un moyen légal de le faire, les juges sont contraints d'utiliser la réparation pécuniaire pour atteindre cet objectif. Il ne manque plus qu'une volonté politique pour admettre l'existence officielle des dommages-intérêts punitifs.

Ensuite, le constat d'une instrumentalisation de la réparation pécuniaire finit de convaincre que la réparation sert aujourd'hui de support à d'autres objectifs que la seule disparition du préjudice. La réparation pécuniaire n'est pas exclusivement laissée au pouvoir souverain des juges. Ces derniers disposent, en effet, de certains outils aménagés par le législateur ou les parties. Les juges ont apprivoisé ces outils. Le plafond est ainsi devenu un outil de dissuasion et de sanction. Cette utilisation des instruments de la réparation ne sert plus seulement à réparer le préjudice. Elle sert aussi à punir des comportements, et incite à admettre les dommages-intérêts punitifs. « *Faut-il […] s'effrayer de ce rapprochement des responsabilités pénale et civile ? Sans doute pas si l'on veut bien comprendre que ces responsabilités judiciaires, bien que guidées par des objectifs distincts présentent une identité conceptuelle commune. […] La responsabilité suppose toujours de répondre à un déséquilibre par un rétablissement. […] En droit civil, ce rétablissement de l'équilibre est obtenu : soit de manière rétrospective et au regard de la victime, par la réparation intégrale du préjudice ; soit de manière prospective et au regard de l'auteur par la cessation de l'illicite […]. Cette fonction unique de la responsabilité juridique, rétablir l'équilibre, explique les interactions des conditions de la responsabilité, et la confusion partielle de leurs effets* »[2102].

Plus original en revanche, cette instrumentalisation de la réparation sert aussi, de plus en plus, à prévoir le montant de la condamnation du débiteur de la réparation. Plafonds d'indemnisation et barèmes permettent aux responsables de prévenir leur condamnation. Il se dessine donc, en droit du travail, un mouvement de prévention dans la responsabilité mais différent de celui que l'on connaît. Il est classique de dire que la responsabilité possède une vertu préventive, en ce qu'elle tend à éviter la réalisation du dommage. Il est plus original de lui attribuer une vertu de prévision de la sanction. Le droit du travail offre aux responsables le moyen d'anticiper la condamnation pécuniaire, autrement dit, de la provisionner. « *L'amoindrissement des sanctions conduit ainsi à faire prévaloir le droit*

[2102] J.-Ch. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *op. cit.*

de licencier de l'employeur sur l'exigence d'une justification du licenciement »[2103]. En payant le prix fixé à l'avance, les règles de la réparation et du droit du travail peuvent s'effacer. Il ne s'agit plus de rétablir l'équilibre rompu, mais de limiter l'étendue du rétablissement. Le changement de logique est à contre-courant du mouvement à l'œuvre en droit civil, qui rapproche au contraire la responsabilité pénale et la responsabilité civile, pour assurer la cessation de l'illicite. L'importance ainsi accordée au débiteur nous amène à savoir qui il est, et de façon plus générale, qui sont les acteurs de la réparation.

[2103] S. Laulom, « La fragilisation du droit du licenciement : approche comparée », *Dr. soc*. 2016, p. 499, spéc., p. 501.

TITRE II. LES ACTEURS DE LA RÉPARATION EN DROIT DU TRAVAIL

534. « *Qui peut […] se satisfaire de ce que toutes les victimes de dommages corporels ne soient pas logées à la même enseigne selon qu'elles relèvent de tel juge, de tel dons d'indemnisation ou de tel assureur* ? »[2104]. L'interrogation des Professeurs Gout et Porchy-Simon résume la situation dans laquelle sont placées les victimes de dommage corporel, mais elle peut, parfaitement, être transposée en droit du travail.

De ces multiples acteurs de la réparation ressort un sentiment insatisfaisant de connaissance du droit de la réparation en droit, et en droit du travail en particulier. La compétence partagée entre les conseils prud'homaux et les tribunaux d'affaires de sécurité sociale[2105] ou l'actualité autour de l'action de groupe menée devant un juge civil, sont autant d'hypothèses dans lesquels le juge prud'homal n'est plus le juge naturel du contrat de travail. Le choix du débiteur offre lui aussi ses difficultés. Face à certains risques, l'appel à la solidarité via des mécanismes de réparation collective assure la réparation du préjudice au détriment du lien d'imputabilité de la responsabilité. La recherche de ce lien pose aussi la question de la solvabilité du responsable. En principe, le responsable, en cas d'inexécution contractuelle, est le contractant défaillant. Or, afin d'assurer l'exécution de la mesure de réparation, il peut être tentant de rechercher un débiteur en un tiers au contrat. Face à plusieurs juges et à plusieurs débiteurs, comment reconnaître le rôle de chacun ?

Afin de préciser qui sont les acteurs de la réparation en droit du travail, il apparaît indispensable de préciser quel est le juge compétent (Chapitre 1), mais aussi de savoir qui sera le débiteur final de la mesure de réparation (Chapitre 2).

[2104] O. Gout et S. Porchy-Simon, « Plaidoyer pour la défense des nomenclatures dans le droit du dommage corporel », *op. cit.*, p. 1504.
[2105] Pour les victimes d'accidents du travail et de maladie professionnelle.

Chapitre 1. Les juges de la réparation

535. Dans un de leurs rapports annuels, les juges de la Cour de cassation proposent de créer un bloc de compétences en matière de droit syndical et d'élections professionnelles. Ils relèvent en effet une « *répartition des compétences entre juge judiciaire et autorité administrative en matière d'élections professionnelles [qui] peut conduire à un certain enchevêtrement des compétences qui attente à la lisibilité du droit pour les entreprises et les place dans une situation d'incertitude sur leurs obligations* »[2106]. Le constat révèle ainsi une complexité en matière d'attribution des compétences pour le contentieux social[2107], qui ne se limite pas, en réalité, au contentieux électoral.

Le rapport du président Lacabarats[2108] porte lui aussi le constat d'un dysfonctionnement des conseils prud'homaux, et évoque un certain « *éclatement du contentieux du droit du travail* »[2109]. L'on sait depuis longtemps que « *l'entreprise a, naturellement, affaire à de nombreux juges en matière sociale* »[2110]. Le président Lacabarats recense ces « *nombreux juges* », il en dénombre pas moins de sept, avec « *le juge prud'homal, pour les litiges individuels nés du contrat de travail, le juge administratif, dès lors que le contentieux fait intervenir l'autorité administrative, le juge d'instance, pour le contentieux de la représentativité et des élections professionnelles et pour les contestations relatives au contrat d'engagement entre armateurs et marins, le juge départiteur, qui n'est pas nécessairement celui qui, au sein du tribunal d'instance, traite le contentieux des élections et de la représentativité, le tribunal de grande instance, pour les contentieux collectifs, les tribunaux répressifs, en cas d'infraction à la législation du travail et enfin,*

[2106] Rapport annuel de la Cour de cassation 2014, Livre 2, La documentation française.

[2107] Sur la question des élections professionnelles, « *l'article 87 du projet de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques propose de supprimer, au profit du tribunal d'instance, la compétence administrative en matière préélectorale pour les élections des représentants du personnel, ainsi que la compétence de l'inspecteur du travail en matière de dérogations aux conditions d'ancienneté pour les élections professionnelles* » (Rapport annuel de la Cour de cassation 2014).

[2108] A. Lacabarats, *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, La documentation française, 2014, spéc. p. 3 et 52.

[2109] Le constat n'est pas nouveau, dès le milieu du XXème siècle, il est déjà fait : P. Laroque, « Contentieux social et juridictions sociales », *Dr. soc.* 1954, p. 271. Il est régulièrement dénoncé : L. Pécaut-Rivolier, « Le paradoxe d'un contentieux éclaté », *in* Ph. Waquet (sous la dir.), *13 paradoxes en droit du travail*, collection Lamy Axe droit 2012, p. 383.

[2110] Ph. Waquet, « Le juge et l'entreprise », *Dr. soc*. 1996, p. 472.

le tribunal de commerce, en cas de procédure collective »[2111]. Un tel éclatement, complexe et incompréhensible, doit être atténué. Pourtant, la réforme est difficile[2112], malgré de nombreux partisans[2113]. Et la loi du 6 août 2015[2114] ne renouvèle pas notre modèle de justice au travail, par faveur pour le paritarisme de la juridiction prud'homale[2115].

536. La diversité des juges rencontrés en droit du travail s'explique par la diversité des contentieux, mais s'agissant plus particulièrement de la réparation du préjudice, quels juges interviennent ? Concurrence (section 1) ou confusion (section 2) entre les juges se font sentir lorsqu'il faut s'adresser au « *bon juge* »[2116], laissant planer le risque d'un manque de lisibilité du rôle de chacun.

[2111] A. Lacabarats, *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI*ème *siècle*, *op. cit*., p. 52 ; A. Lacabarats, « Les conseils de prud'hommes », *RJS* 3/16, p. 187.

[2112] A. Supiot, « L'impossible réforme des juridictions sociales », *Revue française des affaires sociales* 1992, p. 97, n° 1 : « *il y a donc fort à parier que rien ne bouge d'important, d'ici longtemps du côté des juridcitions sociales* » ; C. Tailandier, « Le conseil de prud'hommes entre crise et réforme », *SSL* 2015, n° 1696, p. 12.

[2113] Des partisans au sein de l'Assemblée nationale, qui critiquent, entre autres, « les délais de traitement des affaires anormalement longs en droit du travail devant plusieurs juridictions de la région parisienne », V. la question écrite posée en 2011 par M. Claude Bartolone, député, *J.O.* 18 janvier 2011, p. 402 ; réponse publiée au *J.O*. du 27 décembre 2011, p. 13704.
La doctrine s'est aussi fait l'écho de ces critiques, V. not., D. Metin et S. Doudet « Délais déraisonnables de la procédure prud'homale : l'État condamné », *SSL* 2012, n° 1529, p. 8 ; Ch. Vigneau, « L'inéquitable procès prud'homal », *RJS* 2013, p. 363 ; Y. Rolland, « Le conseil de prud'hommes entre mythe et réalité », *Dr. soc*. 2013, p. 618 ; *Dr. ouvr*., n° spéc., « Vers un ordre juridctionnel social », nov. 2014 ; F. Guiomard, « Quelles réformes pour la justice sociale ? Première partie : les juridctions », *RDT* 2014, p. 129 ; M. Keim-Bagot, « Une réforme des juridictions de sécurité sociale en mouvement », *RDT* 2016, p. 360.
C'est aussi un précédent rapport, le rapport Marshall (décembre 2013) qui proposait une réorganisation complète de la justice du travail, par la création d'un tribunal social. V aussi l'ouvrage de P. Joxe, *Soif de justice. Au secours des juridctions sociales*, Fayard, Paris, 2014.
Une loi n° 2014-1528 du 18 décembre 2014 relative à la désignation des conseillers prud'hommes (*JO* n° 0293, 19 décembre 2014 p. 21435) a autorisé le gouvernement à prendre, dans les dix-huit mois, des ordonnances permettant la désignation des conseillers en fonction de l'audience des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs. C'est ensuite la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques qui a été adoptée, avec comme objectifs, « *de raccourcir considérablement les délais, d'améliorer la qualité des jugements et de limiter l'incertitude des employeurs sur le niveau des indemnités lorsque le conseil de prud'hommes considère qu'un licenciement est privé de cause réelle et sérieuse. Cet encadrement a cependant été invalidé en raison d'une violation du principe d'égalité* » (T. Lahalle, « *La justice prud'homale à l'aune des lois du 18 décembre 2014 et du 6 août 2015* », *JCP* S 2015.1324). Pour autant, le contentieux du travail n'est finalement pas présent dans le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIe siècle, n° 661, déposé le 31 juillet 2015 et adopté le 5 novembre 2015 et le 24 mai 2016 par l'assemblée nationale.

[2114] V. les actes du colloque « Loi Macron, Rapport Combrexelle – Quels enjeux, quel avenir, pour la justice prud'homale ? », *Dr. ouvr*. 2016, n° 812.

[2115] Sur le dogme du paritarisme, V. F. Géa, « Une meilleure justice du travail ? », *RJS* 3/16, p. 191.

[2116] Le juge sera bon car compétent, et non aussi bon que le juge Magnaud, V. M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du bon juge Magnaud », *in De code en code, Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009, p. 335 ; Ch. Radé et S. Tournaux, « Retour sur le "phénomène" Magnaud et l'influence d'un magistrat hors norme sur l'évolution du droit du travail », *Dr. soc*. 2015, p. 596.

Section 1. La concurrence entre certains juges

537. La réparation du dommage corporel du salarié illustre une forte concurrence entre deux des juges de la réparation, le juge prud'homal et le juge de la sécurité sociale[2117]. En principe, les préjudices résultant d'un dommage corporel causé par le travail relèvent des juridictions de la sécurité sociale. « *Le salarié qui subit une atteinte à son intégrité physique "sort" en quelque sorte du Code du travail pour "entrer" dans le Code de la sécurité sociale* »[2118]. Pourtant, le tribunal des affaires de sécurité sociale et le conseil de prud'hommes revendiquent leur compétence. S'il faut saluer cet engouement pour la réparation du préjudice corporel, il est tout de même à craindre que cette double réparation ne heurte le principe de réparation intégrale selon lequel on ne répare qu'une seule fois le préjudice subi (§1). Plus récente, et plus discrète, une concurrence est apparue entre le juge prud'homal et le juge administratif dans le cadre du licenciement collectif pour motif économique (§2).

§1. Une concurrence pour la réparation du dommage corporel

538. Isoler le contentieux social (général et technique) du contentieux prud'homal constitue une difficulté et « *cela fait déjà quelques temps que des auteurs s'interrogent sur cette dichotomie* »[2119]. Le principe est une indépendance du droit du travail et du droit

[2117] Notons que le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle prévoyait en son article 8, de supprimer les Tribunaux des affaires de sécurité sociale. Il proposait de créer, au sein de chaque TGI, un tribunal des affaires sociales dont relèverait le contentieux général de la sécurité sociale, le contentieux technique de la sécurité sociale et l'admission à l'aide sociale. Cette « simplification de l'organisation judiciaire » ne modifiait pas la compétence de ce futur tribunal des affaires sociales par rapport à l'actuel TASS et ne remettait pas en cause nos développements relatifs à la détermination de la frontière entre juge prud'homal et juge de la sécurité sociale ou juge des affaires sociales (la réforme devrait entrer en vigueur, par décret, au plus tard le 31 décembre 2018). La commission des lois du Sénat lui a toutefois substitué un tribunal des affaires sociales, présidé par le président du TGI. Cette juridiction devrait fusionner les compétences des tribunaux du contentieux de l'incapacité, des TASS et des comissions dépatementales d'aides sociales. Le gouvernement est habilité « *à prendre par ordonnances les mesures […] nécessaires pour mettre en œuvre l'article 8 de la présente loi : En créant, aménageant ou modifiant toutes dispositions de nature législative dans les textes et codes en vigueur permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences de la suppression des tribunaux des affaires de sécurité sociale, des tribunaux du contentieux de l'incapacité, de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, des commissions départementales d'aide sociale et de la Commission centrale d'aide sociale* ;

[2118] F. Meyer, « Droit à la santé : faute inexcusable et licenciement », *RDT* 2006, p. 103.

[2119] F. Meyer, note sous Cass. soc., 30 septembre 2010, n° 09-41451, *Dr. ouvr.*, 2010, p. 662.

de la sécurité sociale. Les employeurs ne peuvent d'ailleurs pas sanctionner leur salarié pour un manquement qu'il aurait commis vis-à-vis de la sécurité sociale[2120]. De la même façon, la sécurité sociale n'a pas à prendre en charge les accidents qui se sont produits dans l'entreprise alors que le salarié était en arrêt maladie[2121].

539. Si la concurrence apparaît entre les fonctions respectives du juge prud'homal et du juge de la sécurité sociale, c'est en raison de l'essor de la faute inexcusable et de l'obligation de sécurité. « *Cette obligation de sécurité, mobilisée comme une passerelle entre les deux disciplines, a donné naissance au droit à la santé et à la sécurité des travailleurs. Si l'on peut louer les progrès accomplis depuis, en matière de prévention des atteintes à la santé et d'extension de l'indemnisation, force est de constater que cette passerelle a rompu l'étanchéité en matière de réparation des préjudices et a entraîné une certaine confusion* »[2122]. Les notions de faute inexcusable et obligation de sécurité tendent à se confondre : reconnaître une faute inexcusable, c'est admettre un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité et un manquement à l'obligation de sécurité permet de démontrer plus facilement l'existence d'une faute inexcusable. « *En droit social, les mots ont été détournés, à partir d'un droit spécial et d'origine légale. Il s'agit de la responsabilité fondée sur la faute inexcusable de l'employeur qui vise à compléter la réparation forfaitaire du droit de la sécurité sociale* »[2123]. Comment rétablir clairement les limites entre ces deux notions, après une telle interprétation « *pour le moins constructive* »[2124] du juge judiciaire ? Est-il possible de redéfinir les contours de la compétence de ces juges[2125] ? Si « *le droit de la protection sociale a dépassé la seule*

[2120] Cass. soc., 18 juin 1998, n° 96-41558, *Bull. civ*. V, n° 323, *Dr. soc*. 1998, p. 1000, note J. Savatier.

[2121] Le problème s'est posé pour les représentants du personnel car l'on sait que les arrêts de travail ne suspendent pas l'exécution du mandat (Cass. crim., 16 juin 1970, n° 69-93132, *Bull. crim*., n° 207 : l'employeur qui ne convoque pas les membres suppléants du Comité d'entreprise hospitalisés est coupable de délit d'entrave). Or, le temps de délégation étant assimilé à du temps de travail effectif, il ressort une hypothèse paradoxale : un représentant du personnel, en arrêt maladie peut se retrouver victime d'un accident du travail. Mais « *cette situation confortable faite aux représentants du personnel dans l'entreprise est indifférente à la caisse primaire de sécurité sociale. Pour elle, le représentant du personnel est un assuré parmi d'autres* » (M. Hautefort, note sous Cass. civ., 2ème, 9 décembre 2010, n° 09-17449, *Bull. civ*. II, n° 206, *JSL* 2011, n° 394-5). L'attribution d'indemnités journalières à l'assuré étant subordonnée à l'abstention de toute activité non autorisée, l'exercice de son activité de représentant du personnel, sans que la caisse ne l'ait autorisée, n'ouvre pas droit aux indemnités journalières et justifient que le salarié soit condamné à un indu (Cass. civ., 2ème, 9 décembre 2010, préc.).

[2122] M. Keim-Bagot, « Les atteintes à la santé – Réflexions sur l'ordonnancement des préjudices », *in* Colloque *Préjudices et indemnisation en droit social*, *Dr. ouvr*. 2015, p. 476.

[2123] A. Bugada, « L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur en matière prud'homale : obligation de moyen ou de résultat ? », *JCP* S 2014.1450, n° 3.

[2124] M. Dutheillet de Lamotte, Thème n° 2, L'obligation de sécurité, *BICC*, n° 768 du 1er octobre 2012.

[2125] J. Barthélémy, « Peut-on dissocier le droit du travail et le droit de la sécurité sociale ? », *Dr. soc*. 2007, p. 787 ; R. Lafore, « Droit du travail et Sécurité sociale : la revanche de la protection sociale », *Dr. soc*. 2009, p. 1076 ; M. Pierchon, « La réparation d'un AT-MP entre le Tass et le CPH », *JCP* S 2007.1666.

question de la couverture des risques sociaux pour assurer la réparation du dommage corporel »[2126], le juge prud'homal a-t-il un rôle à jouer (A) ou doit-il laisser ce contentieux au seul juge de la sécurité sociale (B) ? À moins que la réponse soit de transcender ces deux entités (C).

A. La conquête du juge prud'homal

540. La distinction entre le juge prud'homal et celui de la sécurité sociale semblait être nette, faisant de l'indemnisation des victimes d'accident du travail et de maladie professionnelle « *le seul exemple d'un régime d'indemnisation exclusif de la responsabilité civile individuelle* »[2127]. La victime, ou ses ayants droit, devait donc se tourner vers les juridictions de la sécurité sociale pour obtenir réparation. Le partage s'opérait selon une règle de subsidiarité pour déterminer les préjudices pouvant faire l'objet d'une indemnisation dans le contentieux du travail. L'action était ouverte devant lui pour les préjudices n'ayant pas vocation à être indemnisés par le régime des AT-MP. Pourtant, en déclarant le 17 mai 2006 « *que lorsqu'un salarié a été licencié en raison d'une inaptitude consécutive à une maladie professionnelle qui a été jugée imputable à une faute inexcusable de l'employeur, il a droit à une indemnité réparant la perte de son emploi due à cette faute de l'employeur* »[2128], appréciée par le juge prud'homal, la chambre sociale de la Cour de cassation a semé le trouble par rapport à la distinction de compétences entre conseil de prud'hommes et tribunal des affaires de sécurité sociale. La faute inexcusable est devenue une « *double peine* »[2129], parce que le salarié subit un double préjudice.

541. Le système de réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles s'est montré insuffisant[2130] pour répondre aux atteintes des salariés dans leur ampleur[2131].

[2126] D. Asquinazi-Bailleux, « Un nouveau droit de la protection sociale ? », *JCP* S 2015.1235, n° 21.

[2127] J. Morin, note sous Cass. mixte, 9 janvier 2015, *RDT* 2015, p. 345 ; V. J. Knetsch, *Les fonds d'indemnisation et la responsabilité*, LGDJ, Paris, 2013, n° 76.

[2128] Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47455, *D.* 2006, p. 1479, obs. E. Chevrier ; *RDT* 2006, p. 94, obs. B. Lardy-Pélissier ; *RDT* 2006, p. 103, obs. F. Meyer ; *JCP* S 2006.1538, note G. Vachet ; *Dr. ouvr.* 2006, p. 505, note Y. Saint-Jours.

[2129] M. Hautefort, « La faute inexcusable encourt la double peine », *Les échos*, 13 juin 2006.

[2130] Notamment après le « *scandale* » de l'amiante, V. E. Henry, *Amiante, un scandale improbable. Sociologie d'un problème public*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2007.

[2131] V. F. Muller, « Périple au royaume des préjudices indemnisables. Impact de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 », *SSL* 2013, n° 1576, p. 4 : « *La FFSA a calculé le différentiel existant entre une victime de droit commun et une victime d'AT-MP due à une faute inexcusable et atteintes chacune*

Qu'il s'agisse des préjudices extrapatrimoniaux (1) ou patrimoniaux (2), le juge prud'homal a poursuivi la mission de leur offrir réparation. « *Le développement d'un contentieux prud'homal parallèle à celui des risques professionnels devant les TASS est désormais une évidence* »[2132]. Les juges de la Cour de cassation ont d'abord admis la compétence prud'homale pour le salarié dont l'affection ne peut pas être prise en charge au titre de la législation sur les accidents du travail ou les maladies professionnelles[2133] puis lui ont donné compétence pour connaître de l'entier dommage relatif à un harcèlement[2134]. C'est surtout le préjudice d'anxiété qui a été l'occasion d'affirmer la compétence du conseil de prud'hommes.

1) La réparation des préjudices extrapatrimoniaux

542. Le dispositif de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante a donné lieu à un important contentieux de la part des salariés qui souhaitaient obtenir la réparation de leurs préjudices liés à cette exposition à l'amiante. L'originalité des demandes des salariés s'est étendue davantage, et certaines plaidoiries ont tenté de convaincre les juges de la nécessité de réparer un préjudice constitué par le bouleversement que la crainte d'une maladie apportait à leur existence quotidienne. L'admission d'un tel préjudice pose la question de sa *réparabilité*. Les salariés n'étant pas victimes d'une maladie, souffrent-ils avec certitude d'un préjudice ? Il fallait, pour l'accueillir, considérer l'état psychologique de la victime et non son état physique[2135]. Une fois ce préjudice considéré comme certain, c'est la question du juge compétent qui se pose.

543. Puisqu'aucune maladie professionnelle ne s'est déclarée, « *les demandes indemnitaires fondées sur le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de*

---

d'une incapacité permanente à 100% : la première se verra indemnisée à hauteur de 5 316 028 euros quand la seconde le sera à hauteur de 346 736,38 euros ».

[2132] A. Bugada, « L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur en matière prud'homale : obligation de moyen ou de résultat ? », *op. cit.*, n° 26 ; V. aussi, G.-P. Quétant, « Le conseil de prud'hommes, juge des litiges de la sécurité sociale », *SSL* 2008, supp. n° 1352, p. 39.

[2133] Cass. soc., 28 octobre 1997, n° 95-40272 et 95-40509, *Bull. civ*. V, n° 339, *RDSS* 1998, p. 121, note P.-Y. Verkindt.

[2134] Cass. soc., 16 mars 2005, n° 03-40251, *Bull. civ*. V, n° 94 : « *il résulte de la combinaison de ces textes que le juge prud'homal connaît de l'entier dommage consécutif à un harcèlement ; [il n'y a pas lieu de saisir] un tribunal des affaires de sécurité sociale pour voir statuer sur l'existence et le quantum d'un préjudice corporel invoqué du fait d'un harcèlement moral* », *JCP* G 2005.II.10125, note M. Miné ; *JCP* E 2005.1851, n° 1, obs. A. Bugada.

[2135] Sur la reconnaissance du préjudice d'anxiété, *cf. supra*, p. 159.

résultat rel[èvent] de la compétence de la juridiction prud'homale »[2136]. Assurant la compétence du conseil de prud'hommes, les juges de la Cour de cassation précisent que le développement d'une maladie professionnelle liée à l'amiante n'empêche pas la victime de demander la réparation de ce préjudice, pour la période antérieure à la déclaration de sa maladie, au juge prud'homal[2137]. Autrement dit, toutes les fois où le salarié ayant bénéficié du régime de l'ACAATA est atteint d'une maladie liée à l'amiante et figurant au tableau des maladies professionnelles, la compétence du tribunal des affaires de sécurité sociale est retrouvée, sans que cette maladie n'empêche le salarié de demander la réparation de son préjudice d'anxiété au juge prud'homal. Nier ce cumul d'action aurait été un frein à la réparation du préjudice de celui, qui en plus d'avoir été exposé à l'amiante, en a été victime par l'apparition d'une maladie professionnelle. Il ne faisait en effet aucun doute sur l'action du salarié ayant bénéficié du dispositif de l'ACAATA de saisir le juge prud'homal pour la réparation de son préjudice d'anxiété, il est désormais affirmé que le salarié ayant déclaré une maladie professionnelle en plus, peut également intenter cette action.

544. Il paraît toutefois difficile pour certains d'admettre « *que le juge du travail soit à même de réparer une souffrance subjective, sans expertise médicale ni évaluation méthodique de cette souffrance* »[2138]. On pourrait en effet considérer qu'« *en l'absence de tableau de maladies professionnelles visant les affections psychiques, l'anxiété (l'inquiétude ou l'angoisse) pourrait être une maladie professionnelle, conformément à l'article L. 461-1, alinéa 4, du code de la sécurité sociale […]. Devrait donc être posé un diagnostic individuel précis pour chacun des demandeurs ; classiquement, le juge devrait faire appel à un expert et cette expertise devrait être le préalable à la détermination du régime de réparation et de la juridiction compétente. Le débat a pourtant été esquivé,*

[2136] Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-12883 et 12-20157, *Bull. civ.* V, n° 208, *RJS* 12/13, n° 843 ; *D.* 2013, p. 2954, note A. Guégan-Lécuyer ; *RTD civ.* 2013, p. 844, obs. P. Jourdain ; V. aussi, Cass. soc., 28 mai 2014, n° 12-12949, 12-12950 et 12-12951, *Bull. civ.* V, n° 127, *D.* 2014, p. 1210 ; *JCP* S 2014.1271, note D. Asquinazi-Bailleux : « *la demande ne s'inscrivait pas dans une action en réparation d'accidents ou maladies telles que visées par l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale, mais tendait à l'indemnisation du préjudice économique, moral et d'anxiété subi à la suite d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat, la cour d'appel a retenu à bon droit la compétence de la juridiction prud'homale* ».

[2137] Cass. soc., 2 avril 2014, n° 12-28616 et s., préc. ; Cass. soc., 28 mai 2014, n° 12-12949, *Bull. civ.* V, n° 127, *SSL* 2014, p. 15 ; *D.* 2014, p. 1210 ; *Liaisons sociales quotidien*, n° 16606, Dossier 104/2014.

[2138] A. Bugada, « L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur en matière prud'homale : obligation de moyen ou de résultat ? », *op. cit.* , n° 31.

[…] »[2139]. Les juges, en refusant de transmettre une QPC[2140], indiquent clairement ne pas vouloir lancer le débat et ne pas médicaliser l'anxiété[2141].

Un tel souci de tenir à distance la législation sur les maladies professionnelles se comprend vite. « *D'une part, la tâche des plaideurs aurait été bien plus ardue s'il avait fallu, pour chaque demandeur, alors qu'ils agissent le plus souvent par dizaines ou des centaines, diligenter des dizaines ou des centaines d'expertises, et ensuite réunir les preuves exigées par le comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles. D'autre part, le salarié, dans le cadre de ce régime spécifique de responsabilité, ne pourrait obtenir réparation du préjudice d'anxiété qu'en cas de faute inexcusable de l'employeur*[2142]*mais il lui faudrait alors prouver la faute de l'employeur, ce qu'il n'a pas à faire devant le juge prud'homal s'il a travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi de 1998* »[2143].

545. Il n'empêche que la solution appelle la critique de ceux qui considèrent qu'« *en excluant systématiquement le régime de la sécurité sociale pour retenir, en dépit des exigences de la loi, le droit commun de la responsabilité contractuelle, la Cour rogne l'empire des régimes d'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles issus des lois du 9 avril 1898 et du 25 octobre 1919. Elle le fait à dessein, en inscrivant son œuvre destructrice dans le prolongement de la critique de ces régimes* »[2144]. Il faut toutefois s'assurer que l' « œuvre destructrice » est bien dirigée vers la compétence du juge de la sécurité sociale et non vers la réparation du préjudice elle-même. Or, en restreignant le périmètre du préjudice d'anxiété, il est à craindre que soit détruit le droit à réparation des salariés exposés à l'amiante.

En décidant que « *les salariés qui ont travaillé dans des entreprises non classées sont exclus de cette indemnisation et ne peuvent prétendre à une telle réparation, même s'ils rapportent la preuve d'une exposition à l'amiante* »[2145], les juges divisent les salariés en

---

[2139] L. Gamet, « Le préjudice d'anxiété », *op. cit.*, spéc. p. 59.
[2140] Cass. soc., 12 mars 2014, QPC, n° 13-23174, *Bull. civ*. V, n° 74, *JSL* 2014, n° 365-12 ; *JCP* S 2014.128, obs. L. Dauxerre. Les juges décident que « *la mise en œuvre par les juridictions de l'ordre judiciaire de la responsabilité d'employeurs tenus en vertu du contrat de travail à une obligation de sécurité de résultat n'enfreint pas le principe de la séparation des pouvoirs et assure l'effectivité des droits garantis par les 10e et 11e alinéas du préambule de la Constitution de 1946* ».
[2141] Selon l'expression de J.-P. Teissonnière, « Le bouleversement dans les conditions d'existence mérite une indemnisation », *SSL* 2011, n° 1518, p. 5.
[2142] Art. L. 431-1 et L. 452-3 C. SS.
[2143] L. Gamet, « Le préjudice d'anxiété », *op. cit.*, spéc. p. 59.
[2144] *Ibid*., p. 60.
[2145] Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-20486, préc.

fonction de l'inscription du lieu de travail sur la liste de l'arrêté du 3 juillet 2000[2146] avec le risque « *d'aboutir à des situations particulièrement inéquitables. Des salariés pourtant exposés à l'amiante dans leur vie professionnelle ne bénéficieront ni de la préretraite amiante, ni d'une indemnisation de leur préjudice d'anxiété, alors que d'autres qui n'ont pas nécessairement été au contact de fibres d'amiante, mais ont travaillé dans un établissement figurant sur la liste, peuvent obtenir les deux* »[2147]. Si l'on peut y voir une manœuvre destinée à éviter un contentieux de masse devant les juridictions prud'homales[2148], le résultat serait sans effet si des victimes cherchaient, finalement, à obtenir la déclaration d'une maladie professionnelle pour obtenir réparation de leur préjudice d'anxiété devant le juge de la sécurité sociale.

2) La réparation des préjudices patrimoniaux

546. La rupture du contrat de travail cause au salarié un préjudice patrimonial important, réparable dès lors que sa rupture est illicite. Le contentieux de la rupture du contrat de travail appartient naturellement au juge prud'homal qui connaît « *les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail […] entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient* »[2149]. Sans distinction pour le dommage corporel, le conseil de prud'hommes dispose donc d'une compétence générale, y compris pour les ruptures liées au dommage corporel du salarié, au sein desquels le contentieux de l'inaptitude. Une compétence confirmée indirectement par la loi du 14 juin 2013. Le législateur a ainsi prévu, au sein du livre relatif à la compétence du conseil de prud'hommes, un délai de prescription de cinq ans, dérogatoire du droit commun, pour les actions en réparation du dommage corporel[2150]. Il y a là un signe en faveur de la compétence du juge prud'homal en cas de dommage corporel, bien que le juge de la sécurité social soit par nature compétent pour ce type de dommage.

547. Face à la rupture du contrat, la clef de répartition entre les deux juges est l'objet de la demande. Le juge prud'homal indemnise les conséquences de la rupture du travail et le juge de la sécurité sociale, celles de l'accident ou de la maladie professionnelle. « *Si elle repose à première vue sur des principes clairs, la frontière qui sépare la compétence de*

[2146] Une liste amendée à plusieurs reprises, témoin d'une distinction aléatoire.
[2147] J. Knetsch, entretien à propos des arrêts Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-20486, *D*. 2015, p. 968.
[2148] *Ibid*.
[2149] Art. L. 1411-1 C. trav.
[2150] Art. L. 1471-1 al. 2 C. trav.

ces deux juridictions s'avère difficile à tracer dans les faits. […] À s'en tenir au fait causal, l'accident ou la maladie est à l'origine de l'inaptitude du salarié et donc, in fine, de l'éventuelle rupture du contrat de travail. […] Comment alors distinguer clairement les préjudices consécutifs à la rupture du contrat de travail et ceux qui sont la conséquence d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ? »[2151].

Usant de la porosité de la frontière, les juges de la chambre sociale décidèrent que le salarié, licencié en raison d'une inaptitude consécutive à un accident du travail, subit un premier préjudice lié à son altération physique, et un second lié à son licenciement[2152], « *distinct de celui donnant lieu à la réparation spécifique afférente à l'accident du travail* »[2153]. En affirmant que l'indemnisation offerte par les juridictions de sécurité sociale n'a pas le même objet que celle délivrée par le conseil de prud'hommes, le juge prud'homal s'inscrivait en concurrent direct du Tribunal des affaires de sécurité sociale, la chambre sociale confirmant par la suite sa compétence pour réparer un autre préjudice, la perte des droits à la retraite du salarié[2154].

548. Or, la pérennité de cette jurisprudence était discutée. « *Dommage collatéral de la séparation du droit du travail et du droit de la sécurité sociale au sein de la Cour de cassation ou […] estocade donnée à une législation obsolète et discriminatoire* »[2155] ? Certains auteurs reprochaient à cette solution de permettre d'indemniser plus largement les préjudices consécutifs à une faute inexcusable[2156]. De plus, trois principes de base semblent exclure tout cumul d'actions[2157]. D'abord, la seule indemnisation forfaitaire du salarié ferme la porte à toute action en responsabilité de droit commun, réparation forfaitaire, réparation exclusive[2158]. Ensuite, la seule indemnisation complémentaire pour faute inexcusable devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale ferme la porte à toute action en responsabilité devant le conseil de prud'hommes. Enfin, c'est l'absence

[2151] J. Morin, note sous Cass. mixte, 9 janvier 2015, *op. cit.*, spéc. p. 346.
[2152] Cass. soc. 17 mai 2006, préc.
[2153] Cass. soc., 14 avril 2010, n° 09-40357, *RJS* 6/2010, n° 506.
[2154] Cass. soc., 26 octobre 2011, n° 10-20991, *bull. civ*. V, n° 240, *D*. 2011, p. 2734 ; *RJS* 1/2012, n° 28 ; *JCP* S 2012.1026, note S. Brissy.. Les juges prud'homaux sont compétents pour la réparation du préjudice spécifique du fait de la perte de droit à la retraite si elle est causée par le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité.
[2155] G. Vachet, note sous Cass. soc., 17 mai 2006, *op. cit.*
[2156] M. Ledoux et A. Nicolas, note sous Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-20.074, *JCP* S 2013.1368 ; V. Orif, « L'identification délicate du juge compétent », *Dr. soc.* 2013, p. 764 ; C. Mo et A. Dahan, « Faute inexcusable et compétence prud'homale : un imbroglio juridique enfin achevé ? », *op. cit*.
[2157] M. Pierchon, « La réparation d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle entre le Tass et le conseil de prud'hommes », *op. cit*., spéc. 2.
[2158] Cass. soc., 13 juillet 1993, n° 90-45960.

d'indemnisation en application des règles de droit de la sécurité sociale qui ouvre la porte à une action en responsabilité devant la juridiction prud'homale.

L'amorce d'une remise en cause de cette jurisprudence est toutefois perceptible dès 2010. Dans un arrêt du 30 septembre 2010, la compétence a en effet été refusée aux juges prud'homaux. La salariée demandait réparation du préjudice résultant du départ anticipé à la retraite, considérant qu'il était la conséquence du comportement fautif de l'employeur. La Cour de cassation fait échec à une telle demande qui équivaut, en réalité, à demander la réparation « *du préjudice résultant de l'accident du travail dont elle avait été victime, ce dont il découlait qu'une telle action ne pouvait être portée que devant le tribunal des affaires de sécurité sociale* »[2159]. Certes, le préjudice résultant d'une baisse du niveau de la retraite du fait d'une éviction anticipée peut être pris en compte dans le calcul de la rente due à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. En revanche, lorsque le salarié ne peut prétendre à une telle rente, comment justifier l'incompétence du conseil de prud'hommes ? « *L'immunité légale ne s'applique en effet que sur les préjudices inclus dans l'indemnisation forfaitaire* »[2160]. Les juges de la Cour de cassation persistent en 2013. Ils décident que « *si la juridiction prud'homale est seule compétente pour connaître d'un litige relatif à l'indemnisation d'un préjudice consécutif à la rupture du contrat de travail, relève, en revanche, de la compétence exclusive du tribunal des affaires de sécurité sociale l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail, qu'il soit ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité* »[2161].

549. La compétence du conseil de prud'hommes sera malgré tout sauvegardée par un arrêt du 23 septembre 2014[2162]. On peut en effet défendre sa compétence en considérant qu'il appartient « *au juge prud'homal de vérifier quel est l'objet de la demande et de déterminer si elle concerne un préjudice consécutif à l'accident survenu ne relevant pas de ses compétences ou à un manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles*

[2159] Cass. soc., 30 septembre 2010, préc.
[2160] F. Meyer, note sous Cass. soc., 30 septembre 2010, *op. cit*., spéc. p. 664.
[2161] Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-20074, *Bull. civ*. V, n° 139, *D*. 2013, p. 1768, chron. P. Flores ; *Dr. soc*. 2013, p. 764, obs. V. Orif ; Cass. soc., 11 décembre 2013, n° 12-19408, *JCP* S 2014.1231, note M. Babin. Me Babin relève que « *sous couvert de l'indemnisation de la perte de son emploi, le salarié demandait en réalité la réparation du préjudice résultant de l'accident du travail, relevant de la compétence exclusive du tribunal des affaires de sécurité sociale* » ; V. aussi, C. Mo et A. Dahan, « Faute inexcusable et compétence prud'homale : un imbroglio juridique enfin achevé ? », *JSL* 2014 n° 372-1.
[2162] Cass. soc., 23 septembre 2014, n° 13-17212.

puis, le cas échéant, de rechercher si le préjudice sollicité a déjà été indemnisé, afin d'éviter une double indemnisation »[2163].

550. Cette compétence n'a toutefois pas résisté à la défense de la deuxième chambre civile. Ces solutions restaient unilatérales, puisque partagées par la seule chambre sociale, leur confrontation à la position de la deuxième chambre civile était inévitable. Sans surprise, sa représentation du partage de compétence n'était pas la même et c'est un préjudice, en particulier, celui de la perte des droits à la retraite, qui lui donna l'occasion de répondre.

B. La résistance du juge de la sécurité sociale

551. La perte des droits à la retraite consécutive à un licenciement constitue-t-elle un poste de préjudice indemnisable par le juge prud'homal ? Pour la chambre sociale, la réponse est positive[2164], selon le principe de subsidiarité. À l'inverse, pour la deuxième chambre civile, la rente versée à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle répare l'incidence professionnelle provoquée par l'accident ou la maladie[2165], qui selon la nomenclature Dintilhac[2166], comprend la perte de droits à la retraite. Autrement dit, puisque la rente répare déjà ce préjudice, si le conseil de prud'hommes le répare aussi, il y une double réparation.

552. Ce raisonnement, déjà tenu pour exclure la réparation du départ anticipé à la retraite[2167], est partagé par la chambre mixte de la Cour de cassation[2168]. Les juges considèrent désormais que la perte de droits à la retraite est couverte, de manière forfaitaire, par la rente majorée. Il y a donc là, une nouvelle exclusion d'un poste de préjudice de la liste de ceux que le salarié peut demander au titre de son indemnisation

---

[2163] D. Duval-Arnould, Rapport n° Z1312310 à propos de Cass. mixte, 19 décembre 2014, n° 13-12310.
[2164] Cass. soc., 26 octobre 2011, préc.
[2165] Cass. civ., 2ème, 11 juin 2009, n° 07-21768, *Bull. civ*. II, n° 153, *D.* 2009, p. 1789, note P. Jourdain ; *RTD* civ. 2009, p. 545, obs. P. Jourdain ; Cass. civ., 2ème, 22 octobre 2009, n° 08-19576, *Bull. civ*. II, n° 259, *RTD civ*. 2010, p. 119, obs. P. Jourdain ; Cass. civ., 2ème, 4 avril 2012, n° 11-14311 et 11-14594, *Bull. civ*. II, n° 67, *D*. 2012, p. 1098, note S. Porchy-Simon.
[2166] Sur la force normative de cette nomenclature, *cf. supra*, p. 285.
[2167] Cass. soc., 30 septembre 2010, n° 09-41451, *Bull. civ*. V, n° 209, *Dr. ouvr*. 2010, p. 662, note F. Meyer.
[2168] Cass. mixte, 9 janvier 2015, n° 13-12310, *à paraître*, *JCP* S 2015.30 ; *D.* 2015, p. 164 ; *RDT* 2015, p. 345, note J. Morin ; *JCP* E 2015.1081, note F. Taquet ; *JCP* G 2015.186, note G. Vachet. Une solution reprise ensuite par la chambre sociale, Cass. soc., 6 octobre 2015, n° 13-26052, *à paraître*, *D*. 2015, p. 2081 ; *JCP* S 2015.384 ; *JSL* 2015, n° 398-2, obs. M. Hautefort ; *D.* 2016, p. 148, obs. N. Sabotier.
Reste à savoir si les juges du fond résisteront, V. par ex., la réparation de la perte d'emploi par la CA d'Aix-en-Provence, CA Aix-en-Provence, 21 juillet 2015, n° 13-16288, *Cah. soc*. 2015, n°, 279, p. 568.

complémentaire lorsqu'il est victime d'une faute inexcusable, mais aussi, une remise en cause de la jurisprudence de 2006. Sans motivation particulière, la possibilité d'une indemnisation complémentaire est écartée « *contrairement à ce qui a pu un temps, être admis par la Chambre sociale* »[2169]. Témoin de « *l'autorité* »[2170] de la Cour de cassation, le raisonnement « *renoue avec la conception classique selon laquelle, en présence d'un AT, tous les préjudices sont réparés au sein du droit de la Sécurité sociale ; partant, il semble sonner le glas du préjudice de perte d'emploi* »[2171].

553. En précisant que la perte de droits à la retraite est déjà réparée par l'indemnité forfaitaire, la voie du juge prud'homal se referme. Si l'on raisonne par analogie, pour la perte d'emploi consacrée par les juges en 2006, la compétence prud'homale ne se justifie plus non plus. La perte d'emploi n'est que la conséquence de l'accident ou de la maladie, réparée par l' « *incidence professionnelle* »[2172] et relève donc de la compétence du TASS. « *Si la Chambre sociale excluait le préjudice de perte d'emploi qu'elle a créé, elle renouerait ainsi avec une division étanche entre droit du travail et droit de la Sécurité sociale. Cette situation pourrait être saluée parce que rétablissant plus de lisibilité et évitant au salarié de faire la navette entre les différentes juridictions. Toutefois, sous couvert de clarté, ces diverses positions combinées conduiraient à la solution suivante : les victimes du risque professionnel ne seraient pas indemnisées pour les préjudices relevant de l'atteinte à leur qualité de vie ; elles seraient également très mal indemnisées pour les préjudices économiques et professionnels qu'elles subissent* »[2173]. C'est sans doute oublier, pourtant, qu'entre l'accident du travail et la perte d'emploi il y a bien un élément différent, le certificat médical d'inaptitude.

554. Dans cette hypothèse, l'assimilation n'est d'ailleurs pas encore consacrée. La perte de droit à la retraite et la perte d'emploi ne sont pas des préjudices identiques. Le premier constitue une perte de chance de pouvoir bénéficier, à la fin de sa carrière, d'un avantage, alors que le second est immédiat et certain. De plus, au moment du versement de la rente, le salarié peut ne pas avoir été licencié. Comment le calcul de cette dernière pourrait-il alors tenir compte de ce préjudice ? Ensuite, considérer que la rente répare la perte

[2169] Communiqué de la Cour de cassation à propos de Cass. mixte, 9 janvier 2015, *op. cit*.
[2170] F. Guiomard, « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *RDT* 2006, p. 222, spéc. p. 227.
[2171] M. Keim-Bagot, « Les atteintes à la santé – Réflexions sur l'ordonnancement des préjudices », *op. cit*, spéc. p. 482.
[2172] F. Taquet, note sous Cass. mixte, 9 janvier 2015, *op. cit.*, n° 8.
[2173] M. Keim-Bagot, « Les atteintes à la santé – Réflexions sur l'ordonnancement des préjudices », *op. cit*., spéc. p. 483.

d'emploi revient à admettre que le salarié ne peut plus bénéficier de son indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, puisque celle-ci compense également la perte d'emploi. Les deux indemnités viendraient réparer le même préjudice. Quel juge prud'homal admettrait de ne pas verser l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse au salarié déclaré inapte ? Mais surtout, la perte d'emploi ne semble pas pouvoir être réparable par le juge de la sécurité sociale. « *D'abord, dans sa relation à l'accident ou la maladie, la perte d'emploi est une lésion potentielle d'un intérêt qui n'apparaît ni actuel ni certain. Elle est un risque. […] Ensuite, la perte de l'emploi ne constitue pas la conséquence directe de l'accident ou de la maladie* »[2174]. Irréparable devant le juge de sécurité sociale, la perte d'emploi est un préjudice qui relève de la compétence du juge prud'homal. La jurisprudence de 2006 reste alors applicable. Le conflit de compétence n'est pas résolu et les salariés sont laissés dans l'incertitude de la solution, face à deux juges.

555. Une autre hypothèse démontre que le conflit de juridiction n'est pas résolu. Imaginons un salarié, victime d'un accident du travail qui n'en demande pas la reconnaissance, et qui n'a par ailleurs, pas été déclaré par l'employeur. S'il saisit le Conseil de prud'hommes d'une demande en réparation, l'employeur pourrait se défendre en demandant au juge de surseoir à statuer, pour que le Tribunal des affaires de sécurité sociale puisse se prononcer sur la qualification d'accident du travail, et exclure ainsi la compétence du juge prud'homal. L'employeur peut avoir un intérêt à verser la rente forfaitaire d'un accident du travail plutôt qu'une réparation intégrale. Alors que le salarié peut avoir intérêt à ne pas demander la reconnaissance de son accident, pour échapper au versement d'une rente forfaitaire et bénéficier d'une réparation intégrale de ses préjudices.

556. Un dernier exemple convaincra de l'insuffisance de la solution actuelle. Le conseil de prud'hommes est compétent lorsqu'un salarié inapte à son emploi consécutivement à un accident du travail a été licencié sans consultation des délégués du personnel. C'est à lui que revient de condamner l'employeur au versement de l'indemnité prévue par l'article L. 1226-15 du Code du travail. Mais cette indemnité inclut la réparation du préjudice moral résultant de la perte d'emploi. Dès lors, ni le Conseil des prud'hommes, ni le Tribunal des affaires de sécurité sociale n'est compétent pour prononcer des

[2174] J. Morin, note sous Cass. mixte, 9 janvier 2015, *op. cit*., spéc. p. 349.

dommages-intérêts distincts de ceux prévus par la loi[2175]. Dans cette hypothèse, il faut alors considérer que la perte d'emploi, qui fait d'ordinaire l'objet d'une réparation particulière, est comprise dans les dommages-intérêts alloués au titre de la violation de l'article L. 1226-10 du Code du travail. L'indemnité forfaitaire de douze mois de salaire comprend donc un préjudice évalué souverainement lorsque n'est pas en cause un accident du travail ou une maladie professionnelle. Comment la perte d'emploi peut-elle faire l'objet de deux appréciations si distinctes ? Il semblerait que, dans certains cas, la perte d'emploi puisse se suffire d'une évaluation au regard la méconnaissance de l'employeur des dispositions de l'article L. 1226-10 du Code du travail, sans que, ni le juge prud'homal, ni le juge de la sécurité sociale, ne gagne sa compétence.

C. Dépasser la concurrence

557. La Cour de cassation, consciente de la difficulté qui existe pour les victimes d'accident du travail et de maladie professionnelle, appelle à *« une intervention législative permettant aux victimes d'accidents du travail de bénéficier d'une réparation intégrale* »[2176] depuis plusieurs années déjà[2177]. Elle admet en effet que « *les préjudices réparés par le régime des accidents du travail sont distincts du préjudice résultant de la perte de l'emploi elle-même, notamment dans le cas de salariés perdant leur emploi malgré un faible taux d'IPP et en déduisent qu'une compétence résiduelle des juridictions prud'homales est donc justifiée* »[2178]. La Cour de cassation, par son appréciation de l'obligation de sécurité, vise « *un objectif politique et utilitaire : afficher son intransigeance, au titre de la prévention, de la réparation et de la répression civile en consacrant des condamnations indemnitaires parfois déconnectées de la preuve du préjudice* ». *L'obligation de sécurité est une méta-obligation au service d'un intérêt supérieur – l'effectivité du droit – qui légitime les audaces créatrices de la Cour de cassation* »[2179]. Parmi ces audaces, la compétence du conseil de prud'hommes, qui se justifie au regard de l'objectif visé. Pourtant, en déniant l'autonomie de la perte, même

[2175] Cass. soc. 29 mai 2013, n° 11-28799, *Bull. civ*. V, n° 135, *D*. 2013, p. 1417, et p. 1768, note E. Wurtz ; *Dr. soc*. 2013, p. 764, obs. V. Orif ; *JCP* S 2013.1359, note E. Jeansen.
[2176] Communiqué de la Cour de cassation à propos de Cass. Mixte, 9 janvier 2015, *op. cit*.
[2177] Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, p. 19 ; Rapport annuel de la Cour de cassation 2011, p. 21 ; Rapport annuel de la Cour de cassation 2012, p. 42 ; Rapport annuel de la Cour de cassation 2013, p. 60.
[2178] Communiqué de la Cour de cassation à propos de Cass. Mixte, 9 janvier 2015, *op. cit*.
[2179] A. Bugada, « L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur en matière prud'homale : obligation de moyen ou de résultat ? », *op. cit*., n° 10.

consécutive à un licenciement du salarié pour inaptitude, tant de l'emploi que des droits à la retraite, elle ne semble pas lui assurer une sanction dissuasive. Si ces postes de préjudices ne sont que des conséquences de l'accident du travail, la réparation collective prend le pas sur la responsabilité individuelle.

558. Si ce problème de compétence atteint l'effet de la sanction, alors peut-être faut-il le surmonter en éclatant la distinction. Les réflexions engagées vers une juridiction sociale unique[2180] n'ont pas abouti[2181], une telle juridiction aurait pourtant été à même de « *transcender la division du travailleur en ses qualités de salarié et d'assuré, et de connaître de sa personne dans son entité, seule capable de ne plus éclater la personne du travailleurs à travers l'éclatement du contentieux* »[2182]. Car la modification suggérée des dispositions de l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale ne suffit pas. Prenant acte d'une rédaction imparfaite, dès lors que les dispositions du Code de la sécurité sociale ne permettent pas une indemnisation intégrale des victimes d'accidents du travail dus à la faute inexcusable de leur employeur et sans que les normes européennes n'aient davantage pu être sollicitées à cette fin[2183], la Cour de cassation maintient sa proposition de modification suivante : « *indépendamment de la majoration de rente qu'elle reçoit en vertu de l'article précédent, la victime a le droit de demander à l'employeur devant la juridiction de sécurité sociale la réparation de l'ensemble des préjudices qui ne sont pas indemnisés pour l'intégralité de leur montant par les prestations, majorations et indemnités prévues par le présent livre* ». L'adoption d'une telle formule redonne une compétence aux juridictions de sécurité sociale, sans assurer une dimension dissuasive à la condamnation.

559. Cette concurrence entre deux juges est ancienne et ne semble pouvoir se résoudre qu'après l'intervention du législateur. Quoique la jurisprudence ait pu redessiner les contours du préjudice réparé par la rente[2184], elle ne résout pas l'absence de réparation

---

[2180] D. Marshall, *Les juridictions du XXe siècle*, *La documentation française*, 2013, p. 50.
[2181] Colloque *Vers un ordre juridictionnel social*, *Dr. ouvr*. novembre 2014.
[2182] M. Keim-Bagot, « « Les atteintes à la santé – Réflexions sur l'ordonnancement des préjudices », *op. cit.*, spéc. p. 480.
[2183] Cass. civ. 2ème, 11 juillet 2013, n° 12-15402, *Bull. civ*. II, n° 158, *D*. 2013, p. 1908 et p. 2658, obs. S. Porchy-Simon. Les juges décident que : « *les dispositions des articles L. 451-1, L. 452-1 et L. 452-3 du code de la sécurité sociale, qui interdisent à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle imputable à la faute inexcusable de l'employeur, d'exercer contre celui-ci une action en réparation conformément au droit commun et prévoient une réparation spécifique des préjudices causés, n'engendrent pas une discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 1er du Protocole additionnel n° 1, à la Convention, du seul fait que la victime ne peut obtenir une réparation intégrale de son préjudice* ».
[2184] Cass. mixte, 8 janvier 2015, préc. et Cass. soc., 6 octobre 2015, préc.

intégrale des préjudices du salarié victime d'un AT-MP. Cette intervention législative ne doit toutefois pas être attendue sans méfiance, car elle se révèle parfois créatrice d'un conflit là où il n'en existait pas, en témoigne le contentieux du licenciement collectif pour motif économique.

§2. Une concurrence pour la cohérence de la procédure de licenciement

560. Le juge administratif est compétent pour apprécier la validité de la procédure de certains licenciements[2185]. L'articulation entre son contrôle et celui de la cause réelle et sérieuse du licenciement, qui appartient au Conseil de prud'hommes, mérite d'être clarifiée afin de sécuriser la procédure du licenciement collectif pour motif économique (A) et celle des salariés protégés (B).

A. Le juge administratif et le licenciement collectif pour motif économique

561. Le nouveau régime de contestation des procédures de licenciement collectif[2186] instauré par la loi de sécurisation de l'emploi est placé sous l'égide de l'administration. Le dialogue instauré entre l'employeur et l'administration a pour effet de supprimer le rôle du juge judiciaire qui pouvait, en amont du licenciement, suspendre la procédure de licenciement[2187]. Deux contentieux se distinguent alors. Celui de la cause réelle et sérieuse du licenciement revient au juge judiciaire, celui de la procédure[2188] est attribué au juge administratif. *A priori*, le juge administratif juge une décision (de validation ou d'homologation) de l'administration et ne s'inscrit pas comme un juge de la réparation.

[2185] Art. L. 1235-7-1 C. trav.

[2186] V. not., Y. Struillou, « Retour vers le futur, l'intervention du juge administratif dans le contentieux du licenciement économique », *SSL* 2013, n° 1592, p. 83 ; A. Denis et M.-C. Sarrazin, « Plan de sauvegarde de l'emploi : le droit public s'invite à la table des négociations », *Dr.* ouvr. 2014, p. 347 ; J.-P. Mazaud, « Le nouveau régime des PSE : l'approche du juge administratif », *Dr. ouvr*., 2015, p. 246.

[2187] Art. L. 1235-7-1 C. trav. : « *L'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4* ».

[2188] « *Le plan de sauvegarde de l'emploi semble comme emporté sur un nouveau territoire conceptuel : celui de la procéduralisation* » : F. Géa, « Grands licenciements économiques et plan de sauvegarde de l'emploi après la loi du 14 juin 2013 : les premières décisions du Conseil d'État ? », *RDT* 2015, p. 528, spéc. p. 534.

Plusieurs questions se posent alors. Qui peut agir en contestation du PSE[2189] ? Quelle est l'étendue de ce contrôle ? S'il est certain que le juge administratif ne contrôle pas le motif économique du licenciement[2190], il semble pouvoir tout de même apprécier l'existence d'un co-emploi[2191]. Enfin, l'attribution du contentieux relatif au respect de l'obligation de sécurité de résultat interroge. L'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs[2192] en cas de réorganisation de son entreprise. À défaut, un préjudice pour les salariés naîtra. Dès lors, assurer le respect de cette obligation, en suspendant le projet de réorganisation, s'inscrit comme une mesure de prévention du préjudice et justifie de poser la question de la place du juge administratif dans ce contentieux. Si les juges du fond ont pu sembler accorder cette compétence au juge administratif[2193], la Cour d'appel de Versailles laisse le débat ouvert[2194].

562. La question se pose en termes précis : « *dans quelle mesure est-il possible de suspendre une réorganisation avec PSE pour manquement à l'obligation de sécurité de résultat ? Faut-il s'adresser au tribunal administratif qui contrôle un acte de l'administration (homologation ou validation du PSE par la DIRECCTE), ou au juge judiciaire, comme au bon vieux temps ?* »[2195]. La réponse est en revanche plus compliquée.

Pour le TGI de Nanterre, « *le juge judiciaire, saisi en référé, est incompétent pour statuer sur la question du respect par l'employeur de son obligation de sécurité de résultat […]*

[2189] G. Loiseau, « Le CHSCT : honni soit qui bien y pense », *SSL* 2015, n° 1698, p. 11 : « *Pris à la lettre, le texte (de l'article L. 1235-7-1 C. trav.) détermine, en les identifiant expressément, les titulaires du droit d'agir à l'encontre d'une décision de l'autorité administrative homologuant ou validant un PSE de manière telle qu'il donne légitimement à penser que son énoncé est limitatif. Sans doute, si la désignation catégorique des personnes susceptibles d'exercer un recours leur confère, d'un point de vue processuel, qualité à agir, il faut encore qu'elles justifient d'un intérêt au sens de l'article 31 du Code de procédure civile pour que l'action soit recevable* ».

[2190] CE 22 juillet 2015, n° 385816, *JCP* S 2015.1346, note J. Martinez et J.-J. Giudicelli ; *RDT* 2015, p. 514, note G. Dumortier.

[2191] Cass. soc., 30 septembre 2015, n° 13-27872, *à paraître*, *D.* 2015, p. 2017. Les juges de la Cour de cassation ont décidé qu'en l'absence d'appréciation de la situation de co-emploi par la décision administrative qui avait autorisé le licenciement, le salarié est fondé à saisir le juge judiciaire pour qu'il se prononce sur ce point. La solution n'est toutefois pas figée. L'arrêt n'exclut pas la compétence du juge administratif, les juges de la chambre sociale retiennent leur compétence car l'administration ne s'est pas prononcée sur cette demande. Si elle l'avait fait, l'on peut penser que la compétence du juge judiciaire aurait été rejetée, en ce sens, V. G. Loiseau, note sous Cass. soc., 30 septembre 2015, n° 13-27872, *JCP* S 2015.1414 ; Contra, V. Y. Pagnerre, « Le co-emploi à l'épreuve du droit des contrats et du droit processuel : de l'incompétence de l'Administration à reconnaître un co-emploi », *JCP* S 2014.1263 ; *Dr. ouvr*. 2016, p. 100, note J.-P. Bougnoux.

[2192] Art. L. 4121-1 et s. C. trav.

[2193] TGI Nanterre, 5 février 2015, *Dr. ouvr*. 2015, p. 340, note E. Lafuma.

[2194] CA Versailles, 1er décembre 2015, n° 15/01203, *Syndicat CGT EADS et a. c. SAS Airbus Defense and space*, *SSL* 2015, n° 1702, p. 12, obs. F. Champeaux ; *RDT* 2016, p. 286, obs. M. Grévy.

[2195] F. Champeaux, « Et la santé maintenant ! », *SSL* suppl. 2015, n° 1667, p. 70.

dans le cadre d'un projet de restructuration comprenant un plan de sauvegarde de l'emploi, qui ne peut qu'être appréciée par la juridiction administrative dans le cadre d'un litige relatif à la décision d'homologation »[2196]. Est ainsi écarté le juge judiciaire, lui qui a pourtant œuvré depuis plus de dix ans à la construction du régime de l'obligation de sécurité de résultat, n'hésitant pas suspendre une réorganisation sans PSE qui compromettait la santé des salariés[2197].

« *Schématiquement, aux fins d'écarter sa compétence, le raisonnement adopté par le TGI est le suivant : la question du respect par l'employeur de son obligation de prévention doit être arrimée au contrôle du plan de sauvegarde de l'emploi, au motif qu'il serait artificiel de délimiter le champ de la contestation en séparant le projet de réorganisation du plan de sauvegarde de l'emploi* »[2198]. Il semble que toutes contestations relatives à une réorganisation qui suppose l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi relèvent de la compétence de la juridiction administrative. La suggestion est donc celle d'un lien si étroit entre réorganisation et plan de sauvegarde de l'emploi qu'elle justifie que le contrôle de ce dernier absorbe celui de la réorganisation. Ce lien existe-t-il vraiment ?

563. Certes, le plan de sauvegarde de l'emploi participe au projet de réorganisation de l'entreprise puisqu'il doit contenir des mesures qui tendent à limiter le nombre de licenciements et à assurer le reclassement des salariés dont le poste disparaît. Il y a bien dans ces mesures une gestion de la réorganisation. Mais est-ce suffisant pour assimiler toutes les conséquences du plan de réorganisation à celles du plan de sauvegarde de l'emploi ? Ce ne sont pas seulement les conséquences sur l'emploi qui découlent d'un plan de réorganisation, mais aussi les conséquences sur les conditions de travail. Le projet de réorganisation doit prendre en compte le bouleversement des conditions de travail des salariés. Il y a donc ceux qui seront concernés par le plan de sauvegarde de l'emploi et les autres, ceux qui resteront dans l'entreprise après les licenciements et les reclassements. Est-ce vraiment au juge administratif d'apprécier si l'employeur a respecté son obligation de sécurité vis-à-vis de ces salariés ?

[2196] TGI Nanterre, réf., 10 septembre 2014, n° 14/02022, *SSL* suppl. 2015, n° 1667, p. 74 (extraits).
[2197] Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45888, arrêt *Snecma*, préc.
[2198] E. Lafuma, « Prévention des risques et droit des réorganisations : dans les plis de la loi de sécurisation de l'emploi, la santé cherche son juge », *Dr. ouvr*., 2015, p. 340, spéc. p. 341.

564. Le CHSCT peut poser la question de l'insuffisance de son information[2199], mais à défaut, la question du respect de l'obligation de sécurité semble renvoyée à la compétence du juge administratif, parce qu'il est cohérent de « *considérer que l'ensemble du contentieux du contrôle d'un projet de restructuration comprenant un PSE relève de la compétence exclusive de la juridiction administrative* »[2200]. Or, le CHSCT n'a pas qualité pour agir en contestation de la décision administrative[2201].

565. « *Indépendamment de la compétence juridictionnelle se pose la problématique du contrôle par l'administration de la santé des salariés dans les PSE* » [2202]. Il faudra en effet garantir les effets de cette cohérence procédurale en s'assurant que les juges administratifs ne se déchargent pas de ce contrôle[2203], si le comité d'entreprise le saisit de la question[2204]. Cette exclusion du CHSCT reste contestable et traduit une « *conception rétrograde du licenciement économique et du rôle de chacun des acteurs de la procédure. Nul ne conteste que le comité d'entreprise y joue un rôle majeur en raison de sa compétence en matière économique. Mais le CHSCT occupe également désormais une place essentielle sur l'échiquier des instances consultées. Le licenciement économique ne peut être réduit à une mesure économique qui serait déconnectée de ses conséquences sur la situation des salariés, aussi bien les salariés licenciés que ceux demeurant dans l'entreprise, en termes de santé, de sécurité et des conditions de travail. L'approche du Conseil d'État, qui revient à hiérarchiser les participations respectives du comité d'entreprise et du CHSCT à la procédure en minorant celle de cette dernière institution privée d'accès au droit de recours, concrétise le risque qu'il y avait à faire passer le contentieux de la procédure de licenciement économique sous la coupe de la juridiction administrative* »[2205].

[2199] P. Adam, « Restructuration, risques psychosociaux et CHSCT : remède sur ordonnance », *Dr. ouvr*., 2011, p. 345, spéc. p. 347.
[2200] TGI Nanterre (Civ. 2ème ch.), 5 février 2015, *Dr. ouvr*., 2015, p. 344.
[2201] CE 21 octobre 2015, n° 386123, *SSL* 2015, n° 1698, p. 11, note G. Loiseau.
[2202] F. Champeaux, « Et la santé maintenant ! », *op. cit*., p. 70.
[2203] Madame Lafuma cite un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy du 16 octobre 2014 (n° 14NC01417), dans lequel les juges estiment qu'il n'appartient pas à la DIRECCTE lors de l'homologation du document unilatéral de contrôler le respect des obligations de l'employeur en matière de sécurité, E. Lafuma, « Prévention des risques et droit des réorganisations : dans les plis de la loi de sécurisation de l'emploi, la santé cherche son juge », *op. cit*., spéc. p. 344.
[2204] La compétence du CE a été retenue, malgré son absence dans les textes : CE 21 octobre 2015, n° 385683.
[2205] G. Loiseau, « Le CHSCT : honni soit qui bien y pense », *op. cit*., spéc. p. 13.

566. « *Les tribunaux suggèrent fortement d'utiliser la procédure d'injonction* »[2206]. L'appel à cette dernière procédure[2207] ne revient-il pas à écarter le juge de l'appréciation de la santé du salarié ? « *Nouveau levier qui est la contrepartie de la suppression du contentieux de la suspension de la procédure devant le TGI* » [2208], l'injonction [2209] est une procédure par laquelle les représentants du personnel peuvent saisir l'administration pour qu'elle enjoigne l'entreprise de se conformer à une règle de procédure légale ou conventionnelle non respectée ou de donner des éléments d'information nécessaires à la conduite de l'information-consultation. C'est pourtant la solution retenue par le conseil d'État[2210]. Derrière la cohérence[2211] recherchée, « *on a le sentiment que le juge fait prévaloir l'objectif de sécurisation des procédures sur le sens d'une jurisprudence vouée à donner une réelle portée à la prise en compte de la santé dans les réorganisations* »[2212].

567. Au-delà de cette cohérence, l'autonomisation de la protection de la santé des salariés appelle la compétence du juge judiciaire. C'est la voie empruntée par certaines cours d'appel. Les juges considèrent que le contentieux ayant trait aux risques psychosociaux induits par un projet de réorganisation « *ne figure pas au nombre des litiges dont la connaissance est réservée à l'administration* »[2213], « *qu'il n'appartient pas à l'autorité administrative de contrôler les conséquences du plan de sauvegarde de l'emploi sur la santé et la sécurité des salariés* »[2214]. Cette dissociation du projet de réorganisation, dangereuse pour la santé du salarié, du plan de licenciement « *a un mérite du point de vue du contrôle juridictionnel. Sous l'angle des conséquences de la*

[2206] F. Champeaux, « Et la santé maintenant ! », *op. cit*., p. 70.
[2207] Un appel lancé agelemtn par le Conseil d'État : CE, 29 juin 2016, n° 386581, *Liaisons soc. quotidien*, n° 17116, p. 1.
[2208] E. Wargon et P. Ramain, « L'essor de la négociation sur les questions de licenciement économique » *SSL* 2014, n° 1636, p. 4.
[2209] Art. L. 1233-57-5 C. trav.
[2210] CE 29 juin 2016, n° 386581, V. F. Géa, « Chronique de jurisprudence du Conseil d'État sur le PSE », *RDT* 2016, p. 484, spéc. p. 488.
[2211] Selon J.-M. Buisson, c'est dans « *un souci de cohérence avec le renforcement du pouvoir de l'administration en matière de procédure de licenciement collectif pour motif économique* » que la compétence doit revenir au juge administratif, entretien avec J.-M. Buisson, *SSL* 2014, n° 1644, p. 11.
[2212] E. Lafuma, « Prévention des risques et droit des réorganisations : dans les plis de la loi de sécurisation de l'emploi, la santé cherche son juge », *op. cit*., spéc. p. 343; un sentiment confirmé dans l'affaire des *Éclaireurs de France*, CE 23 mars 2016, n° 389158, *SSL* 2016, n° 1720, p. 4, concl. S.-J. Liber et obs. F. Champeaux. Le Conseil d'État décide qu'une erreur de l'adminsitration (répondre par des observations à une demande d'injonction sans respecter la procédure afférente) n'entraîne pas la nullité de l'homologation du PSE dans la mesure où le dialogue social a été respecté (V. déjà, CE 23 décembre 2011, n° 335477, *Danthony*, *AJDA* 2012, p. 1609, obs. B. Seiller ; *RFDA* 2012, p. 284, concl. G. Dumortier). « *Plutôt que la rigueur et le formalisme, le Conseil d'État fait le choix de la souplesse et du pragmatisme. C'est le sens de la loi de sécurisation de l'emploi. Et le message a été parfaitement entendu* », F. Champeaux, *ibid.*
[2213] CA Versailles, 1er décembre 2015, préc.
[2214] CA Nancy, 16 octobre 2014, n° 14/01417.

restructuration et de la suppression des emplois sur les conditions de travail, elle ouvre un espace à une confrontation directe entre l'employeur et les représentants des salariés sur les tenants et les aboutissements du projet, ce que ne permet pas le contrôle du juge administratif qui, par nature, porte sur la légalité de la décision administrative, d'homologation ou de refus d'homologation »[2215].

Exception de compétence judiciaire sur une décision administrative[2216] ou « *fine compréhension des processus de restructuration* »[2217] ? Il appartiendra à la Cour de cassation de prendre position. Il nous semble que la voie de l'autonomisation de la protection de la santé des salariés doive être suivie. L'administration est compétente pour apprécier une décision d'homolgation de la DIRECCTE et ne se voit pas attribuer le contentieux du respect des articles L. 4121-1 du Code du travail. Le juge judiciaire doit rester le juge naturel de la santé au travail. Il y a là une cohérence, non pas de la procédure d'homolgation du PSE mais du droit à la santé, physique et mentale, des salariés.

B. Le juge administratif et le licenciement des salariés protégés

568. Le président Lacabarats, pour illustrer l'entrecroisement des compétences, dans son rapport sur l'avenir des juridictions du travail, a choisi comme exemple, celui des élections professionnelles en entreprise. Il rappelle qu' « *en matière d'élections professionnelles, le législateur a confié une compétence de droit commun au tribunal d'instance pour dénouer les conflits. Mais il a prévu l'intervention de l'autorité administrative […] pour certains aspects particuliers de l'organisation des élections, qui n'ont pu faire l'objet d'un accord dans l'entreprise, et notamment la fixation du périmètre de l'établissement distinct, la répartition des sièges dans les collèges, la répartition des électeurs. Il en résulte que certains contentieux relèvent de l'une ou de l'autre juridiction sans véritable raison : ainsi de la détermination du périmètre des établissements distincts selon qu'il s'agit du comité d'entreprise (juridiction administrative) ou des délégués syndicaux (tribunal d'instance) ; que certains contentieux vont d'une juridiction à l'autre, et, interdépendants, fragilisent considérablement le*

[2215] M. Grévy, obs. sous CA Versailles, 1er décembre 2015, *op. cit*., spéc. p. 288.
[2216] S. Brotons, obs. rapportés par F. Champeaux, obs. sous CA Versailles, 1er décembre 2015, *op. cit*., p. 13.
[2217] Propos de C. Wolmark, rapportés par F. Champeaux, obs. sous CA Versailles, 1er décembre 2015, *op. cit*., p. 13.

processus. […] Il apparaît, ainsi que l'ont proposé divers auteurs, qu'il pourrait utilement être unifié l'entier contentieux entre les mains d'un seul juge »[2218]. La complexité de l'attribution de la compétence des juges pour le contentieux relatif aux élections des représentants du personnel est à l'image de celle de leur licenciement et de la réparation des préjudices en découlant.

Le contentieux relatif aux représentants du personnel est en effet réparti entre les juridictions administratives et judiciaires. Si le juge administratif ne se prononce que sur la légalité de l'autorisation de licenciement, il revient au juge judiciaire de se prononcer sur les mesures de réparation à proprement parler. Le juge répressif, quant à lui, est chargé d'apprécier la discrimination ou l'entrave au droit syndical qui lui serait soumis. Mais c'est aussi devant ce dernier que le salarié ou les syndicats pourront se constituer partie civile. La frontière entre la compétence du juge administratif et du juge judiciaire apparaît parfois délicate à respecter, en témoignent deux contentieux, l'inapatitude du salarié protégé (1) et l'appréciation de son éventuelle situation de co-emploi (2).

1) Le licenciement pour inaptitude

569. Le licenciement pour inaptitude d'un salarié protégé suppose classiquement l'obtention d'une autorisation de licenciement. Il appartient alors à l'inspecteur du travail de s'assurer que l'inaptitude est réelle, avant de délivrer l'autorisation. Mais, cette hypothèse soulève aussi la question de l'étendue du contrôle de l'inspecteur du travail, chaque fois que le salarié invoquera le harcèlement moral subi à l'origine de son inaptitude. Est-il tenu de constater un certificat d'inaptitude conforme à la procédure de délivrance prévu par le Code du travail, ou doit-il rechercher les causes de l'inaptitude et s'assurer qu'elle ne relève pas, en réalité, d'un manquement de l'employeur à ses obligations ?

À cette question, le Conseil d'État offre une réponse claire, « *si l'administration doit ainsi vérifier que l'inaptitude physique du salarié est réelle et justifie son licenciement, il ne lui appartient pas, dans l'exercice de ce contrôle, de rechercher la cause de cette inaptitude, y compris dans le cas où la faute invoquée résulte d'un harcèlement moral* »[2219], laissant

[2218] A. Lacabarats, *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, *op. cit.*, p. 55.
[2219] CE 4e et 5e sous-section réunies, 20 novembre 2013, n° 340591, *AJDA* 2013, p. 2344 ; *JCP* S 2014.1129, note C. Leborgne-Ingelaere.

le soin au juge judiciaire d'indemniser le préjudice subi en raison du harcèlement puisque « *si l'autorisation de licenciement accordée par l'autorité administrative ne permet plus au salarié de contester la cause ou la validité de son licenciement en raison d'un harcèlement, elle ne le prive pas du droit de demander réparation du préjudice qui est résulté du harcèlement moral* »[2220]. Une autorisation administrative de licencier est donc compatible avec des dommages-intérêts pour harcèlement. Le juge judicaire demeure le juge indemnitaire. Seulement, une autre question se pose quant à la nature du préjudice à réparer. Le tribunal des conflits, garantissant la séparation des pouvoirs, avait posé une réserve quant à la compétence du juge judiciaire. Il rappelait que le contrôle de la réalité du motif d'inaptitude physique retenu par l'inspecteur du travail et le respect de l'obligation de reclassement constaté par ce dernier, relevaient de la juridiction administrative, mais que la juridiction judiciaire « *n'en demeurait pas moins compétente, après appréciation par le juge administratif de la légalité de la décision de l'inspecteur du travail, pour statuer, le cas échéant en les rejetant, sur les conclusions à fin d'indemnisation présentées par le salarié contre son ancien employeur* »[2221]. Il semblait donc restreindre le préjudice appréciable par le juge judiciaire au seul préjudice subi à raison des faits de harcèlement, sans l'étendre à tout le préjudice lié à la perte d'emploi. Prétendre l'inverse permettrait au juge judiciaire de déclarer un licenciement, légalement autorisé, entaché de nullité.

570. Cependant, cette absence de contrôle des causes de l'inaptitude par l'inspecteur du travail et le rôle circonscrit du juge judiciaire dans sa mission indemnitaire, placent le salarié protégé dans une situation embarrassante : licencié avec l'autorisation de l'inspecteur du travail, il ne pourra en aucun cas prétendre à son droit à la réintégration et à la réparation du préjudice né de la nullité de son licenciement, se trouvant « *doublement désavantagé par rapport à un salarié "ordinaire"* »[2222]. Cette différence pouvait être effacée en laissant au juge judiciaire le soin de prendre en compte la perte de l'emploi dans l'appréciation du préjudice subi du fait des actes de harcèlement. Cette appréciation était d'ailleurs confortée à la lecture du rapport annuel de la Cour de cassation. Les juges ont en effet précisé que « *seule une demande en dommages-intérêts pour harcèlement moral peut être formée devant le juge prud'homal, sans que puisse être*

[2220] Cass. soc., 15 novembre 2011, n° 10-10687, 10-18417 et 10-30463, *bull. civ*. V, n° 259, *Dr. Soc*. 2012, p. 103, obs. Ch. Radé.
[2221] T.C 17 décembre 2007, n° C3659.
[2222] G. Dumortier, « L'administration doit-elle vérifier que l'inaptitude du salarié protégé n'a pas été causée par un harcèlement ? Conclusions (contraires) du rapporteur public », *Dr. soc*. 2014, p. 25, spéc. p. 27.

remise en cause la validité de la rupture du contrat de travail. Il reste néanmoins loisible aux juges du fond de prendre en compte l'ensemble de la situation du salarié protégé dans l'évaluation du préjudice subi du fait du harcèlement »[2223].

Sous couvert du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, la Cour de cassation sous-entendait-elle une prise en compte de la perte de l'emploi ? À la lecture de son arrêt rendu le 27 novembre 2013, elle confirme cette interprétation. Elle rappelle classiquement que « *l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations* » et poursuit en approuvant la Cour d'appel d'avoir retenu que la salariée « *était fondée à solliciter la réparation du préjudice résultant de la perte d'emploi* »[2224].

Cette solution propose donc la réparation de la perte d'emploi causée par un licenciement valablement autorisé, et dont la validité n'est pas remise en cause. Socialement, la solution paraît équitable, on imagine mal le salarié protégé bénéficier de mesures de réparation amputées eu égard à celles dont bénéficie un salarié « ordinaire ». L'admission de la réparation de la perte d'emploi est donc une véritable mesure de réparation, même si l'objectif caché repose sur la volonté de ne pas laisser impuni le manquement de l'employeur, et en particlier le manquement à son obligation de sécurité[2225]. Juridiquement, la solution est plus singulière. Le préjudice réparé trouve sa source dans un licenciement autorisé. Il faut donc conclure, qu'en droit du travail, le préjudice est parfois causé par un acte licite.

2) Le licenciement pour motif économique dans le cadre d'une procédure collective

571. Si une autorisation de licenciement économique d'un salarié potégé est accordée à l'employeur par l'inspecteur du travail, le principe de la séparation des pouvoirs interdit

[2223] Rapport annuel de la Cour de cassation, 2011, p. 452.
[2224] Cass. soc., 27 novembre 2013, n° 12-20301, *Bull. civ*. V, n° 286, *D*. 2013, p. 2857 ; *SSL* 2014, n° 1614, p. 6, note T. Kapp.
[2225] V. aussi, Cass. soc., 18 février 2016, n° 14-26706, *à paraître*, *JCP* S 2016.1175, note C. Leborgne-Ingelaere. Dans cette espèce, la demande est fondée sur cette construction jurisprudentielle, mais la salariée n'a pu obtenir la réparation de son préjudice car elle n'avait pas invoqué le manquement de son employeur dès la première instance.

au Conseil de prud'hommes d'apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement du salarié protégé[2226]. Il existe toutefois des hypothèses dans lesquelles le juge du travail conserve une compétence résiduelle.

572. Lorsque le licenciement d'un salarié protégé est prononcé dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire[2227], la procédure se déroule en deux temps. D'abord l'administrateur va solliciter une autorisation de licencier auprès du juge-commissaire[2228] ou du tribunal de commerce[2229]. Il doit ensuite obtenir l'autorisation de l'inspecteur du travail[2230]. Trois juges peuvent alors être compétents : le juge commercial, le juge administratif et le juge du travail. « *Au nom du principe de séparation des pouvoirs, le conseil de prud'hommes ne peut pas rejuger les éléments de fait ou de droit examinés par l'administration du travail à l'occasion de son contrôle. Le principe de l'autorité de la chose jugée conduit, pour sa part, à ce que les éléments appréciés par le juge commercial pour autoriser les licenciements pour motif économique échappent au conseil de prud'hommes* »[2231].

Le Conseil d'État s'est prononcé sur l'articulation de ces règles. Les juges décident qu'il n'apppartient pas à l'inspecteur du travail de « *vérifier si la situation économique du groupe justifiait qu'il soit procédé au licenciement demandé, alors […] que ce licenciement avait été autorisé par une ordonnance du juge-commissaire* »[2232]. Les éléments du motif économique ne peuvent donc être contestés que devant le juge judiciaire. L'autorité de la chose jugée du juge commercial est confirmée.

573. Le juge prud'homal conserve lui aussi un rôle. Le salarié de « droit commun » bénéficie *« du droit de contester le caractère réel et sérieux du licenciement économique décidé […]. Le juge prud'homal conserve alors une compétence qui s'étend à toutes les questions qui portent sur le caractère sérieux du motif invoqué et à ce titre sur le respect de l'obligation de rechercher le reclassement du salarié préalablement à la décision de licenciement. Elle s'étend encore au respect des critères de l'ordre des licenciements*

[2226] Cass. soc., 10 janvier 1995, n° 93-42020, *Bull. civ*. V, n° 21, *Dr. soc*. 1995, p. 196 ; Cass. soc., 7 juin 2005, n° 02-47374, *bull. civ*. V, n° 190, *JCP* S 2005.1158, note P. Morvan.
[2227] Pour une présenation des procédures collectives en droit du travail, V. P. Morvan, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, Paris, 2013.
[2228] En cours de période d'observation d'une procédure de redressement, Art. L. 631-17 C. com.
[2229] En cas de plan de redressement (art. L. 631-19, III C. com) ; en cas de plan de cession (art. L. 642-5, al 5, C. com).
[2230] Art. L. 2411-1 C. trav.
[2231] A. Fabre, note sous Cass. soc., 23 mars 2016, n° 14-22950, 14-22960 14-22961 et 14-22963, *RDT* 2016, p. 263.
[2232] CE 3 juillet 2013, n° 361066, *Société Elixens*, *RDT* 2013, p. 551, concl. G. Dumortier.

ainsi qu'à celui des formalités et procédures imposées notamment par l'article L. 321-9 du Code du travail »[2233]. Il peut également apprécier la régularité de l'ordonnance du juge commissaire[2234]. Cette dernière doit indiquer le nombre de salariés dont le licenciement est envisagé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées[2235]. C'est le juge prud'homal qui peut vérifier si les salariés licenciés relevaient bien des activités et des catégories professionnelles visées par l'ordonnance[2236], à défaut, la décision du juge commercial prive les licenciements de cause réelle et sérieuse[2237].

Restait à savoir si cette solution pouvait s'appliquer au salarié protégé. La question se pose puisque pour ce dernier, le juge administratif doit apprécier l'autorisation de licencier de l'inspecteur du travail. « *En faveur de la compétence administrative, il pourrait être soutenu que l'administration doit examiner la régularité de la procédure de licenciement préalable à la saisine de l'inspection du travail. Cela englobe les procédures internes et externes. Pourquoi l'administration ne devrait-elle pas aller jusqu'à vérifier, dans ce cadre, la régularité de la décision du juge commercial ?* »[2238]. La chambre sociale en décide pourtant autrement. Après avoir rappelé le principe de la séparation des pouvoirs entre l'administration et le juge judiciaire, les juges décident qu' « *il résulte de l'article L. 631-17 du code de commerce que lorsqu'un licenciement a été autorisé par une ordonnance du juge-commissaire, le caractère économique du licenciement et la régularité de l'ordonnance du juge commissaire ne peuvent être discutés devant l'administration* »[2239]. Le conseil de prud'hommes peut ainsi, malgré l'autorisation administrative de licencier, apprécier le caractère réel et sérieux du motif économique et le respect de la procédure.

Cette concurrence ainsi constatée entre plusieurs juges laisse la victimes face à un choix procédural parfois difficile à faire. Il en va de même lorsque plusieurs juges, sans se concurrencer, se partagent divers contentieux.

[2233] P-Y. Verkindt, note sous Cass. soc., 14 février 2007, n° 05-40213, *Dr. soc.* 2007, p. 561, spéc. p. 562 ; V. aussi le rapp. P. Bailly, p. 557.
[2234] A. Fabre, note sous Cass. soc., 23 mars 2016, *op. cit*, spéc. p. 265.
[2235] Art. R. 631-26 C. com.
[2236] Cass. soc., 12 novembre 2008, n° 07-41870 : « *l'ordonnance rendue par le juge commissaire pour permettre à l'administrateur de procéder aux licenciements pour motif économique […] autorisait la suppression d'un poste d'employé de coutellerie et non pas celle d'un poste de directeur technique, la cour d'appel, qui a constaté que [le salarié] avait continué à exercer les fonctions de directeur technique […] n'a pas tiré les conséquences qui s'évinçaient de ses constatations* ».
[2237] Cass. soc., 5 octobre 2004, n° 02-42111, *Bull. civ*. V, n° 244, *D.* 2004, p. 2716 ; Cass. soc., 2 février 2011, n° 09-72616.
[2238] A. Fabre, note sous Cass. soc., 23 mars 2016, *op. cit*., spéc. p. 267.
[2239] Cass. soc., 23 mars 2016, n° 14-22950, 14-22960 14-22961 et 14-22963, *à paraître*, *RDT* 2016, p. 263, note A. Fabre ; *JSL* 2016, n° 409-4, note H. Tissandier.

Section 2. Une pluralité de juges

574. Les juges prud'homaux et de la sécurité sociale ne sont pas les seuls acteurs judiciaires de la réparation du préjudice en droit du travail. D'autres juges interviennent sans que leur rôle quant à la réparation du préjudice ne soit très précis. Ainsi, certains juges, dont la mission n'est pas de prononcer une mesure de réparation, tels le juge des référés et le juge pénal, l'assurent, tout de même, de façon subsidiaire (§1). C'est aussi le juge civil qui pourrait se révéler être le juge de la réparation en droit du travail avec l'adoption d'une action de groupe en cette matière (§2).

§1. Une mission subsidiaire de réparation

575. Le juge de la réparation en droit du travail se retrouve parfois là où on ne l'attend pas. Employeurs et salariés ne sont pas uniquement confrontés au juge prud'homal ou à celui de la sécurité sociale pour tenter de faire disparaître leur préjudice. Deux autres juges peuvent jouer un rôle sur leur préjudice sans que cette action ne corresponde à leur principale mission. Il en est ainsi du juge des référés qui fait cesser le dommage pour l'avenir (A) et du juge pénal, qui, après avoir sanctionné, peut aussi se prononcer sur la réparation du préjudice (B).

A. L'œuvre du juge des référés, la « cessation du dommage »

576. « *Juges civils de la flagrance* »[2240], le juge des référés prononcent des mesures temporaires (1) mais qui ne sont pas toujours contredites par le juge. Dès lors, les messages qu'il envoie peuvent témoigner d'une volonté de limiter l'étendue ou l'apparition du préjudice, et en particulier celui que constitue la perte d'emploi (2).

[2240] A. Lyon-Caen, « La chambre sociale et la consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc*. 1996, p. 484.

1) Sa mission principale, la cessation de l'illicite

577. Le tribunal de grande instance étant le juge de droit commun, le juge des référés de celui-ci se voit confier une compétence étendue, exception faite des matières où il existe une procédure particulière. C'est notamment le cas de la formation des référés du Conseil des prud'hommes[2241] qui est compétente pour connaître des litiges nés à l'occasion des relations individuelles de travail entre employeurs et salariés *:* délivrance d'un contrat de travail, réintégration d'un salarié protégé irrégulièrement licencié, suspension des effets d'une sanction disciplinaire irrégulièrement prononcée, délivrance d'un bulletin de paie, … En revanche, cette formation des référés du Conseil des prud'hommes n'est pas compétente pour prescrire des mesures concernant un conflit collectif du travail, telle l'expulsion de grévistes occupant les lieux du travail, ni pour trancher les litiges relatifs au fonctionnement des institutions représentatives du personnel qui relèvent de la compétence du président du TGI[2242].

578. L'article 484 du Code de procédure civile définit l'ordonnance de référé comme étant « *une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires* ». Cette mesure est provisoire, « *le juge des référés ne tranche pas le fond du litige; il ne peut en principe prononcer que des mesures d'attente, destinées à préserver les droits des parties avant leur appréciation par "le juge du principal"* »[2243]. Ce caractère provisoire de la mesure[2244] explique que le juge des référés ne puisse pas allouer des dommages-intérêts[2245], ni prononcer la résiliation d'un contrat[2246] ou contraindre une partie à rompre un contrat[2247]. Il ne paraît dès lors pas pouvoir être présenté comme un juge de la réparation. On peut toutefois se demander si son intervention à titre préventif pour éviter

[2241] Art. R. 1455-5 et R. 1455-6 C. trav.
[2242] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1961, t. 1, n° 1317 ; S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, 30ème éd., Dalloz, Paris, 2010, n° 2090.
[2243] A. Lacabarats, « Compétence des juges des référés », *in* S. Guinchard, (sous la dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, Paris, 2014, n° 125.06
[2244] Art. 488 CPC : « *L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée* ».
[2245] Cass. civ., 2ème , 27 janvier 1993, n° 90-20928, *Bull. civ*. II, n° 38 ; Cass. soc., 24 novembre 1994, n° 92-15773, *Bull. civ*. V, n° 315.
[2246] Pour un contrat de bail : Cass. civ., 3ème , 25 mars 1987, n° 85-10457, *Bull. civ*. III, n° 64, *JCP* N 1988.II.98, note J.-P. Moreau ; Cass. civ., 2ème , 7 décembre 2000, n° 98-16399, *RTD civ*. 2001, p. 209, obs. R. Perrot.
[2247] Cass. soc., 30 mai 2013, n° 12-14289.

la réalisation d'un dommage imminent ou pour mettre fin à un trouble existant[2248] ne participe pas, dans une certaine mesure, à réparer le préjudice. C'est par exemple le cas du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse. L'on a dit que la réintégration apparaissait comme un moyen efficace de réparation du préjudice mais rarement prononcée. « *Le juge du contrat n'intervient [en effet] qu'a posteriori et avec un long retard alors que la perte d'emploi […] est pour le salarié irrémédiable. L'employeur a la maîtrise de l'immédiat : il renvoie le salarié et crée ainsi la situation qui durera au moins pendant tout le temps du procès. Lorsque le juge aura statué, il ne sera plus temps de réintégrer. La sanction changera alors de nature : d'un droit à la remise des choses en l'état, on passera, par la force des choses, à un droit à indemnité. Pour cette raison c'est au juge des référés que sont très généralement présentées les demandes en réintégration* »[2249]. Le juge des référés, par la rapidité du prononcé de sa mesure, permet aussi de s'attaquer au préjudice. Malgré une réponse nécessairement temporaire, le juge des référés joue un rôle dans la « cessation immédiate » du préjudice.

2) Sa mission accessoire, la « cessation du préjudice »

579. Le juge des référés ne peut pas faire disparaître le préjudice, mais il peut le faire cesser. En agissant sur la cause du préjudice, il l'atteint par incidence. En décidant par exemple que le « *licenciement constite un trouble manifestement illicite* »[2250], les juges de la Cour de cassation permettent aux juges des référés de faire cesser la perte d'emploi. Ces derniers protègent également l'atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles dans l'entreprise, notamment par l'admission du droit d'alerte des délégués du personnel[2251]. Mais c'est essentiellement dans le contentieux des restructurations que son rôle est visible.

[2248] Art. R. 1455-6 C. trav.
[2249] B. Bossu, *La remise en l'état en droit du travail, op. cit*., p. 622.
[2250] Pour le licenciement d'un salarié protégé, V. not., Cass. soc., 17 janvier 1979, n° 77-14012, *Bull. ch. soc*. n° 64 ; Cass. soc., 22 septembre 2010, n° 09-41173, *Bull. civ*. V, n° 192 ; pour le licencement de la salariée en état de grossesse, Cass. soc., 19 novembre 1997, n° 94-42540, *Bull. civ*. V, n° 382, *RJS* 1/1998, n° 23 ; pour le licenciement d'un salarié gréviste auquel ne peut être reprochée une faute lourde, Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 98-40020, *Bull. civ*. V, n° 8, *JCP* G 1999.I.1399 ; pour le licenciement du salarié qui dénonce des faits de harcèlement moral, Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-17551, *à paraître*, *RDT* 2016, p. 8.
[2251] Art. L. 2313-2 C. trav.

580. L'information et la consultation des institutions représentatives du personnel[2252] sont des étapes importantes des procédures de restructurations[2253]. Leur non-respect est illicite et peut à ce titre faire l'objet d'une saisine du juge des référés afin que ces procédures soient respectées. Il a en effet été décidé que les organisations syndicales « *peuvent demander en référé les mesures de remise en état destinées à mettre fin à un trouble manifestement illicite affectant cet intérêt collectif* »[2254]. Suspension d'une mesure prise en méconnaissance de l'obligation d'information/consultation du comité d'entreprise[2255] ou respect forcé d'un accord collectif[2256], les réponses apportées par le juge des référés « *donnent à l'action en justice du syndicat une efficacité que n'assure pas la seule réparation indemnitaire du préjudice, qui de plus est trop souvent d'un montant symbolique* »[2257].

La suspension d'une procédure de licenciement collectif est particulièrement intéressante pour les salariés. « *Dans le cadre d'un transfert d'entreprise, l'impact du défaut ou de l'irrégularité de la consultation du comité d'entreprise sur le fondement du livre IV du Code du travail, est réel, du moins tant que le processus de décision est en cours. Les juges prononcent, en effet, la suspension de la décision économique, voire de la délibération du conseil d'administration, tant que la procédure de consultation n'a pas été respectée* »[2258]. Concrètement, la décision permet d'éviter le prononcé de licenciements et donc les préjudices subis par la perte de leur emploi pour les salariés. La solution s'étend par ailleurs aux restructurations au sein d'un groupe de sociétés[2259]. Elle confirme l'impression selon laquelle le juge des référés, à défaut de réparer intégralement les préjudices, permet de les éviter. C'est encore la protection de la santé au travail qui confirme cette impression.

[2252] Sur ce sujet, V. not., A. Lyon-Caen, « La chambre sociale et la consultation du comité d'entreprise », *op. cit*, p. 484 *;* I. Odoul-Azorey, « De "l'information-consultation anticipée" des IRP... à la refondation du droit commun de l'information-consultation ? », *RDT* 2013, p. 192 ; F. Géa, « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc*. 2013, p. 717.
[2253] B. Teyssié, « Les restructurations : le rôle du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 23.
[2254] Cass. soc., 24 juin 2008, n° 07-11411, *Bull. civ*. V, n° 140, *D.* 2008, p. 1904 ; *JSL* 2008, n° 241-5, note J.-E. Tourreil ; *Dr. ouvr*. 2008, p. 626, note C. Ménard.
[2255] Cass. soc., 24 juin 2008, préc.
[2256] Cass. soc., 16 janvier 2008, n° 07-10095, *Bull. civ*. V, n° 10, *JCP* S 2008.1599, note B. Gauriau, à propos de l'interdiction faite à l'employeur de prendre des mesures en violation d'un accord collectif
[2257] M. Grévy, « Syndicats professionnels », *Rép. Dalloz Droit du travail*, n° 120.
[2258] F. Favennec-Héry, « La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 729, spéc. p. 734.
[2259] CJCE 10 septembre 2009, Aff. C-44/08, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry e.a. c. Fujitsu Siemens Computers Oy*, *RDT* 2005, p. 285, note S. Vernac.

581. La santé au travail est devenue l'un des arguments recevables devant le juge des référés. On peut notamment citer le droit d'alerte dont disposent les délégués du personnel, qui s'étend aux atteintes à la santé physique et mentale dont un salarié peut être victime. Le juge des référés peut ordonner la fermeture du site dangereux et éviter le préjudice des salariés. Surtout, il veille au respect de la santé du salarié lorsqu'est en jeu un projet de réorganisation. Il s'assure notamment de la mission effective de l'expert qui a pu être demandé par le comité d'entreprise ou le CHSCT. « *L'employeur rémunère l'expert*[2260]*, doit lui fournir les éléments d'information nécessaires à sa mission et lui laisser l'accès aux locaux sous peine de poursuites pour entrave. Le juge des référés peut ordonner ce respect du droit à l'information sous peine d'astreinte* »[2261]. Il se permet également une appréciation qualitative du risque social, initiée par l'arrêt *Snecma*[2262]. Marquant la « *percée de l'obligation de sécurité de résultat dans l'organisation de l'entreprise* »[2263], le juge des référés peut suspendre la mise en œuvre d'une réorganisation au nom de la santé des salariés. Le juge des référés a ensuite décidé « *l'annulation d'une décision d'externalisation d'activité et de mises à dispositions au profit d'un groupement d'intérêt économique (GIE) en raison "de risques psycho-sociaux importants et de risques techniques et industriels considérables"* »[2264]. Il faut désormais considérer que tout projet de réorganisation suppose la mesure du risque économique, industriel, commercial et social au regard des obligations légales et conventionnelles[2265] et le juge des référés en est le garant.

582. La santé du salarié n'est pas seulement protégée par le juge des référés en cas de restructuration. L'article L. 4732-1 du Code du travail autorise par exemple l'inspecteur du travail à saisir le juge des référés, lorsqu'il constate sur un chantier une infraction aux

---

[2260] Sur l'obligation de prise en charge par l'employeur des honoraires d'expertise du CHSCT, le Conseil constitutionnel a toutefois censuré le premier alinéa de l'article L. 4614-13 C. trav. : Cons. const., n° 2015-500 QPC, 27 novembre 2015, *JCP* S 2015.1463, note L. Dauxerre ; *JSL* 2016, n° 402-3, obs. J.-B. Cottin. L'abrogation des dispositions concernées a été reportée au 1er janvier 2017. En attendant, la Cour de cassation maintient sa juripsurdence : V. déjà, Cass. soc., 15 mai 2013, n° 11-24218, *Bull. civ*. V, n° 125, *JCP* E 2013.1354, note L. Dauxerre et Cass. soc., 15 mars 2016, n° 14-16242, *à paraître*, *SSL* 2016, n° 1715, p. 9, obs. F. Champeaux et entretien avec J.-G. Huglo ; *JSL* 2016, n° 408-3, obs. J.-Ph. Lhernould.

[2261] P.-Y. Verkindt, « Le rôle des instances de représentation du personnel en matière de sécurité », *Dr. soc*. 2007, p. 697.

[2262] Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45888, arrêt *Snecma*, préc.

[2263] S. Bourgeot, M. Blatman et P.-Y. Verkindt, *L'état de santé du salarié*, *op. cit*., n° 147.

[2264] TGI Paris, 5 juillet 2011, *Syndicat CGT-FO de l'énergie nucléaire de la Hague et syndicat des travailleurs CGT de Areva NC La Hague c/ SA Areva NC*, *Dr. ouvr*. 2011, p. 633, note M. Cohen.

[2265] TGI Paris, 18 septembre 2013, RG n° 13/56558, Navis, Décisions de jurisprudence 2013, n° 114 : les juges suspendent le projet de l'employeur qui « *a violé les obligations de prévention des risques psycho-sociaux qui lui incombent dans le cadre de l'accord sur la prévention des risques psychosociaux conclu le 9 décembre 2011 avec les organisations syndicales de l'entreprise* ».

dispositions légales ou réglementaires susceptible de créer un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique des travailleurs. Le juge, par la possibilité dont il dispose, éventuellement sous astreinte, d'enjoindre à l'employeur de prendre toutes dispositions propres à faire cesser ce risque participe à la « cessation du préjudice ».

B. La réparation du préjudice après la punition par le juge pénal

583. La pénalisation des rapports de travail s'est construite autour de la santé et de la sécurité des travailleurs. Les lois de 1892 et 1893 ont en effet créé des infractions spécifiques de façon à imposer aux établissements de garantir des conditions d'hygiène, de salubrité[2266] et de sécurité des travailleurs[2267]. La voie pénale n'a cependant pas été empruntée par les victimes, dès lors que la loi du 9 avril 1898 a exclu le recours de droit commun contre l'employeur, laissant les poursuites pénales à la seule opportunité du Procureur de la République. Par ailleurs, la détermination du responsable de l'infraction a donné lieu à d'importants débats afin de savoir si le responsable était le chef d'établissement ou l'employeur[2268]. Puis, l'intérêt pour l'action pénale allait se trouver renouvelé suite à la recevabilité de la constitution de partie civile des syndicats[2269] puis des victimes[2270] ou de leurs ayants-droit[2271]. Dans ces hypothèses, « *le souci de sanctionner le comportement de l'auteur apparaît particulièrement net […]. Dans ce cas en effet, le dommage collectif étant toujours très difficilement évaluable et la faute étant de nature pénale, la tentation est grande d'utiliser l'action civile comme une auxiliaire de la répression* »[2272].

584. Aujourd'hui, le droit pénal du travail « *a proliféré au point d'accompagner chaque livre du Code du travail, mêlant l'essentiel et l'accessoire. La sanction pénale*

[2266] L. 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et de femmes dans les établissements industriels.
[2267] L. 12 juin 1893 concernant l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels, *J.O.* 13 juin 1893 p. 2910.
[2268] Cass. crim., 23 janvier 1975, n° 73-92615, *Bull. crim.* n° 30, *D.* 1976, p. 375, note J. Savatier.
[2269] Cass. crim., 26 octobre 1967, n° 67-91098, *Bull. crim.* n° 274, *JCP* 1968.II.15475, note J.-M. Verdier.
[2270] V. par ex., Cass. crim., 7 janvier 2015, n° 12-86653, *Bull. crim.* n° 13 , *JCP* S 2015.1182, note F. Duquesne : peut se constituer partie civile, la victime d'une mise en danger d'autrui, qui est établie lorsqu'un salarié a été exposé à un risque de mort, de mutilation ou d'infirmité permanente, en relation directe et immédiate avec la violation, manifestement délibérée et non contestée, des dispositions du Code du travail.
[2271] Cass. crim., 15 octobre 1970, n° 68-93383, *Bull. crim.* n° 268, *D.* 1970, p. 733, note J.-L. Costa.
[2272] G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité, op. cit*., n° 6-2.

assortit aussi bien le marchandage[2273] *qu'une erreur dans le choix de la peinture dans une chambre d'allaitement*[2274]*, autant la violation de règles majeures de sécurité*[2275] *que la bévue commise dans le calcul d'une indemnité de congés payés*[2276] »[2277]. Que l'on en discute la pertinence[2278] n'en enlève pas moins la présence du juge pénal dans le prononcé de la mesure de réparation via l'action civile[2279]. « *Définie comme l'action en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention*[2280]*, l'action civile, lorsqu'elle est exercée devant une juridiction répressive est empreinte de caractères propres qui la distinguent tant de l'action publique que de l'action en responsabilité délictuelle* »[2281].

585. L'action civile a deux objets, l'un purement civil, la réparation du préjudice découlant de l'infraction, l'autre, purement pénal, la reconnaissance de l'infraction et la condamnation de son auteur. Si la victime peut dissocier les deux objets en ne demandant que la reconnaissance de la culpabilité de l'auteur de l'infraction, il ne lui est jamais possible de ne demander au juge répressif que la seule appréciation de son préjudice, si le ministère public ne poursuit pas l'infraction. Cette dissociation de l'objet pénal est possible, car la recevabilité de sa constitution de partie civile n'est conditionnée ni par la preuve du dommage qu'elle a subi, ni par une demande en réparation. La chambre criminelle a en effet consacré la dissociation du droit de se constituer partie civile de la faculté de demander réparation[2282]. Cette solution « *sauve ainsi le pouvoir pénal d'une victime dont l'action civile n'est pas bien-fondée, tout en étant recevable* »[2283]. Le contentieux des accidents du travail a offert les occasions de consacrer une telle distinction. La juridiction répressive est incompétente pour allouer une réparation aux ayants droit de la victime décédée[2284] ou qualifier la faute inexcusable, ces questions

[2273] Art. L. 8234-1 et L. 8243-1 C. trav.
[2274] Art. R. 4152-19 et R. 1227-6 C. trav.
[2275] Art. L. 4741-4 C. trav.
[2276] Art. L. 3141-22 C. trav.
[2277] B. Teyssié, « Sur le droit pénal du travail », *Dr. soc*. 2000, p. 940, n° 1.
[2278] *Ibid*., n° 2.
[2279] Sur l'action civile, V. C. Ambroise-Castérot, « Action civile », *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale* ; L. Boré, « fasc. 30 : Action publique et action civile », *JCl Procédure pénale*, art. 2 et 3 ; Ph. Bonfils, *L'action civile ; essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000.
[2280] Art. 2, CPC.
[2281] F. Boulan, « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive », *JCP* 1973.I.2563.
[2282] Cass. crim. 15 octobre 1970, préc. ; Cass. crim., 10 mai 1984, n° 83-90554 , *Bull. crim*. n° 165 ; Cass. crim., 9 mars 1994, n° 93-83347, *Bull. crim*. n° 91 ; Cass. crim., 30 avril 2002, n° 01-85219, *Bull. crim*. n° 89, *D*. 2003, p. 30, obs. J. Pradel.
[2283] J. Pradel, obs. sous Cass. crim., 30 avril 2002, *op. cit*., p. 30.
[2284] Art. L. 451-1 C. SS.

relèvent de la juridiction de sécurité sociale. Dès lors, la constitution de partie civile par la victime ou les ayants droits n'a pas pour objet la réparation du préjudice, mais seulement de conforter l'action publique, afin que soit établie la culpabilité des prévenus. La condamnation au pénal s'inscrit comme un argument en faveur du salarié devant le juge de la sécurité sociale. D'une manière générale, la voie pénale apparaît comme le moyen de parvenir à la réparation pécuniaire et à la satisfaction de savoir le coupable puni. La condamnation pénale du délinquant assure, pour certain, « *la réparation morale* »[2285] de la victime.

§2. Une mission de réparation à révéler

586. La compétence du juge civil n'est pas totalement absente de la réparation en droit du travail. Bien que l'article L. 1411-1 du Code du travail dispose que « *le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient* », que cette compétence d'attribution soit d'ordre public et que la Cour de cassation protège ce caractère[2286], le juge civil est parfois compétent. C'est par exemple l'hypothèse des litiges relatifs à l'interprétation d'un accord collectif, applicable à la relation de travail. La nature individuelle ou non du litige laisse planer la confusion entre compétence du Conseil de prud'hommes et Tribunal de grande instance. La Cour de cassation s'efforce de retracer la limite entre ces deux juridictions. Elle a ainsi eu l'occasion de juger qu'à l'occasion d'« *un litige, dont la solution implique l'interprétation d'une convention collective, conservant un caractère individuel s'il est soulevé par un salarié à son seul profit, le conseil de prud'hommes est compétent pour interpréter la convention collective, même si le problème soulevé est susceptible d'intéresser tous les salariés relevant du*

[2285] J. Vérin, « La réparation du préjudice causé aux victimes d'infractions pénales », *RSC* 1983, p. 717. Pour lui, il y a un écueil qu'il faut éviter qui consiste à considérer l'indemnisation de la victime de façon très étroite, comme une simple compensation monétaire, alors que la réparation qui lui est due est beaucoup plus large : « *réparation morale, soutien psychologique, manifestations de solidarité, efforts pour obtenir le règlement du litige de fond* ».

[2286] Cass. soc., 17 décembre 2013, n° 12-26938, *Bull. civ*. V, n° 306, *D.* 2014, p. 87 : « *le caractère exclusif et d'ordre public de la compétence d'attribution du conseil de prud'hommes interdit d'y faire échec pour cause de connexité, sauf en cas d'indivisibilité, laquelle ne peut résulter que d'une impossibilité juridique d'exécution simultanée de deux décisions qui seraient contraires* ».

champ d'application de la convention collective. »[2287]. Elle a aussi décidé qu' « a*yant relevé que des salariés, qui ne présentaient aucune demande personnelle, entendaient faire juger par la formation de référé du conseil de prud'hommes, que l'article 17 de la convention collective nationale des employés de jeux s'opposait à l'application du tableau de service établi par l'employeur, la cour d'appel a exactement décidé que cette demande ne portait pas sur un litige individuel et n'était pas de la compétence du juge prud'homal* »[2288]. Et plus récemment, elle précise encore que « *le litige entre un employeur et des syndicats quant à l'interprétation d'accords collectifs relève de la compétence du tribunal de grande instance* »[2289]. Cette compétence résiduelle du juge civil n'intéresse pas directement la réparation[2290]. En revanche, il est un domaine dans lequel le juge civil semble promis à un bel avenir, celui de l'action de groupe, désormais admise en droit français (A) et, de façon plus circonscrite, en droit du travail (B).

A. L'action de groupe française

587. La question de l'introduction, en France, d'une procédure d'action de groupe est au cœur du débat doctrinal depuis près de trente ans[2291]. En vertu de l'adage « *nul ne plaide par procureur* », le droit français a longtemps résisté à l'admission d'une action de groupe, mais il faut désormais la compter parmi les figures juridiques françaises. L'action de groupe, ce « *nouvel avatar de recours collectif* »[2292] vient des États-Unis, où elle est connue sous le nom de *class action* et fait partie intégrante du système juridique. Fallait-il être pour ou contre son instauration en droit français[2293] ? C'est finalement un modèle « à la française » qui a été choisi.

[2287] Cass. soc., 20 octobre 1988, n° 85-45164, *Bull. civ*. V, n° 548.
[2288] Cass. soc., 30 avril 1997, n° 95-43227 et 95-43261, *Bull. civ*. V, n° 153.
[2289] Cass. soc., 21 novembre 2012, n° 11-15057, *Bull. civ*. V, n° 297, *D*. 2012, p. 2809.
[2290] Il faut toutefois penser que l'interprétation d'un accord collectif peut avoir une influence sur le bénéfice ou non de certains avantages aux salariés et pourrait alors parfois leur être préjudiciable.
[2291] V. not. F. Caballero, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ*., 1985, p. 47 ; H. Patrick Glenn, « À propos de la maxime "nul ne plaide par procureur " », *RTD civ*. 1988, p. 59 ; G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *op. cit*., p. 2951.
[2292] G. Canivet, « Des obstacles juridiques à l'action de groupe », discours prononcé au colloque « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice », organisé par l'UFC Que choisir, novembre 2005, p. 2.
[2293] D. Houtcieff, « Rapport de synthèse : les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *LPA* 10 juin 2005, n° 115, p. 16 ; D. Mainguy, « À propos de l'introduction de la class action en droit français », *D.* 2005, p. 1282 ; A. Chastel, J. Day et M. Martinet, « Du retour de l'action de groupe et du mythe de Sisyphe », *LPA*, 10 mars 2009, n° 49, p. 6.

588. La *class action* américaine se présente sous deux aspects[2294]. Elle peut être de type « *opt in* », c'est-à-dire l'inclusion volontaire : chaque victime peut se joindre au groupe dans l'action en justice. Mais, elle peut, à l'inverse être de type « *opt out* » : un groupe inorganisé de personnes est défendu par un avocat, les personnes susceptibles d'être concernées en sont informées et peuvent choisir de sortir de ce groupe. Efficace au regard de l'objectif de réparation des préjudices de masse, elle est éloignée des principes du droit français[2295], mais c'est cette forme que connaît le droit américain et le droit portugais[2296].

L'introduction d'une telle action de groupe dans notre système français soulevait de nombreuses inquiétudes. Remède efficace[2297] ou fausse bonne idée[2298] ? « *Le droit d'un État est le reflet de la culture d'une société ; on ne peut pas se contenter ici de la référence à une demande sociale, aux contours imprécis et aux retombées incertaines, pour justifier le bouleversement de nos normes juridiques et de nos principes fondamentaux* »[2299]. L'introduction de l'instance, l'information des membres potentiels du groupe, la réparation du préjudice individuel, le coût de cette action ou encore le domaine de l'action de groupe, étaient autant de principe du droit français à redéfinir pour admettre l'action de groupe dans sa version américaine. Mais, « *la conviction [était] acquise que […] le principe selon lequel tout dommage doit être réparé [devait] être placé au premier plan, les obstacles [devaient] être levés* »[2300].

Ils l'ont finalement été par la loi du 17 mars 2014[2301]. Le droit français connaît désormais une action de groupe. Initialement réservée au champ du droit de la consommation[2302],

---

[2294] L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 8e éd., LexisNexis, Paris, 2013, n° 366.

[2295] Mais pas incompatible, V. M.-A. Frison-Roche, « L'opting-out : un système juridique compatible avec la constitution française et la législation européenne », discours prononcé lors du colloque « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice », organisé par l'UFC Que choisir, novembre 2005.

[2296] J. Pegado Liz (rapporteur), Avis du Comité Économique et Social Européen sur la « Définition du rôle et du régime des actions de groupe dans le domaine du droit communautaire de la consommation », *JO* C 162/1 du 25 juin 2008.

[2297] V. Magnier, *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, PUF, Paris, 2004, p. 8.

[2298] J. Simon, « L'introduction de la class action ou action de groupe en droit français, une fausse bonne idée », *in L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, *op. cit.*, spéc. p. 111.

[2299] S. Guinchard, « Une class action à la française ? », *D.* 2005, p. 2180.

[2300] G. Canivet, « Des obstacles juridiques à l'action de groupe », *op. cit.*, spéc. p. 10.

[2301] Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite *Loi Hamon*, *JO* n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400

[2302] Elle est désormais étendue au domaine médical : L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016, de modernisation de notre système de santé, *JO* 27 janvier 2016, art. 45, *D.* 2016, p. 64, obs. M. Bacache.
Et le projet de loi *Justice du XXIème siècle*, dans sa version adoptée le 29 juin 2016, prévoit de l'étendre aux domaines de la discrimination, de la santé publique, de l'environnement et des atteintes aux données personnelles protégées par la loi informatique et liberté du 6 janvier 1978 (art. 19 du texte issu des travaux de la commission des lois de l'Ass. nat.).

elle n'est pas la traduction française d'une *class action*[2303] mais marque l'évolution de notre droit de la responsabilité. L'action de groupe a désormais une définition officielle : « *Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 811-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles* »[2304].

589. Un des objectifs du législateur était de « *ne pas laisser sans réponse des fautes rentables pour les entreprise provoquant des dommages de montants relativement faibles mais qui se réalisent à une échelle collective et perturbent l'équilibre du marché* »[2305]. La disproportion entre la faiblesse du dommage individuel et le coût du procès explique que les victimes ne demandaient que rarement la réparation de leur préjudice. L'action de groupe facilite alors l'accès au juge afin d'assurer la réparation de ces préjudices. L'action n'est toutefois pas seulement réparatrice. Elle présente un caractère répressif et dissuasif[2306]. Plus que de permettre l'indemnisation, qui sera souvent minime au plan individuel, l'objectif du législateur est d'assurer le respect des dispositions du droit de la consommation. Cette action agit donc comme un moyen coercitif vis-à-vis du professionnel. La menace de la sanction civile est censée l'inciter au respect des dispositions légales[2307].

590. Cette idée de menace sous-tendue par la mesure de réparation se retrouve en droit du travail, à travers les solutions jurisprudentielles. On a pu évoquer la manœuvre des juges pour admettre largement le préjudice réparable et user de la réparation pécuniaire comme un moyen de sanction. Offrir une action de groupe en la matière participerait donc à ce mouvement déjà à l'œuvre.

[2303] Son champ d'application est à lui seul une différence majeure : elle est cantonnée au droit de la consommation, ouverte dans seulement deux hypothèses et ne vise pas tous les préjudices, seulement les préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels.
[2304] Art. 1 de la loi du 17 mars 2014, *op. cit.*, codifié à l'art. L. 623-1 C. conso.
[2305] B. Lapérou-Scheneider, « De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail », *Dr. soc*. 2015, p. 256.
[2306] M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ*. 2014, p. 450, spéc. p. 461.
[2307] D. Mainguy et M. Depincé, « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP* E 2014.1144, spéc. n° 3.

B. L'action de groupe en droit du travail

591. L'un des obstacles à l'admission de l'action de groupe se trouvait dans le traditionnel adage « *nul ne plaide par procureur* ». Or, cette maxime, parfois qualifiées d'archaïque[2308], n'interdit pas la représentation à l'action et toute personne peut donner mandat à une autre d'agir à sa place. Le droit du travail connaissait d'ailleurs cette faculté, avant même que l'action de groupe « à la française » n'apparaisse (1). Toutefois, les insuffisances de ces mécanismes incitent à une révision du système de représentation actuelle (2).

1) Des actions collectives insuffisantes

592. L'action des syndicats professionnels a été l'un des premiers contentieux permettant au juge d'interpréter la notion d'intérêt collectif. Depuis 1920, les syndicats peuvent, en effet, devant toutes les juridictions, exercer les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession[2309]. La question de la définition de l'intérêt collectif s'est alos posée[2310]. Bien que la jurisprudence ait pu se montrer souple vis-à-vis de l'intérêt collectif, l'action en défense du syndicat ne permet pas d'obtenir la réparation des dommages individuels des salariés. Elle est l'occasion de déclarer la responsabilité de l'employeur mais laisse à la discrétion des salariés la mise en œuvre d'une action individuelle en réparation de leur préjudice.

593. À côté de cette action collective, les syndicats peuvent intenter une action en substitution[2311]. Cette action permet aux syndicats d'exercer une action en justice en faveur d'un salarié, sans avoir à justifier d'un mandat. Autrement dit, elle permet au salarié d'être rempli dans ses droits alors même qu'il n'oserait pas agir en justice en raison de sa position de faiblesse[2312]. Cette définition ressemble à celle de l'action de groupe et pourrait rendre inutile la question de son extension en droit du travail. Elle n'est pourtant pas satisfaisante.

[2308] F. Caballero, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *op. cit*., p. 47.
[2309] Une faculté précisée à l'art. L. 2132-3 C. trav.
[2310] Sur cette question, *cf. supra*, p. 111.
[2311] V. not., M. Cohen, « Le droit de substitution, un cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc*. 1990, p. 790 ; H. Peschaud, « Le droit de substitution et les garanties des salariés », *Dr. ouvr.* 2000, p.478 ; F. Petit, « L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur », *Dr. soc*. 2004, p. 262.
[2312] T. Lahalle, « Action en substitution ou action syndicale », *JCP* S 2010.1070.

D'abord, sa nature pose une question. De l'aveu de la chambre sociale, l'action syndicale est une « *action de substitution qui est personnelle au syndicat et non une action par représentation des salariés* »[2313]. Or, s'il s'agit d'une action personnelle, quel préjudice est subi par le syndicat ? Le seul à souffrir est le salarié. Plus qu'une action personnelle, le syndicat semble bien mener une action en représentation, un premier pas vers la consécration d'une véritable action en représentation se fait jour, sans pour autant être consacrée. Ensuite, elle n'est pas générale, elle n'est prévue que dans des cas particuliers, « *dans lesquels la faiblesse du salarié est patente, au point que l'on peut douter de l'effectivité de son droit d'agir en justice pour le respect de ses droits. Parmi les nombreux exemples, citons l'action en application de la convention collective à laquelle le salarié est soumis, la défense des travailleurs à domicile, des travailleurs étrangers, des salariés sous contrat à durée déterminée, des intérimaires, les salariés victimes d'agissements graves de l'employeur (harcèlement, discrimination, égalité entre hommes et femmes, prêt de main-d'œuvre illicite) ou placés dans une situation particulièrement difficile tel un licenciement économique* »[2314]. Enfin, elle nécessite d'identifier les salariés concernés, qui se retrouveront face à l'employeur lors de leur retour dans l'entreprise.

594. Plus éloignées de la défense des intérêts d'autrui, on peut enfin citer, en marge, les actions exercées par les institutions représentatives du personnel. Susceptibles d'ester en justice pour défendre leurs intérêts propres, ces institutions ont vu la définition de leurs intérêts s'étendre[2315]. Les juges veillent toutefois à distinguer leur intérêt de celui « *des actions syndicales, excluant en particulier toute action du comité d'entreprise en défense de l'intérêt de la profession ou prétendant défendre l'intérêt des salariés en se joignant à leur action sans que ses intérêts propres aient été méconnus* »[2316]. Il n'empêche que, par son action, le comité d'entreprise défend aussi certains intérêts collectifs des salariés, tel est notamment le cas lorsque le juge prononce l'inopposabilité aux salariés des mesures prises en violation des prérogatives consultatives du comité d'entreprise ou la suspension

[2313] Cass. soc., 1er février 2000, n° 98-46201, *Bull. civ*. V, n° 53, *JCP* G 2001.II.10451, note E. Jeuland ; *Dr. soc.* 2000, p. 516, obs. C. Roy-Loustanau.
[2314] H. Tissandier, « L'action en justice des syndicats », colloque *Pratiques syndicales du Droit*, Montreuil, les 11 et 12 mai 2011, organisé par le Centre d'histoire sociale du XXe siècle et l'Institut CGT d'Histoire sociale.
[2315] Sur l'intérêt collectif des institutions représentatives du personnel, *cf. supra*, p. 118.
[2316] F. Guiomard, « Quelle place faire aux actions de groupe en droit du travail ? », *RDT* 2014, p. 568, spéc. p. 569. Pour des illustrations jurisprudentielles, V. aussi, Cass. soc. 14 mars 2007, n° 06-41647, *Bull. civ*. V, n° 51, *D*. 2007, p. 1081 ; *Dr. soc*. 2007, p. 1153, note M. Véricel ; *RDT* 2007, p. 401, obs. E. Andréo ; *JCP* S 2007.1943, obs. R. Vatinet

des mesures décidées par le chef d'entreprise tant que le comité n'a pas été consulté[2317]. « *L'action en justice en défense des intérêts d'une institution elle-même chargée de défendre les intérêts de la collectivité des salariés est ainsi devenue une voie puissante des actions collectives connues du droit du travail, sans posséder une spécificité très marquée au regard du droit commun procédural* »[2318].

595. Le droit du travail présente donc une originalité, celle de déjà connaître des actions dites « collectives ». Il faut toutefois admettre qu'elles restent perfectibles. « *Complexité du cadre de l'action syndicale [et] faiblesse des résultats produits par ces actions* »[2319] incitent à repenser ces mécanismes. Le nouveau modèle créé en droit de la consommation invite d'autant plus à la comparaison et soulève la question de son extension en droit du travail.

2) Une action de groupe à créer

596. Sur le modèle désormais offert par le droit de la consommation et le droit médical, certain imagine une action de groupe en droit du travail. En effet, « *pourraient appartenir à un même groupe tous les salariés ayant subi un préjudice identique et qui ne sont pas expressément opposés à cette action. Le groupe sera la somme d'intérêts individuels concordants, à la différence de l'action en défense d'un intérêt collectif. L'action de groupe serait, somme toute, intermédiaire entre l'action de substitution et l'action syndicale. […]L'action de groupe permettrait le rétablissement d'une légalité concrète, et non plus abstraite* »[2320].

À l'inverse, l'on peut arguer des spécificités de la relation de travail pour ne pas l'admettre de façon généralisée. Car, « *l'une des principales limites de l'action de groupe est qu'elle ne permet pas suffisamment d'individualiser la réparation due au salarié. En effet, elle conduit à une réparation forfaitaire, distribuée de manière équitable mais non individualisée à tous les salariés victimes reconnus, en fonction du montant général d'indemnisation allouée par la juridiction. […] La class action ne peut que buter sur la problématique de l'individualisation des situations personnelles des salariés*

[2317] M. Keller, « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques ou les vertus altruistes d'une action propre », *Dr. soc*. 2006, p. 861, spéc. p. 866.
[2318] F. Guiomard, « Quelle place faire aux actions de groupe en droit du travail ? », *op. cit*., spéc. p. 568.
[2319] *Ibid*., spéc. p. 571.
[2320] H. Tissandier, « L'action en justice des syndicats », *op. cit*.

concernés »[2321]. Enfin, une mise en garde peut être énoncée, car « *avant d'étendre l'action de groupe à d'autres domaines que ceux de la consommation et de la concurrence, il serait souhaitable, afin d'éviter que la nouvelle procédure ne soit corrodée dès sa mise en œuvre, d'anticiper les difficultés procédurales [….] Deux solutions peuvent dès lors être envisagées* »[2322] : soit il faut abandonner la règle de l'article 4 du code de procédure pénale de l'autorité de la chose jugée sur le civil[2323]. Soit, il faut prévoir que l'action de groupe puisse être traitée par une juridiction répressive. Le juge répressif devrait alors statuer en deux temps, d'abord l'action de groupe et la condamnation collective, puis l'action individuelle et la condamnation répressive.

597. La loi du 17 mars 2014 introduisant l'action de groupe, en droit de la consommation, s'est contentée de relancer l'idée d'introduire une action de groupe en droit du travail[2324], alors qu'elle avait déjà prévu une extension dans les domaines de la santé et de l'environnement[2325]. L'oubli est étonnant, tant la similitude des rapports unissant un consommateur au professionnel et un salarié à son employeur permet d'imaginer son développement dans le champ du travail. Puisque « *le droit du travail est un droit de protection, qui règle des relations de travail, mettant en jeu un subordonné juridique qui saisit le juge contre celui qui lui fournit sa substance* »[2326], l'inégalité des rapports de force qui ont justifié l'introduction de l'action de groupe en droit de la consommation semble identique en droit du travail. C'est donc au projet de loi « *Justice du XXIème siècle* »[2327] que revient l'opportunité de créer une action de groupe en droit du

[2321] L. Pécaut-Rivolier, « Discriminations collectives en entreprise : pour une action collective spécifique », *RDT* 2014, p. 101, spéc. p. 106.
[2322] B. Lapérou-Scheneider, « De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail », *op. cit*., spéc. p. 262.
[2323] Ce qui permettrait au juge civil de ne pas avoir à surseoir à statuer chaque fois que la juridiction répressive sera saisie à l'occasion d'une action de groupe. En revanche, le risque de contradiction entre la matière civile et pénale s'accroît.
[2324] Une proposition avait déjà été déposée avant l'entrée en vigueur de la loi, (proposition de loi n° 811 du 25 juillet 2013, visant à instaurer un recours collectif en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités), l'introduction de l'action de groupe en droit de la consommation a relancé les volontés politiques (proposition de loi n° 1699 du 14 janvier 2014 instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités).
[2325] Art. 2, L. 17 mars 2014, *op. cit* : « *Trente mois au plus tard après la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport évaluant les conditions de mise en œuvre de la procédure d'action de groupe et propose les adaptations qu'il juge nécessaires. Il envisage également les évolutions possibles du champ d'application de l'action de groupe, en examinant son extension aux domaines de la santé et de l'environnement* ».
[2326] J. Simon, C. Foulon et A. Ferrer, « Faut-il introduire l'action de groupe en droit du travail ? », *RDT* 2012, p. 603, spéc. A. Ferrer, « Pour une nouvelle efficacité des actions collectives en justice », spéc. p. 607.
[2327] Projet de loi n° 661, portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle, V. F. Guiomard, « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXIème siècle : un texte

travail. Il crée un cadre légal aux actions de groupe et conçoit, plus particulièrement, une déclinaison de l'action de groupe en matière de discrimination collective en droit du travail[2328] (a). Il s'agit d'un premier pas vers l'admission de l'action de groupe en droit du travail qui reste, malgré tout, trop circonscrit et mérite d'être poursuivi pour que le droit du travail connaisse une véritable action de groupe réparatrice (b).

a) La cessation de l'illicite par l'action de groupe en matière de discrimination

598. Un nouvel article L. 1134-7 pourrait être ainsi rédigé dans le code du travail : « *une organisation syndicale de salariés représentative au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 peut agir devant une juridiction civile afin d'établir que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou plusieurs salariés font l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif parmi ceux mentionnés à l'article L. 1132-1 et imputable à un même employeur* »[2329]. Cette mesure ne doit toutefois pas être perçue comme la consécration d'une action de groupe en droit du travail, puisqu'elle ne vise que les discriminations à l'embauche. Il s'agit donc là d'un champ assez réduit du droit du travail, mais la démarche témoigne de la volonté d'admettre ce type d'action en droit du travail.

599. En revanche, une action de groupe est mise en place pour les discriminations, en général. On peut donc penser que cette action sera applicable aux discriminations rencontrées dans le monde du travail[2330]. Cette notion de discrimination possède une double acception. La discrimination directe correspond à « *la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* »[2331]. Elle semble par nature individuelle et ne serait donc pas celle que l'action de groupe pourrait viser. En revanche, la discrimination indirecte est, quant à elle, constituée par « *une disposition, un*

d'anesthésie ? », *RDT* 2016, p. 52. Adopté par le Parlement le 12 octobre 2016, V. *Liaisons sociales Quotidien* n° 17181, p. 1.

[2328] *Ibid.*, art. 44 et s.

[2329] Art. 45, projet de loi *de modernisation de la justice du XXIème siècle*, adopté par l'assemblée nationale le 24 mai 2016.

[2330] Art. L. 1132-1 C. trav.

[2331] Art. 1 al. 1 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés »[2332]. Il y a dans cette définition une nature collective de la discrimination qui explique que l'action de groupe puisse être un des moyens de la sanctionner. L'action de groupe permettrait de faciliter l'action judiciaire et d'assurer la remise en conformité des comportements illégaux. C'est « *l'union qui fait la force* »[2333], c'est bien le recours collectif qui facilite l'accès au juge, la démonstration de la preuve et finalement, le respect de la loi. « *En marge de cet argument favorable à l'extension de l'action de groupe tenant à la nature collective des discriminations indirectes, un second élément peut être avancé tenant à l'absence de dispositif juridique propre à lutter contre de tels comportements. En effet, s'il est fait mention de la discrimination indirecte dans le code du travail à l'article L. 1132-1, ce phénomène n'est expressément incriminé dans aucun texte. […] La nature à la fois répressive et dissuasive de l'action de groupe constituerait un palliatif de l'absence de dispositions répressives spécifiques, de nature à inciter au respect des dispositions du code du travail* »[2334].

600. Il manque toutefois à ces actions contre la discrimination un effet, la réparation intégrale du préjudice.

S'agissant de la discrimination à l'embauche, le législateur a fait le choix d'inscrire la cessation de manquement en priorité. Cet ordre traduit la force conférée à la cessation de l'illicite qui précède la réparation[2335]. Les demandeurs à l'action doivent d'ailleurs « *préalablement à l'engagement de l'action de groupe mentionnée à l'article L. 1134-7, [demander] à l'employeur, par tout moyen […], de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée* »[2336]. Cette action tend clairement à « *constater l'existence d'une discrimination collective* » et à « *contraindre l'employeur à faire cesser cette situation* », car « *le contentieux de l'indemnisation individuelle doit […] rester au*

[2332] Art. 1 al. 1 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.
[2333] Propos du député R. Hammadi lors de la présentation de la proposition de loi n° 1699.
[2334] B. Lapérou-Scheneider, « De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail », *op. cit.*, spéc. p. 260.
[2335] Art. L. 1134-8 C. trav. tel qu'il ressort de l'art. 45 du projet de loi *de modernisation de la justice du XXIème siècle*, enregistré le 22 juin 2016 à l'Assemblée nationale.
[2336] *Ibid*.

conseil de prud'hommes »[2337]. L'action de groupe en matière de discrimination n'a donc pas pour objet principal la réparation des préjudices. La réparation est renvoyée à une procédure individuelle[2338]. Par ailleurs, les dispositions générales de l'action de groupe en matière de discrimination ne s'appliquent pas aux relations salariées[2339].

601. La distinction avec l'action de groupe telle qu'elle ressort du socle commun[2340] est ainsi marquée. Il reste donc encore à admettre, en droit du travail, une véritable action de groupe.

b) La véritable action de groupe réparatrice

602. La spécificité de la lutte contre les discriminations ne permet pas de conclure à l'admission générale d'une action de groupe en droit du travail. C'est par un recours au cadre général de l'action de groupe qu'il faudra étendre cette action en droit du travail. Le projet de loi envisage en effet la rédaction d'un article fixant le cadre général de l'action de groupe. « *Lorsque plusieurs personnes physiques, placées dans une situation similaire, subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur* ». Le cadre général permet d'étendre l'objet de cette action au-delà de la discrimination. Cette disposition peut-elle s'appliquer en droit du travail ? La question se décompose, en réalité, en trois interrogations : quel « manquement » de l'employeur ? quel « dommage » ? et enfin quel « préjudice » ?

603. Le projet de loi reprend les termes de l'action de groupe en droit de la consommation ; il vise un manquement aux obligations légales ou contractuelles. Pourtant, il est classiquement présenté que c'est la faute de son auteur qui engage sa responsabilité. « *En matière d'action de groupe, nulle mention à la "faute". Le*

[2337] L. Pécaut-Rivolier, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, rapport remis au Ministre de la justice, 17 décembre 2013, spéc. p. 104. Pour une synthèse du rapport, V. Ch. Radé, « Publication du rapport Pécaut-Rivolier sur les discriminations collectives en entreprise », *Dr. soc*. 2014, p. 106.

[2338] Art. L. 1134-10 C. trav. tel qu'il ressort de l'art. 45 du projet de loi, *de modernisation de la justice du XXIème siècle*, enregistré le 22 juin 2016 à l'Assemblée nationale.

[2339] Art. 44 tel qu'il ressort de l'art. 44 du projet de loi *de modernisation de la justice du XXIème siècle*, enregistré le 22 juin 2016 à l'Assemblée nationale : « *Le présent article n'est toutefois pas applicable à l'action de groupe engagée contre un employeur qui relève, selon le cas, du chapitre IV du titre III du livre Ier de la première partie du code du travail et du chapitre XI du titre VII du livre VII du code de justice administrative* ».

[2340] Art. 20 à 43, projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle, préc.

législateur préfère invoquer le terme de "manquement". Pourtant, le manquement, qui se définit, traditionnellement, comme l'action de faillir à ses devoirs ou à une loi, est synonyme de faute. Reste que la faute, détenant une connotation péjorative, peut être perçue comme plus restrictive qu'un manquement »[2341]. Il s'en suit, qu'en droit de la consommation, si le professionnel manque à ses devoirs imposés par le dispositif légal ou conventionnel, en matière de vente, de prestations de service ou de pratiques anti-concurrentielles, il peut voir une action diligentée contre lui. Appliquée au droit du travail, la notion de manquement de l'employeur est parfaitement assimilable. Le contrat de travail est le support d'obligations contractuelles et la loi y ajoute un certain nombre d'obligations légales. Elles sont toutes susceptibles de ne pas être respectées par l'employeur, constituant ainsi des manquements, sans autre besoin de caractériser une faute.

604. S'agissant du dommage, « *l'action de masse, au sens étroit du terme, ne se conçoit pas sans dommage de masse imputable à un même auteur. Ce présupposé autant logique que politique rend problématique l'institution en droit du travail. On peut admettre, pour le besoin de l'analyse, que certains dommages de masse peuvent être identifiés dans les relations que le droit du travail est réputé régir. Que l'on songe par exemple aux lésions, souvent mortelles, entraînées par l'exposition à l'amiante. Mais l'exemple, à sa manière, prouve trop. […] Il est patent que si ce sont les employeurs, qui sont regardés comme auteurs, ils sont, dans de telles hypothèses, multiples. L'unité d'imputation ne se rencontre pas* »[2342]. Admettre une action de groupe en droit du travail suppose donc de définir les « dommages de masse »[2343], autres que la discrimination, susceptibles d'être revendiqués devant le juge. Or, le législateur n'a rien prévu.

Au regard du droit de l'union européenne, le dommage de masse s'entend de la « *situation dans laquelle plusieurs personnes physiques ou morales prétendent avoir subi un préjudice à l'origine d'une perte en raison d'une même activité illicite menée par une ou plusieurs personnes physiques ou morales* »[2344]. Ses critères sont donc un « *grand nombre de victimes* », « *à l'occasion d'un fait dommageable unique* »[2345]. Comment

[2341] S. Ben Hadj Yahia, « Action de groupe », *Rép. Dalloz Procédure civile*, n° 45.
[2342] A. Lyon-Caen, « Action de groupe et droit du travail », *RLDC* 2006, n° 33, p. 77, spéc. p. 78.
[2343] Sur cette notion, V. A. Guégan-Lécuyer, *Dommages de masse et responsabilité civile*, LGDJ, Paris, 2006.
[2344] Recommandation de la Commission européenne relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, 2013, art. 3, b.
[2345] A. Guégan-Lécuyer, *Dommages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 77.

décider quel nombre de victime est suffisant pour considérer être face à un dommage sériel ? Le législateur n'indique pas le nombre minimal de victimes à atteindre, cette limite est inutile. « *La clef de son succès réside […] dans le nombre de consommateurs qu'elle permet d'indemniser, lequel doit être aussi élevé que possible* »[2346]. Il ne faut pas craindre la multiplication des petites actions de groupe pour des dommages de « petite taille ». Car c'est, au contraire, la fréquence de son exercice qui lui donnera sa nature dissuasive. En droit de la consommation, « *la difficulté n'est pas d'endiguer un flot de demandes plus ou moins fondées, mais de convaincre les intéressés de franchir le pas de l'adhésion au groupe* »[2347]. En droit du travail, le rôle des syndicats sera alors primordial, pour inciter les salariés à se joindre à l'action. On imagine en effet quels faits dommageables pourraient ainsi être évités, par la crainte qu'une action de groupe ne soit engagée : harcèlement moral managérial[2348], non-respect des dispositions relatives au temps de travail, non-respect des avantages conventionnels, ... Face à ce dommage de masse, c'est une réparation en masse qui va être prononcée. Le schéma classique de la réparation peut-il être suivi ?

605. Il ne s'agit plus d'indemniser une personne individuellement, mais le groupe de victimes. Comment concilier ce groupe et le principe d'une réparation individualisée ? Cette difficulté explique que les dispositions relatives à la discrimination excluent le préjudice moral, impossible à apprécier lors d'un contentieux de masse. Le socle général prévoit pourtant que l'action puisse « *être exercée en vue […] de l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis* »[2349], sans autre restriction. Cette formule consacre donc une véritable action en réparation pour les salariés, à l'instar de l'action de groupe en droit de la consommation[2350]. La question de sa mise en œuvre se pose alors.

Le juge va devoir statuer sur la responsabilité du défendeur puis définir le groupe de personnes à l'égard desquelles elle est engagée et les préjudices susceptibles d'être

[2346] M.-J. Azar-Baud et S. Carval, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », *D.* 2015, p. 2136, spéc. p. 2137.
[2347] *Ibid*., p. 2138.
[2348] Sur cette notion, V. P. Adam, « La "figure" juridique du harcèlement moral managérial », *SSL* 2011, n° 1482, p. 4.
[2349] Art. 20, projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle, préc.
[2350] Pour Madame Lapérou-Scheneider, c'est même « *l'effectivité de la réparation, passant par la facilitation de l'accès au juge, qui a d'abord fondé l'adoption de ce nouveau mécanisme* », B. Lapérou-Scheneider, « De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail », *op. cit*., spéc. p. 258

réparés[2351]. En droit de la consommation, « *pour rendre le mécanisme plus attractif et plus efficace, le législateur a décidé de permettre au juge de chiffrer le montant des préjudices avant que le groupe ne soit constitué, en se disant que les consommateurs seraient plus incités à se joindre au groupe si on leur disait, de façon concrète, combien ils pouvaient espérer percevoir de dommages-intérêts en se manifestant. […] Bien qu'il ne le dise pas expressément, le système mis en place va en effet nécessairement aboutir à une certaine forfaitisation de la réparation* »[2352]. S'agissant de préjudices patrimoniaux, l'évaluation forfaitaire peut être admise[2353], en revanche, dès lors que les préjudices seront extrapatrimoniaux, cette évaluation est plus contestable. Certes, « *les victimes pourront toujours, si elles veulent une réparation "sur mesure" et non du "prêt-à-porter", engager une action individuelle* »[2354].

C'est ce même modèle qui est repris par le projet de loi, une réparation en deux temps. D'abord, le juge reconnaît la responsabilité et détermine les préjudices réparables. Ensuite, il prononce la mesure de réparation, de façon collective ou individuelle. La procédure collective de réparation peut convenir au contentieux susceptibles d'être rencontrés en droit du travail, chaque fois que les préjudices seront exclusivement patrimoniaux. Cette procédure pourrait toutefois être plus dissuasive si le juge pouvait ajouter une part de dommages-intérêts punitifs, dont la somme serait partagée entre les victimes. Quant à la procédure individuelle, elle reste indispensable pour les préjudices extrapatrimoniaux. L'originalité réside dans la formulation de la demande, qui peut être faite directement au responsable ou au demandeur à l'action. Autrement dit, le salarié ne serait pas contraint de s'adresser directement à l'employeur, il pourrait transmettre sa demande à l'organisation syndicale demanderesse.

606. Qu'il s'agisse du manquement de l'employeur, du dommage et des préjudices, rien ne s'oppose à ce que les dispositions générales relatives à l'action de groupe s'applique en droit du travail. Elle ne doit pas être circonscrite aux seules discriminations, mais doit être envisageables pour tous les manquements de l'employeur qui causent un préjudice à plusieurs salariés. Que la réparation ne soit que forfaitaire en cas de dommage matériel ne s'inscrit pas comme un obstacle, au contraire, la matière connaissant déjà des

[2351] Art. 24, projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle, préc.
[2352] L. Boré, « Quelques curiosités de l'action de groupe à la française », *RDC* 2015, p. 408, n° 1.
[2353] Et en droit du travail, une telle indemnisation existe déjà pour les préjudices extra-patrimoniaux, *cf. supra*, p. 340.
[2354] L. Boré, « Quelques curiosités de l'action de groupe à la française », *op. cit.*, n° 4.

indemnités forfaitaires. En revanche, il faudra que les organisations syndicales saisissent les occasions de mener de telles actions et incitent les salariés à y adhérer.

607. Conclusion du chapitre.

« *Dès lors qu'un trop grand nombre de juridictions aptes à traiter les contentieux du travail subsiste, les conflits ou chevauchements des compétences continueront d'alimenter les chroniques de jurisprudence, avec les risques d'allongement des délais de jugement et de contradiction des décisions qui en sont la conséquence et qui affectent sérieusement l'image de l'institution judiciaire* »[2355]. Dans ce débat, une des solutions proposées est un recours aux modes alternatifs de règlement des litiges. Outre la conciliation[2356], expressément prévue dans le Code du travail, la médiation pourrait être développée, à l'instar d'autres domaines[2357]. « *Un juge n'abdique pas ses pouvoirs ou ne manque pas à sa mission lorsque, même s'il a la charge de chercher lui-même à concilier les parties, il confie à un tiers la recherche d'un accord. Le médiateur peut consacrer à cette recherche le temps dont ne dispose pas le juge* »[2358]. Bien que la compétence d'ordre public des conseils de prud'hommes fasse aujourd'hui obstacle à la présence d'une clause compromissoire dans le contrat de travail[2359], les promoteurs des règlements amiables n'excluent pas une remise en cause de l'interdiction par le législateur. Toutefois, un tel mécanisme ne concernerait sans doute que certaines catégories de salariés[2360] et il est permis de douter qu'il intéresse les victimes en quête de réparation. Pour ces dernières, le juge prud'homal reste l'interlocuteur privilégié.

Reconnaître le juge compétent est une étape indispensable pour obtenir une mesure de réparation. Reste à savoir qui sera débiteur de cette mesure.

[2355] A. Lacabarats, « Les conseils de prud'hommes », *op. cit*., n° 5.
[2356] Art. L. 1454-1 et s. C. trav.
[2357] Not. la banque, les télécommunications, les assurances, V. Th. Clay, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D*. 2015, p. 2588.
[2358] A. Lacabarats, « Les conseils de prud'hommes », *op. cit*., n° 8.
[2359] Art. L. 1411-4 C. trav.
[2360] A. Lacabarats, « Les conseils de prud'hommes », *op. cit*., n° 6 : « *L'arbitrage est un pari sur la meilleure qualité et la plus grande efficacité de cette institution. Elle suppose néanmoins de la part des parties un engagement de bonne foi tout au long du processus arbitral et l'acceptation des sentences arbitrales, sauf à retrouver les inconvénients supposés ou réels du processus judiciaire étatique, notamment si un recours est exercé contre la décision rendue par le ou les arbitres* ».

Chapitre 2. Les débiteurs de la réparation

608. « *La désignation du débiteur de réparation suppose un critère d'attribution de responsabilité, un lien de rattachement du fait illicite au sujet qui devra en répondre : l'imputation est l'attribution du fait illicite à un sujet de droit, elle désigne le titulaire du patrimoine débiteur ("imputer" signifie "mettre sur le compte de", "attribuer quelque chose à quelqu'un")* »[2361]. Loin du schéma simple qui oppose la victime au responsable du dommage, le droit commun connaît des systèmes de réparation collective, qui tendent à relâcher le lien classique qui existe entre le responsable et le débiteur final. « *Lorsque le responsable est assuré, ce n'est pas lui le vrai débiteur de l'indemnité* »[2362]. Le droit du travail est d'ailleurs le premier à avoir connu une telle déconnexion avec la mise en place du système d'indemnisation de 1898[2363]. Aujourd'hui, comment le droit du travail perçoit-il le débiteur de la réparation ? S'agit-il d'un débiteur qui indemnise (Section 1) ou d'un responsable qui répare (Section 2) ?

Section 1. Les techniques de l'indemnisation collective

609. L'indemnisation des victimes peut être opérée par divers mécanismes, au sein desquels la responsabilité civile apparaît comme le plus connu, à travers la réparation. Pourtant, il est tentant de vouloir lui substituer d'autres mécanismes de socialisation des risques afin de pallier ses insuffisances. Le droit de la responsabilité est-il dépassé, au

[2361] C. Bloch, « Définition de la faute », *in* F. Terré (sous la dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2011, p. 101.
[2362] P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 21.
[2363] Et il continue d'en connaître : V. la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, *JO* n° 0159 du 11 juillet 2014 p. 11496. Cette loi crée, entre autres, les art. L. 3245-2 (le donneur d'ordre pourra être tenu pour solidairement responsable de l'ensemble des dettes de salaire de son son sous-traitant) et L. 4231-1 (le donneur d'ordre peut être tenu d'héberger à ses frais les travailleurs de son sous-traitant) C. trav. Ces dispositions ont été déclarées conformes à la Constitution, puisque « *la loi peut prévoir l'engagement de la responsabilité d'une personne autre que celle par la faute de laquelle le dommage est arrivé à la condition que l'obligation qu'elle crée soit en rapport avec un motif d'intérêt général ou de valeur constitutionnelle et proportionnée à cet objectif* », Cons. const., n° 2015-517 QPC, 22 janvier 2016, *JSL* 2016, n° 405-3, obs. H. Tissandier ; *RDT* 2016, p. 276, note R. Lapin.

point qu'il faille laisser place à la seule indemnisation ? Les techniques de réparation collective sont diverses et d'inégale importance. À côté de l'assurance de personnes et de l'assurance de responsabilité, « *la majorité des institutions de réparation collective des dommages ont limité leur intervention au domaine de l'obligation à la dette d'indemnité* »[2364]. Certaines d'entre elles ont pour objet unique l'indemnisation des victimes et annihile toute option en faveur d'une action en responsabilité individuelle. À la recherche d'une indemnisation systématique, mécanique, ces institutions relèguent la responsabilité individuelle au second plan[2365]. D'abord, elles indemnisent, ensuite la collectivité qui a indemnisé pourra rechercher la responsabilité de l'auteur du dommage. Nombreuses et variées, elles concernent inévitablement le droit du travail et peuvent être réunies sous le titre général de « *garants sociaux* »[2366]. La réparation du dommage corporel est particulièrement exposée à l'intérêt d'une réparation collective. « *Les caisses de sécurité sociales en sont des acteurs* »[2367], ainsi que les fonds d'indemnisation.

610. Le droit du travail n'échappe pas au mouvement et a connu, au contraire, l'un des premiers laboratoires de l'indemnisation collective à travers la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles. À l'origine, la loi de 1898 sur les accidents du travail[2368] répond à l'inadaptation des règles de la responsabilité civile à la réparation de ces accidents. En dispensant la victime de rapporter la preuve de la faute de l'employeur, elle assure la réparation de son préjudice ; une réparation automatique mais seulement forfaitaire. La loi du 30 octobre 1946[2369] a ensuite opéré le transfert de la gestion des risques professionnels à la Sécurité sociale[2370], instituant l'assurance obligatoire des chefs d'entreprises et créant un lien entre la réparation des préjudices et la prévention, puisque le montant des cotisations varie selon le nombre d'accidents survenus dans l'entreprise. La réparation du préjudice de ces victimes repose donc sur une législation spéciale, fondée sur le risque professionnel, où l'intéressé bénéficie d'une présomption d'imputabilité en échange d'une réparation seulement forfaitaire, sauf dans l'hypothèse d'une faute inexcusable de l'employeur ou dans le cas d'une faute intentionnelle du chef d'entreprise, qui implique le retour au droit commun.

[2364] G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, p. 143.
[2365] Reprenant les mots de M. Mekki, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA*, 12 janvier 2005, n° 8, p. 3.
[2366] G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, p. 143.
[2367] D. Asquinazi-Bailleurx, « Un nouveau droit de la protection sociale ? », *op. cit.*, n° 22.
[2368] Sur la loi du 9 avril 1898, concernant les responsabilités dans les accidents du travail, *op. cit*.
[2369] Loi n° 46-2426 du 30 octobre 1946 sur la prévention et la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, préc.
[2370] Et non plus à des assureurs privés.

611. Or, le scandale révélé de l'amiante, la redéfinition de la faute inexcusable[2371], les pratiques d'indemnisation soulevant divers problèmes[2372], les évolutions du droit commun de la responsabilité qui créent des différences entre les victimes de droit commun et celles d'accidents du travail ou de maladie professionnelle ont remis en cause ce système. L'exigence depuis longtemps revendiquée par les victimes, leurs familles et les associations de défense d'une indemnisation intégrale, incite à repenser le système. La création d'un régime de réparation du risque professionnel en dehors du champ de la sécurité sociale apparaît aussi comme une solution cohérente au regard des évolutions actuelles de notre droit de la responsabilité[2373]. Elle ne peut toutefois se faire sans poser les questions de son financement. Elle se rapproche, par ailleurs, du débat autour de la reconnaissance d'un droit à réparation du dommage corporel. L'accident du travail, la maladie professionnelle, sont des lésions corporelles du salarié qui méritent une réponse particulière[2374].

612. Nul doute, le débat autour du principe d'une réparation intégrale des victimes d'accident du travail et de maladie professionnelle est ouvert[2375]. Reste à décider du changement à consacrer. L'on peut imaginer la création d'un nouveau système d'indemnisation (§1) ou, plus classiquement, la rénovation du système actuel (§2). En attendant un changement, une meilleure prévention du risque professionnel s'impose (§3).

[2371] Cass. soc., 28 février 2002, préc., sur cette définition, *cf. supra*, p. 221.

[2372] V. les deux rapports, R. Masse, « Réflexions et propositions relatives à la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles », rapport au ministre de l'Emploi et de la Solidarité, 2001 ; Cour des comptes, « La gestion du risque accidents du travail et maladies professionnelles », rapport public février 2002. Ils mettent en avant divers problèmes : sous-déclaration et sous-reconnaissance des accidents ou maladies, réparation insuffisante du préjudice professionnel ; rareté des cas où la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur permet à la victime d'être indemnisée, non-prise en compte des préjudices extra-patrimoniaux (*pretium doloris*, préjudice esthétique, d'agrément, moral), etc.

[2373] G. Pignarre, note sous Cass. civ. 2ème, 27 novembre 2014, n° 13-26327, *RDT* 2014, p. 764.

[2374] Pour la reconnaissance du droit du dommage corporel, V. not., Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 1. C'est également l'article 1 de la résolution du Conseil de l'Europe relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès, adoptée le 14 mars 1975, aux termes duquel la personne qui a subi un préjudice a droit à la réparation de celui-ci, en ce sens qu'elle doit être replacée dans une situation aussi proche que possible de celle qui aurait été la sienne si le fait dommageable ne s'était pas produit, V. M.-C. Blandin, « Panorama de l'assurance contre les accidents du travail dans les pays de l'Union européenne », *Dr. soc*. 1998, p. 659.

[2375] V. not., les actes du colloque « Améliorer la législation des accidents du travail », *Dr. soc*. Septembre 1990 ; J.-M. Bétemps, « L'amélioration de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles », *Dr. soc*. 1993, p. 129 ; les rapports de M. Yehiel, « Vers la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles », avril 2002 et celui de M. Laroque « La rénovation de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles », mars 2004 ; L. Millet, « Les voies de la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles », *Dr.* soc. 2002, p. 840 ; Dossier « Indemnisation des victimes d'accidents du travail : l'heure de la réforme », *Dr. soc*. 2015, p. 292 et s.

§1. Adopter un nouveau mécanisme de réparation collective

613. La réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles fait l'objet d'une indemnisation collective depuis plus de cent ans. Cette socialisation du risque ne peut pas être remise en cause. L'on peut, en revanche, imaginer de nouveaux moyens d'y parvenir au regard de ce qui a déjà été mis en place pour assurer l'indemnisation de certains risques, tel un fond d'indemnisation (A) ou une assurance obligatoire (B).

A. La mise en place d'un fond d'indemnisation[2376]

614. « *Depuis une vingtaine d'année en France, la multiplication des Fonds d'indemnisation témoigne de la volonté des pouvoirs publics de mieux protéger les victimes des risques engendrés par les progrès scientifiques et technologiques ainsi que des risques sociaux liés à l'insécurité intérieure et internationale* »[2377]. Le monde du travail et ses risques n'a pas échappé à cette tendance puisque le risque de maladie professionnelle, liée à l'amiante, a fait l'objet d'une réponse législative, par la mise en place d'un fond d'indemnisation[2378]. Or, « *la règlementation de la réparation des victimes de l'amiante [étant] un laboratoire d'essai qui préfigure les évolutions susceptibles de concerner le régime AT-MP dans son entier* »[2379], faut-il voir dans le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (1) une évolution susceptible pour la réparation du dommage corporel en droit du travail (2)?

[2376] Sur ce thème, V. J. Knetsch, *Les fonds d'indemnisation et la responsabilité*, *op. cit.*, n° 337. Selon l'auteur, le fond d'indemnisation se définit comme : « *un capital affecté à la compensation complète ou partielle de dommages dont le contexte est précisément déterminé par la loi, géré ou non par une personne morale spécialement créée à cet effet et alimenté par des contributions qui sont versées par des collectivités publiques ou privées et qui ne présentent pas de corrélation avec les indemnités allouées* ».

[2377] A. d'Hauteville, « Recherche sur la réparation du dommage. Bilan d'activité des fonds d'indemnisation », *Mission de recherche Droit&Justice*, 2009, Montpellier I.

[2378] Art. 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001, *op. cit.* : « *il est créé, sous le nom de "Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante" [… qui] a pour mission de réparer les préjudices [des victimes de maladies professionnelles liées à l'amiante]* » ; complété par le décret n° 2001-963 du 23 octobre 2001, relatif au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante institué par l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001, *JO* n° 247 du 24 octobre 2001 p. 16741.

[2379] F. Meyer, « L'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles : une jurisprudence incohérente », *op. cit.*, spéc. p. 510.

1) Une réponse politique à une catastrophe sanitaire

615. Lors de sa création, l'objectif du fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) est de « *permettre une indemnisation des victimes de l'amiante, quelle que soit l'origine de leur exposition (liée au travail ou à l'environnement), moins coûteuse, simplifiée et rapide* »[2380]. La solidarité[2381] a guidé sa création[2382], tout en laissant une place à l'action en responsabilité de droit commun. La victime peut en effet choisir entre l'indemnisation par le FIVA ou par le Tribunal des Affaires de sécurité sociale. Cette option ne doit pas être détournée par les victimes. La Cour de cassation y veille et refuse le « *panachage spéculatif* »[2383], rappelant que la victime ne peut *« diviser sa demande qui doit englober l'ensemble des préjudices subis* »[2384]. Il en va différemment pour les ayants droit d'une victime qui peuvent exercer « *outre l'action en réparation du préjudice qu'ils ont subis du fait de ce décès*[2385]*, l'action en réparation du préjudice subi par la victime*[2386] *résultant de sa maladie* »[2387]. Enfin, l'action est double lorsqu'est en jeu la reconnaissance d'une faute inexcusable. La Cour d'appel, saisie d'un recours fondé sur l'article 53 de la loi du 23 décembre 2000 doit en effet surseoir à statuer et inviter les parties à saisir le Tribunal des affaires de sécurité sociale[2388], seul compétent pour apprécier cette question.

616. En ce qui concerne l'indemnisation proposée, elle couvre le préjudice économique[2389], physique, moral et d'agrément. Il existe à cet effet un barème indicatif

---

[2380] B. Legros, « Le contentieux de l'indemnisation des victimes de l'amiante », *JCP* S 2008.1531.

[2381] Sur les rapports qu'entretiennent l'activité législative en matière de fonds d'indemnisation et la notion de solidarité nationale telle qu'elle a été introduite en droit français par le pouvoir constituant de 1946, V. V. J. Knetsch, *Les fonds d'indemnisation et la responsabilité*, *op. cit*, n° 96 et s.

[2382] Ce fonds est financé par une dotation de l'État et de la branche accidents du travail et maladies professionnelles de la sécurité sociale. En pratique, la victime d'un préjudice lié à l'amiante va saisir le FIVA d'une demande en réparation, le FIVA doit répondre dans les 6 mois à compter de la demande : faire une offre, ne pas faire d'offre ou opposer un refus d'indemnisation. Si l'offre est acceptée par la victime, le FIVA lui versera la somme prévue.

[2383] B. Legros, « Le contentieux de l'indemnisation des victimes de l'amiante », *op. cit.*

[2384] Cass. civ., 2ème, 21 décembre 2006, n° 05-21633, *Bull. civ*. II, n° 368, *D.* 2007, p. 381 ; *JCP* S 2007.1146, note T. Tauran.

[2385] Devant les juridictions de droit commun.

[2386] Devant le FIVA.

[2387] Cass. civ., 2ème, 20 mars 2008, n°,07-15807 à 07-15809, *Bull. civ*. II, n° 72, *D.* 2008, p. 1059 ; *D.* 2008, p. 2373, n° 13, obs. J.-M. Sommer et C. Nicoletis.

[2388] Cass. civ., 2ème, 18 janvier 2006, n° 05-14202, *Bull. civ*. II, n° 20, *JCP* S 2006.1454, note P. Morvan.

[2389] Cass. civ., 2ème, 10 février 2011, n° 10-10089, *Bull. civ*. II, n° 33, *JCP* S 2011.83 : « *le préjudice économique de la veuve doit être calculé en comparant les revenus du ménage avant le décès, après déduction de la part du défunt, à ceux qu'elle perçoit après le décès […]. La veuve est en droit d'obtenir l'indemnisation de son préjudice économique futur sous la forme d'un capital* ».

d'évaluation[2390] mais les cours d'appel ne sont pas obligées de le suivre[2391]. Bien que correspondant à une jurisprudence classique[2392], cette solution présente l'inconvénient de ne pas harmoniser la réparation des préjudices et « *conduit à des appels systématiques devant les cours d'appel réputées généreuses (en 2007, celles de Douai, Caen, Bordeaux et Paris) et, à l'inverse, à un faible appel devant les cours d'appel qui ne le sont pas* »[2393]. Des appels qui allongent alors une procédure que l'on souhaitait simplifier car, si les victimes considèrent cette indemnisation comme insuffisante, il leur appartient de solliciter une réparation complémentaire[2394]. Finalement, c'est devant le juge qu'est évalué le préjudice et c'est certainement la démonstration d'une faute inexcusable qui permet le plus souvent d'obtenir une réparation intégrale. Le palliatif – le fonds d'indemnisation – n'a donc pas su faire disparaître la condition à la reconnaissance intégrale des préjudices que représente la démonstration d'une faute inexcusable.

617. Ensuite, en fermant la voie à une réévaluation de l'offre émise par le FIVA, la Cour de cassation ne semble pas favoriser la réparation intégrale. L'article 53-IV, alinéa 3 de la loi du 23 décembre 2000 précise que « *l'acceptation de l'offre […] vaut désistement des actions juridictionnelles en indemnisation en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice* ». Interprétant cette disposition, la Cour a décidé que le Fonds ne pouvait retirer son offre après l'avoir émise[2395], elle est donc intransigeante avec lui. Elle refuse aussi une remise en cause par les ayants-droit de l'évaluation d'un préjudice déjà indemnisé. Elle considère que l'offre du Fonds n'ayant pas été contestée par les ayants droit, la cour d'appel pouvait en déduire « *sans violer le texte visé [l'article 2048 du code civil], que leur nouvelle demande ne*

[2390] Délibération du 21 janvier 2003, 3ème rapport d'activité du FIVA, juin 2003/ mai 2004, p. 26.
[2391] Cass. civ., 2ème, 21 avril 2005, n° 04-06023, *Bull. civ*. II, n° 112, *D.* 2005, p. 1506 : « *la cour d'appel, qui, par une décision motivée, sans être liée par un barème ni tenue de s'expliquer sur le choix des critères d'évaluation qu'elle retenait ou de suivre les parties dans le détail de leur argumentation,a souverainement apprécié l'existence et l'étendue des préjudices* ».
[2392] Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, *Systèmes d'indemnisation, op. cit*., p. 26, sur le principe de l'évaluation *in concreto* des préjudices.
[2393] B. Legros, « Le contentieux de l'indemnisation des victimes de l'amiante », *op. cit*.
[2394] V. par ex., Cass. civ., 2ème, 8 mars 2012, n° 10-23043, *Bull. civ*. II, n° 42, *JSL* 2012, n° 322-12 : le FIVA avait notifié une offre au titre du seul préjudice économique des ayants-droit, or, le capital restant à verser au titre de l'incapacité de la victime doit être pris en compte dans le calcul du préjudice des ayants droit car ces derniers auraient bénéficié de ce revenu si la victime n'était pas décédée.
[2395] Cass. civ., 1ère, 10 juillet 2007, n° 06-20452, *Bull. civ*. I, n° 262, *JCP* A 2007.2333, note O. Renard-Payen.

pouvait être regardée comme fondée sur l'aggravation de l'état de santé »[2396]. Aucune erreur sur l'importance du préjudice n'est donc recevable[2397].

618. Finalement, il convient de relativiser la réponse offerte par le FIVA. Certes, l'indemnisation peut être automatique et assurée par le recours à la solidarité, mais elle se révèle parfois insatisfaisante. Des actions en réparation dédoublées, des évaluations partielles du préjudice, des disparités d'indemnisation géographiques, autant de constats qui invitent à se demander si le FIVA « *répond au vœu du législateur qui l'a créé et si son existence se justifie face aux juridictions* »[2398].

Surtout, « *l'affaire de l'amiante est une illustration de la façon dont les pouvoirs publics ont réagi à l'occasion d'une catastrophe sanitaire de grande ampleur. La création d'un fonds d'indemnisation intervient, ici […], à un moment où des responsabilités non seulement politiques, mais également juridiques avaient été reconnues antérieurement, ce qui allait nécessairement influer sur le financement du dispositif. On peut, en effet, voir dans le financement du FIVA par l'État et les employeurs l'expression concrète des responsabilités précédemment évoquées. Plus précisément, la contribution de l'État est susceptible de traduire en des termes monétaires la responsabilité de l'État tant dans sa fonction d'employeur qu'au titre de ses activités régaliennes (dysfonctionnement de l'administration de la santé du travail, abstention d'une intervention normative)* »[2399]. Le Professeur Knetsch met ainsi en avant un lien entre la création d'un fond d'indemnisation et l'implication de l'État dans ces dommages « *socialement conditionnés* »[2400]. Selon lui, le fond d'indemnisation est une réponse aux « *dommages qui se révèlent être le résultat de différents facteurs qui sont tous liés à l'évolution de la société* »[2401].

S'agissant de l'amiante, la part de responsabilité de l'État ne fait pas de doute. Dans ce contentieux, la faute inexcusable de l'employeur et la carence fautive de l'État conduit à un partage des responsabilités entre les employeurs et l'État. Les tribunaux administratifs d'Orléans[2402] et de Versailles[2403] ont condamné l'État à rembourser la moitié des

[2396] Cass. civ., 2ème, 20 décembre 2007, n° 07-12473, *D.* 2008, p. 648, n° 11.
[2397] Alors qu'en matière de transaction, la découverte de nouvelles pathologies peut permettre une remise en cause de l'évaluation de la transaction, dans la mesure où l'objet même de la transaction était erroné en l'absence de toutes les informations sur les conséquences de l'accident, V. Cass. civ., 2ème, 10 janvier 1990, n° 88-15112.
[2398] R. Beauvois, « Les règles appliquées par le FIVA et le droit commun », *op. cit.*, p. 50.
[2399] J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation, op. cit.*, n° 150.
[2400] *Ibid.*, n° 387.
[2401] *Ibid.*
[2402] TA Orléans, 27 mai 2014, n° 1302175 et 1303521, *Sté Latty International c/ Ministre du Travail*.
[2403] TA Versailles, 6 novembre 2014, n° 1401802

dommages-intérêts que les entreprises avaient dû verser à des anciens salariés qui avaient développé une maladie liée à l'amiante. Les juges reconnaissent ainsi la co-responsabilité de l'État au motif qu'« *il incombe aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informées des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle, compte tenu notamment des produits et substances qu'ils manipulent ou avec lesquels ils sont en contact, et d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques, au besoin à l'aide d'études ou d'enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers* »[2404]. Est-ce une solution opportune ? Les représentants de l'Association nationale de défense des victimes de l'amiante dénoncent cette stratégie des employeurs. Ils y voient une solution contre productive en terme de prévention des risques. Il faut en effet rappeler que l'employeur est exonéré de l'indemnisation d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle puisqu'elle est mutualisée. Il n'en devient débiteur qu'en cas de faute inexcusable. Or, en admettant un partage des responsabilités avec l'État, l'employeur ne se voit débiteur que de moitié de l'indemnisation. Un résultat susceptible de dissuader les entreprises d'investir dans la prévention[2405]. Alors, faut-il envisager son extension au-delà des conséquences de l'amiante ?

2) Une réponse inappropriée au risque professionnel dans son ensemble

619. Au regard du risque professionnel, « *il semblerait possible de mettre un terme à l'existence du concept juridique d'accident du travail – et de bien d'autres concepts – pour ne plus tenir compte dans la réparation que de la notion de besoin ; chaque individu, sans tenir compte des circonstances qui l'ont mis en difficulté, obtiendrait ainsi le droit à une garantie de revenus et d'assistance sous forme de l'intervention de travailleurs sociaux* »[2406]. Tout préjudice causé par le risque professionnel pourrait être réparé par un Fonds spécial, qui proposerait une offre supérieure à la réparation forfaitaire que propose le système actuel. Offre susceptible d'être refusée par le salarié qui

[2404] CE 20 février 2004, n° 241150, *D.* 2004, p. 973, obs. H. Arbousset ; *Dr.* soc. 2004, p. 369, note X. Prétot ; *D*. 2005, p. 26, obs. P.-L. Frier ; CE 9 novembre 2015, n° 342468, *SSL* 2015, n° 1699, p. 3 ; *JCP* S 2015.1474, note C.-F. Pradel, P. Pradel-Boureux et V. Pradel ; *JSL* 2016, n° 402-6, obs. M. Hautefort.
[2405] Propos de M. Parigot et A. Bobbio, membres de l'ANDEVA, rapportés par F. Champeaux, « Amiante : la co-responsabilité de l'État », *SSL* 2015, n° 1675, p. 12.
[2406] Ph.-J. Hesse, « La rénovation des concepts juridiques », *Dr. soc.* 1990, p. 708, spéc. p. 716.

s'estimerait lésé et qui pourrait alors engager la responsabilité de droit commun de son employeur.

620. Cette solution conduit toutefois à socialiser plus encore la réparation des accidents du travail, au risque « *ne plus voir l'employeur intéressé […] à diminuer les risques d'accidents. En effet – et même si l'on peut en constater les limites – l'intégration dans le calcul de la prime des frais engagés par la Sécurité sociale par suite des accidents survenus dans l'entreprise, constitue un moyen de pression sur l'employeur. Celui-ci ne risque-t-il pas, si l'on adopte une intervention fondée sur le besoin, d'être moins stimulé voire plus du tout par une politique de protection de ses salariés contre les dangers liés au travail ?* »[2407]. Elle n'évite pas les écueils déjà perceptibles du FIVA et pire encore, peut mettre à mal le lien entre prévention et réparation si cher aux juges et à la doctrine. Il faut toutefois admettre qu'elle mettrait fin à une inégalité, non plus celle des accidentés du travail et des victimes de droit commun, mais des salariés entre eux. Le FIVA consacre en effet une différence de réparation entre salariés, le régime de la faute inexcusable aussi. L'ensemble de ces salariés est pourtant victime du même dommage : le risque professionnel.

621. D'une manière générale, « *si les fonds d'indemnisation spécifiques […] témoignent de l'engagement croissant de la solidarité nationale vis-à-vis des victimes, s'ils permettent une réparation sans nécessité d'établir une faute et s'ils proposent une complémentarité entre cette solidarité et le système assurantiel, ils n'en posent pas moins divers problème. Leur multiplication, qui ne devrait que s'accentuer, parallèlement aux risques générés par certains progrès des sciences et des techniques, se heurtera rapidement aux limites de cette socialisation du risque* »[2408]. La tentative menée à travers la création du FIVA se révèle donc perfectible et non obligatoire. Peut-être est-ce davatange l'assurance obligatoire qui pourrait assurer une réparation intégrale aux vicitmes de dommage corporel.

[2407] Ph.-J. Hesse, « La rénovation des concepts juridiques », *Dr. soc.* 1990, p. 708, spéc., p. 717.
[2408] A. d'Hauteville, « Recherche sur la réparation du dommage. Bilan d'activité des fonds d'indemnisation », *op. cit.*

B. La mise en place d'une assurance obligatoire

622. La multiplication des obligations d'assurance répond à un besoin de sécurité de notre société[2409]. En garantissant la dette de réparation, elle permet de rendre effectif le droit à réparation de la victime. L'atout du système l'a rendu populaire, les assurances obligatoires se multipliant[2410]. Les vertus de l'assurance (1) ont d'ailleurs permis d'offrir une réparation intégrale aux victimes d'accident de la circulation, mais ce modèle est-il transposable en droit du travail (2) ?

1) Les vertus de l'assurance obligatoire

623. La généralisation des assurances aurait pour vertu de garantir les droits de la victime. Développer l'assurance consiste à garantir les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile de l'assuré. « *Sur le terrain de l'indemnisation, les assurances de responsabilité jouent un rôle capital. Pour les victimes, elles constituent un gage de solvabilité* »[2411]. Mais, « *la multiplication excessive des obligations d'assurance comporte un danger de déresponsabilisation en raison du transfert de la charge de la réparation vers l'assureur. Cela peut entraîner une démobilisation en matière de prévention des risques* »[2412]. À moins que l'assurance ne soit au contraire, le témoin d'une prise de conscience. Pour certains, en effet, « *être responsable, aujourd'hui, ce n'est plus seulement faire preuve de la prudence et de la diligence les plus soutenues, c'est être conscient de ses limites, savoir que l'on peut toujours commettre des erreurs et être toujours en mesure de les réparer : être responsable, c'est donc s'assurer* »[2413]. L'assurance n'est plus seulement « *un moyen de se garantir individuellement contre une perte future : elle est devenue un véritable devoir social susceptible de recevoir une*

[2409] Le développement industriel a entraîné avec lui une transformation de la société et des risques auxquels elle est confrontée. Ces bouleversements, mal appréhendés par le régime de responsabilité traditionnel, ont incité à la découverte de nouvelles techniques d'indemnisations, au rang desquels l'assurance apparaît comme efficace, A. Favre Rochex et G. Courtieu, *Le droit des assurances obligatoires*, LGDJ, Paris, 2000, n° 0-1 ; V. aussi M.-J. Lassez, *L'évolution des idées en matière de responsabilité civile au dix-neuvième siècle*¸ th. dactyl., Paris, 1961.

[2410] Pour une liste des assurances obligatoires, V. A. Favre Rochex et G. Courtieu, *Le droit des assurances obligatoires*, *op. cit.*, p. 317 et s.

[2411] C. Eliashberg, *Responsabilité civile et assurances de responsabilité civile*, 3e éd., L'argus Éditions, Paris, 1997, p. 9.

[2412] *Ibid*., p. 126.

[2413] F. Ewald, *L'État providence*, *op. cit.*, p. 391.

sanction légale »[2414]. Enfin, l'assurance obligatoire s'analyse comme un facteur de renforcement de la prévention. L'employeur aura tout intérêt à assurer une politique de prévention complète et efficace s'il ne veut pas voir le risque assuré se réaliser.

624. Outil de garantie de la créance de réparation, l'assurance se révèle aussi être garant de la dette de réparation. C'est en effet le second attrait de l'assurance obligatoire. Elle permet de protéger l'auteur du dommage, qui peut ainsi préserver son patrimoine[2415]. D'une façon plus générale, l'assurance obligatoire protège l'initiative économique[2416].

625. L'argument redondant justifiant l'absence de réparation intégrale grâce à une assurance obligatoire, en matière de réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, est celui de son coût élevé[2417]. Pourtant, ce même argument semble avoir été surmonté en ce qui concerne la réparation du dommage corporel des accidentés de la route, grâce à la mise en place d'une responsabilité sans faute et d'une réparation intégrale en imposant aux automobilistes d'être assurés.

2) Le cas particulier de l'assurance des accidents de la circulation

626. Le modèle attractif d'une indemnisation automatique et intégrale instaurée en cas d'accidents de la circulation (1) ne semble pas pouvoir être transposé en droit du travail (2).

a) Une indemnisation intégrale et automatique

627. Les accidents de la circulation font l'objet d'une indemnisation collective depuis les années 50 pour les conducteurs[2418]. Pour les victimes non conducteurs, la loi du 5

[2414] F. Ewald, *L'État providence*, *op. cit.*, p. 391.
[2415] Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, Paris, 2011, p. 14.
[2416] M. Albert, « Le rôle économique et sociale de l'assurance », *in* Ewald (F.), Lorenzi (J.-H.) (sous la dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, Paris, 1998, p. 3, reprenant les propos d'Henri Ford : « *New-York n'est pas la création des hommes, mais celle des assureurs. Sans les assurances, il n'y aurait pas de gratte-ciel, car aucun ouvrier n'accepterait de travailler à une pareille hauteur, en risquant de faire une chute mortelle et de laisser sa famille dans la misère. Sans les assurances, aucun capitaliste n'investirait des millions pour construire de pareils buildings, qu'un simple mégot de cigarette peut réduire en cendres. Sans les assurances, personne ne circulerait en voiture à travers les rues. Un bon chauffeur est conscient de ce qu'il court à chaque instant le risque de renverser le piéton* ».
[2417] J.-J. Dupeyroux, « Faux problèmes et vraies impasses », *Dr. soc.* 1990, p. 683 ; H. Blaise, « L'indemnisation des accidents du travail », *in Les orientations sociales du droit contemporain*, *Études offertes au Professeur Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 69.
[2418] L. n° 51-1508 du 31 décembre 1951, relative aux comptes spéciaux du Trésor pour l'année 1952, *JO* 1er janvier 1952, p. 48, complétée par le décret n° 52-763 du 30 juin 1952, institution d'un fonds de garantie automobile pour indemniser les victimes de conducteurs inconnus ou non assurés, *JO* 3 juillet 1952 p. 6641.

juillet 1985[2419] est venue consacrer un droit à indemnisation automatique, en dispensant la victime de rechercher la faute d'un responsable. Les motifs de la réforme du 5 juillet 1985 résonnent particulièrement en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle : « *épargner aux victimes d'accident de la circulation certains cas de non-indemnisation liés au régime de la responsabilité civile […] ; parfaire l'efficacité du système d'assurance obligatoire en lui imputant l'ensemble des risques créés par la circulation automobile […] ; encourager les transactions au détriment des procédures judiciaires* »[2420]. Pour atteindre ces objectifs, deux méthodes étaient envisageables. Il était possible d'instaurer une assurance directe en écartant complètement le droit de la responsabilité civile, ou préférer une assurance de responsabilité qui exige la désignation d'un débiteur de réparation. C'est finalement la seconde option qui a été retenue, ne transformant pas radicalement le système d'indemnisation de ces victimes. En revanche, le choix d'une assurance l'a fait évoluer. La dette de réparation a été objectivée et assurée. « *Désormais le prétendu responsable ou débiteur de réparation n'est plus tenu de payer – puisque c'est l'assureur qui paie pour lui – et il n'est même pas nécessairement présent au règlement – puisque tout se passe en principe entre l'assureur qui doit faire l'offre d'indemnité et la victime –. Dans ce domaine, l'assurance a donc nettement pris le pas sur la responsabilité* »[2421]. On voit bien l'originalité du régime : ni assurance directe, ni responsabilité classique. La désignation du débiteur n'en fait pas une assurance directe et la mise à la charge de la dette de réparation sur l'assureur n'en fait pas une responsabilité classique.

628. Au regard des avantages que présente ce régime, « *on peut affirmer qu'elle protège mieux les victimes d'accidents dans lesquels se trouve impliqué un véhicule à moteur* »[2422]. Il est alors permis de se demander « *pourquoi les victimes de la route*

Puis, L. n° 58-208 du 27 février 1958, institution d'une obligation d'assurance en matière de circulation de véhicules terrestres à moteur, *JO* 28 février 1958, p. 2148, complétée par le décret n° 59-112 du 7 janvier 1959, *JO* 9 janvier 1959, p. 633 : institution d'une obligation d'assurance en matière de circulation de véhicules terrestres a moteur ; V. aussi, G. Viney, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation*, LGDJ, Paris, 1992.

[2419] L. n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, préc. ; V. not., F. Chabas, *Le droit des accidents de la circulation après la réforme du 5 juillet 1985*, Litec, Paris, 1988 ; H. Groutel, *Le droit à indemnisation des victimes d'un accident de la circulation*, L'assurance française, Paris, 1987.

[2420] G. Viney, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation*, *op. cit*., p. 11.

[2421] *Ibid*., p. 13.

[2422] G. Lyon-Caen, « Les victimes d'accidents du travail, victimes aussi d'une discrimination », *op. cit*., spéc. p. 739.

mériteraient […] plus de sollicitude que celles du travail »[2423] ? « *Dans un État de droit, fondé sur le principe de l'égalité des citoyens, les victimes d'accidents du travail font, […] face aux victimes des accidents de la route, figure de citoyens de seconde zone* »[2424]. Autrement dit, pourquoi ne pas envisager sa transposition en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles ? Sans étendre le champ de la loi de 1985, le législateur a d'ailleurs déjà reconnu aux victimes d'un accident du travail résultant d'un accident de la circulation, la possibilité d'exercer un recours complémentaire contre le responsable[2425].

b) Un modèle impossible à transposer

629. Le modèle de 1985, transposé en droit du travail, suppose d'instaurer une assurance obligatoire pour les entreprises, au-delà de celle que prévoit le régime général des accidents du travail et des maladies professionnelles et au-delà de la réponse forfaitaire. Or, en droit du travail, la logique assurantielle est distincte de l'assurance individuelle visée par la loi de 1985.

« *Fondée sur la responsabilité individuelle de l'employeur, la loi du 9 avril 1898 laissait celui-ci libre de s'assurer ou non auprès d'une compagnie de son choix. Elle avait toutefois institué un fonds de garantie pour protéger la victime contre l'insolvabilité de l'employeur ou la défaillance de la compagnie d'assurance. Dans l'organisation générale de la sécurité sociale, l'assurance contre les risques accidents du travail et maladies professionnelles est obligatoire comme pour les autres risques sociaux, mais le salarié ne participe pas à cette assurance qui est alimentée par la seule cotisation de l'employeur. La gestion en est confiée aux caisses de sécurité sociale qui sont débitrices des prestations et des indemnités* »[2426]. L'assurance du risque professionnel existe déjà, ce n'est donc pas son principe qui pose un problème. En revanche, elle présente l'inconvénient de ne proposer aux victimes qu'une réponse forfaitaire et peu ressentie par l'employeur. Certes, il continue à supporter la charge des accidents survenus dans son

[2423] F. Meyer, « L'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles : une jurisprudence incohérente », *op. cit.*, spéc. p. 510.
[2424] Y. Saint-Jours, « Une urgence pour les victimes d'accidents du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 690.
[2425] Art. 15 de la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, *JO* 30 janvier 1993, p. 1576, insérant l'art. L. 455-1-1 au Code de la sécurité sociale. V. G. Vachet, « L'accident de la circulation au regard de la législation sur les accidents du travail », *RJS* 6/93, p. 339 ; L. Milet, « Le recours contre l'employeur responsable d'un accident du travail résultant d'un accident de la circulation », *Dr. ouvr.* 1993, p. 205.
[2426] D. Asquinazi-Bailleux, « Fasc. n° 304 Régime général : accidents du travail et maladies professionnelles », *JCl* Protection sociale Traité, n° 16.

entreprise, par la cotisation qu'il doit verser, mais il n'est plus directement débiteur de la dette. Ce n'est que la faute inexcusable qui fait réapparaître le sentiment de responsabilité. Il faut en effet admettre que « *le véritable assuré social, dans la branche accidents du travail, n'est pas […] le salarié. La technique ici appliquée n'évoque en rien une assurance de personnes (assurance contre certains accidents corporels) ; mais une assurance de responsabilité. Le véritable assuré social est l'employeur, du reste seul débiteur de cotisations. L'équivoque qui a plané sur la loi du 30 octobre 1946 n'a d'équivalent que celle qui avait entouré le vote de celle du 9 avril 1898 : depuis cette date une alliance objective unit entreprises et sécurité sociale pour la défense d'un système qui s'oppose à ce que la victime puisse prétendre à réparation intégrale, comme le peut un citoyen ordinaire* »[2427].

630. Étendre l'assurance obligatoire au risque professionnel suppose donc de faire peser tout le risque sur l'employeur sans l'intermédiaire de la sécurité sociale. Un tel bouleversement paraît très utopique. Sans doute faut-il proposer une modification du système d'assurance qui existe déjà, en faisant de la sécurité sociale le garant d'une réparation intégrale.

§2. Instaurer une responsabilité objective

631. Atteindre la réparation intégrale des préjudices en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles passe assurément par la reconnaissance d'une responsabilité objective (A). Toutefois, aussi intéressant qu'il soit, ce changement pose avec force le problème de son financement (B).

A. Pour une réparation intégrale et automatique

632. Malgré la redéfinition de la faute inexcusable, les victimes n'ont pas accès à la réparation intégrale de leurs préjudices. Un tel accès pourrait en revanche être ouvert si l'on supprimait l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale. Affranchi de cette limite, le recours contre l'employeur ou le préposé fautif serait ouvert à toutes les victimes

[2427] G. Lyon-Caen, « Les victimes d'accidents du travail, victimes aussi d'une discrimination », *op. cit.*, spéc. p. 737.

d'accident du travail ou de maladies professionnelles, à charge pour lui de prouver la faute de l'employeur[2428].

Le fondement de cette responsabilité de l'employeur demeure la faute dans la réalisation du risque. Ce fondement, combiné à l'évolution de l'obligation de sécurité de résultat présente, sans doute, de grandes chances d'être admis, en dehors des hypothèses de fautes inexcusables. Il est toutefois permis de douter de l'admission d'une telle mesure par les représentants des employeurs.

633. Une autre proposition consiste alors, en s'affranchissant de tout recours à la notion de faute, à admettre une responsabilité objective pour le risque professionnel. Elle consiste, pour les préjudices non réparés actuellement, à passer d'une responsabilité pour faute, axée sur la dette de responsabilité de l'auteur des dommages, à une responsabilité objective, axée sur la créance de réparation de la victime. Il s'agit d'instituer la réparation intégrale des préjudices de la victime[2429]. Cette solution assurerait la cohérence du système de réparation de ces victimes et s'inscrit par ailleurs dans le mouvement d'objectivation déjà perceptible en droit commun.

634. Le droit de la responsabilité civile évolue dans le sens d'une meilleure indemnisation des victimes par la mise en place de techniques juridiques tendant à assurer un véritable droit à indemnisation[2430], substituant à la notion de responsabilité de l'auteur celle de garantie de la victime. La victime doit obtenir une indemnisation intégrale, automatique. Cette évolution s'est appuyée sur le développement de l'assurance. Pour consacrer une responsabilité objective en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle, il faudra donc s'appuyer sur l'assurance. Or, en cette matière, l'assurance existe déjà, c'est la sécurité sociale. Elle doit donc devenir le garant de l'indemnisation intégrale[2431], à condition qu'elle puisse se substituer à la victime et engager la responsabilité de l'employeur en termes de prévention et de sanction des comportements fautifs. Parmi eux, la faute inexcusable de l'employeur doit rester un fondement qui accentue la responsabilité[2432] de l'employeur en termes de tarification ou d'autres

[2428] M. Badel, « Le perfectionnement du dispositif de réparation du risque professionnel par le droit social », *Dr. soc*. 1998, p. 644, spéc. p. 649.
[2429] Une évaluation précise des postes de préjudice devra être opérée par les organismes de sécurité sociale, qui pourront se fonder sur la nomenclature Dintilhac, sur l'opportunité d'adopter une nomenclature, *cf. supra*, p. 284.
[2430] G. Viney, *Traité de droit civil – Introduction à la responsabilité, op. cit*., n° 18 et s.
[2431] À l'instar de l'indemnisation offerte par le FIVA aux victimes.
[2432] Le rôle de la faute inexcusable de l'employeur doit permettre « *d'éviter un laxisme trop grand afin que la notion de garantie des victimes n'exclue ni la responsabilité de ces dernières, ni celle des auteurs, de*

sanctions. On peut par exemple imaginer que l'admission des dommages-intérêts punitifs permette de sanctionner l'employeur et que ces sommes soient attribuées à la sécurité sociale. « *Pour simplifier, disons que les prestations et indemnités accordées à la victime ou à ses ayants-droit au titre des divers préjudices, seraient prises en charge par la caisse de sécurité sociale. Celle-ci serait ensuite subrogée dans les droits de la victime pour récupérer, sous une forme ou sous une autre, les éventuelles sommes versées dont la charge ne lui incombe pas* »[2433]. Ces recours devront bien évidemment être précisés selon les parties à l'accident (présence d'un tiers[2434] ou d'un préposé de l'employeur[2435]).

635. En faisant de la sécurité sociale le garant de la réparation complémentaire, on évite le recours à des assureurs privés qui viennent compléter la traditionnelle réparation forfaitaire. La procédure est ainsi simplifiée pour la victime, qui n'a qu'un interlocuteur, et pour l'employeur, qui n'a pas à payer deux cotisations. Reste un obstacle important, le coût de cette réforme.

B. L'obstacle économique

636. Appeler à la reconnaissance d'une responsabilité objective suppose que les moyens juridiques mais aussi financiers d'indemniser soient réunis. Or, les considérations économiques sont de plus en plus prises en considération par le droit et s'inscrivent comme un obstacle à la réparation intégrale de certains préjudices. Le contentieux de l'amiante nous en donne une illustration.

637. Un organisme semble peser en droit du travail, l'association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés. Ce garant assure les salariés contre le risque de non-paiement des créances de l'employeur. L'assurance couvre diverses créances du salarié. Nombre d'entre elles sont des créances salariales[2436], mais l'on retrouve tout de même certaines créances indemnitaires[2437], dues en exécution du contrat de travail, nées

---

manière à faire pression à la fois sur les coûts de la réparation dans une optique de prévention, mais aussi sur son niveau », L. Milet, « Les voies de la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles », *op. cit*., p. 851.

[2433] *Ibid*., p. 850.

[2434] Il y aura alors partage de responsabilité avec l'employeur.

[2435] L'immunité de l'article 1384 al. 5 empêche le recours contre ce dernier.

[2436] Paiement des salaires, de l'intéressement et de la participation, congés payés, …

[2437] L'assurance Garantie des Salaires ne couvre pas les sommes qui concourent à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, en application d'un accord collectif validé ou d'une décision unilatérale de l'employeur homologuée conformément à l'article L. 1233-57-3 du code du travail, lorsque l'accord a été conclu et déposé ou la

antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure. Un contentieux a remis la lumière sur le rôle de l'AGS dans le versement de prestations indemnitaire, l'amiante. Certains juges du fond ont en effet condamné l'AGS à garantir la créance née au profit des salariés au titre du préjudice d'anxiété[2438]. Bien que la Cour de cassation ait rappelé que seules les créances nées antérieurement à l'ouverture de la procédure collective soient garanties[2439], elle n'exclut pas le principe d'une prise en charge.

638. Ce système de réparation automatique du préjudice d'anxiété au profit des travailleurs victimes de l'amiante et garanti par l'AGS est intéressant pour d'autres victimes. D'autres salariés, exposés à des produits cancérigènes, subissent aussi un préjudice d'anxiété et pourraient être tentés d'en demander la réparation. Il s'agit d'abord des mineurs du fer qui ont obtenu en première instance la réparation de leur préjudice d'anxiété[2440]. Les juges précisent que la preuve du préjudice n'a pas à être rapportée car « *celui-ci doit par principe être réparé* », que les mines de fer ne sont pas classées sur la liste fixée par arrêté ministériel puisqu'il existe un statut spécifique quant à la rémunération et aux avantages en nature liés aux difficultés professionnelles. Ce sont aussi les mineurs du charbon de Lorraine qui peuvent prétendre à la réparation de leur préjudice d'anxiété[2441]. Or, les Charbonnages de France sont représentés par leur liquidateur, ce qui signifie que c'est l'AGS qui sera invitée à payer les créances des salariés.

Cette crainte d'un contentieux dispendieux est patente. Dans le cadre du rapport d'activité de l'AGS pour 2013, son président, Jean-Charles Savignac, a évoqué « *l'enjeu financier considérable que représentent certains contentieux, comme celui de l'amiante, avec la mise à la charge de l'AGS de la réparation du préjudice d'anxiété*[2442]. *Actuellement, le montant cumulé des demandes enregistrées à ce titre représente pour l'AGS un risque financier considérable de plus de 300 millions d'euros* »[2443]. Le fait que la charge du

---

décision notifiée moins de 18 mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, ou l'accord conclu ou la décision notifiée postérieurement à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. « *L'objectif est d'éviter que l'AGS n'ait à supporter la charge financière d'indemnités, dont le versement, non prévu par la loi ou la convention collective, aurait été décidé par l'employeur ou négocié alors que les difficultés de l'entreprise étaient déjà connues* », www.info-gouv.fr

[2438] CA Aix-en-Provence, 18 octobre 2012, n° 2012/688.

[2439] Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 12-29788, *Bull. civ*. V, n° 160, *D.* 2014, p. 1493.

[2440] CPH Longwy, 6 février 2015, n° 13/00174, *op. cit*.

[2441] 770 dossiers ont été déposés devant le Conseil de prud'hommes de Forbach, *SSL* 2015, n° 1664, p. 2.

[2442] Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 12-29788, préc.

[2443] Propos rapportés par F. Champeaux, « Amiante : la co-responsabilité de l'État », *op. cit*., p. 13.

préjudice lié à l'amiante puisse reposer sur elle a sans aucune doute influencé le débat et incité la Cour de cassation à restreindre la reconnaissance du préjudice d'anxiété.

639. L'enjeu économique devra être surpassé pour admettre la réparation intégrale des préjudices de ces victimes. La décision ressort donc d'une volonté politique forte de réformer le système. La superposition de régimes législatifs spéciaux n'est pas satisfaisante. Leur observation laisse entrevoir les marques d'une philosophie de la réparation distincte de celle qui commande le droit commun. « *Tandis que le droit commun de la responsabilité est dominé par une logique d'appréciation judiciaire des comportements et de la causalité conduisant à imputer la réparation intégrale du dommage à son auteur, les régimes législatifs spéciaux esquissent plutôt une logique de prestations indemnitaires consistant à offrir à la victime une indemnité éventuellement limitée mais servie vite et sans discussion* »[2444]. Aussi attrayant ce modèle soit-il, il demeure incomplet. Seules certaines victimes sont concernées lorsque le législateur décide d'intervenir, par des « *lois d'occasion* »[2445], des « *lois circonstancielles* »[2446]. Conséquences de cette démarche, des inégalités entre les victimes existent. Afin de compenser ces inégalités, le juge est tenté de déformer les principes du droit commun pour faire accéder à la réparation certains préjudices. Les régimes spéciaux au fur et à mesure des nouveaux dangers[2447] risquent aussi de se multiplier. Dans l'attente, il n'est d'autre choix que d'insister sur le besoin de prévention des accidents et des maladies professionnelles.

§3. Assurer une meilleure prévention

640. À lui seul, le dommage corporel du salarié illustre les conséquences fâcheuses des régimes spéciaux : inégalités entre les salariés dont l'accident ou la maladie est reconnue

[2444] F. Leduc, « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux », *op. cit.*, n° 14.
[2445] G. Vedel, préface de la thèse de Ch. Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, Paris, 1974, p. X.
[2446] Y. Lambert-Faivre, « Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthodologie d'indemnisation », *in Responsabilités et assurances, Mélanges R. O. Dalcq*, Larguier, Bruxelles, 1994, p. 352 : selon elle, ces lois circonstancielles ne sont que des « *réponses politiques à des émotions collectives* ».
[2447] Pourrait être créé un fonds d'indemnisation pour les victimes de l'hépatite C post-transfusionnelle, des victimes de catastrophes naturelles, … V. Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 8052 ; Ph. Rémy, « Critique du système français de responsabilité civile », Droits et cultures 1996, p. 31.

professionnelle, inégalités entre les victimes de l'amiante. Le vœu d' « *automaticité, […] rapidité et […] sécurité de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles* »[2448], est-il vraiment atteint par le système actuel ? La faute inexcusable reste une condition d'accès à la reconnaissance de l'entier préjudice réparable et ne semble pas être remise en cause. Bien qu'il ait été permis « *de croire que [les décisions emblématiques relatives au contexte de l'amiante] avaient pour fonction de provoquer un sursaut du législateur* »[2449], il n'est jamais venu. La volonté politique ne semble pas suffisante, les propositions de loi apparaissent mais ne naissent pas[2450]. L'issue doit donc être cherchée ailleurs. Résoudre le problème de l'indemnisation suppose de confronter le besoin de réparation des victimes à des « *impératifs budgétaires* »[2451], qui commandent une réparation limitée, si l'on veut qu'elle bénéficie automatiquement à tout le monde, ou le développement de l'assurance individuelle. Si le débat économique paraît insoluble, sans doute une action peut être menée en amont, en tentant de mieux prévenir le dommage.

641. « *Grande oubliée des politiques de santé "au bénéfice du développement de la seule action curative"* »[2452], la prévention apparaît désormais comme l'outil au secours des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles. Face à l'argument financier, il semble que « *la maîtrise des dépenses liées au risque professionnel ne pourra venir que d'une amélioration des conditions de travail et de la prise en compte de la pénibilité pour freiner les sorties précoces liées à une détérioration irréversible de l'état de santé* »[2453].

« *Le système français de prévention des risques professionnels est un système dual avec deux dispositifs d'intervention publique complémentaires auprès des entreprises. D'une part le ministère chargé du travail élabore les politiques de prévention, fixe les règles d'ordre public et veille à leur application. D'autre part, les organismes de sécurité sociale développent une gestion du risque professionnel au sein de laquelle la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles tient une place*

[2448] Cons. const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *op. cit.*, spéc., considérant n° 16.
[2449] M. Caron et P.-Y. Verkindt, « Le droit de la sécurité sociale confronté aux nouveaux risques professionnels », *RDSS* 2010, p. 593.
[2450] Sénat, proposition de loi n° 613, enregistrée le 6 juillet 2010 ; Ass. Nat., proposition de loi n° 2886, enregistrée le 19 octobre 2010 ; AN., proposition de loi n° 3568, enregistrée le 22 juin 2011.
[2451] M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation, op. cit.*, p. 341
[2452] *Ibid.*
[2453] F. Meyer, « L'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles : une jurisprudence incohérente », *op. cit.*, spéc. p. 514.

particulière »[2454]. S'agissant de la politique de prévention d'ordre public, la Cour de cassation veille au respect des dispositions légales par les employeurs. Elle n'hésite pas à assimiler absence d'actions de prévention et faute inexcusable[2455]. L'employeur doit faire de la prévention « *la pierre angulaire de ses actions* »[2456], sans quoi sa faute inexcusable pourra être retenue même lorsque l'accident du travail sera survenu hors de l'entreprise[2457]. Concernant l'action des organismes de sécurité sociale, ils disposent de divers moyens d'incitation, on trouve notamment, la majoration du taux de cotisation qui frappe les employeurs qui manquent de diligence vis-à-vis des mesures de prévention.

642. C'est bien grâce à une politique de prévention efficace que les défaillances de l'indemnisation collective pourront, dans l'attente d'une intervention législative, être contrées.

Au-delà de la prévalence indemnitaire à laquelle répondent les mécanismes de réparation collective, la responsabilité permet d'établir le « *lien juridique et moral fondamental* »[2458] entre la victime et le responsable. De ce lien, la responsabilité tire une force normative qu'il paraît important de rechercher. En socialisant la réparation, le risque de déresponsabiliser certains acteurs est trop grand, la responsabilité individuelle doit conserver une place en droit du travail.

Section 2. La place de la responsabilité individuelle

643. Le droit du travail reste attaché à l'idée d'une responsabilité individuelle et cherche ainsi à faire peser la dette de réparation sur l'auteur du dommage (§1). Cette recherche de l'imputabilité se justifie par la volonté d'offrir à la réparation un sens particulier. Elle n'est pas seulement la condamnation à faire disparaître le préjudice, elle sanctionne aussi le responsable (§2).

[2454] J. Pachod, C. Oillic-Tissier et A. Antoni, « La prévention, priorité de la branche accidents du travail et maladies professionnelles », *RDSS* 2010, p. 628.
[2455] Sur la prévention des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs résultant de la manutention des charges : Cass. civ. 2ème, 18 novembre 2010, n° 09-17275, *Bull. civ*. II, n° 191, *JSL* 2011, n° 291-13.
[2456] Th. Humbert et Th. Godet, « La difficile mission de l'employeur de veiller au "bien-être mental" de ses salariés », *JSL* 2011, n° 303-6.
[2457] Pour le suicide au travail, V. Cass. civ. 2ème, 22 février 2007, n° 05-13771, *Bull. civ*. II, n° 54, *D.* 2007, p. 791, obs. A. Fabre ; *RDT* 2007, p. 306, obs. B. Lardy-Pélissier ; *JCP* S 2007.1429, note D. Asquinazi-Bailleux.
[2458] Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ*., 1998, p. 1.

§1. La recherche de l'imputabilité

644. Malgré le développement de la responsabilité objective, malgré la socialisation du risque, malgré des mécanismes de réparation collective, le droit du travail continue de rechercher à qui imputer[2459] la dette de réparation. Il cherche le responsable, celui qui a le pouvoir d'agir[2460], en témoignent notamment les nouvelles problématiques relatives au co-emploi ou au retour de l'article 1240[2461] du Code civil (A). L'employeur n'est toutefois pas le seul responsablede l'acte dommageable, bien qu'il reste, parfois, le débiteur de ces « autres » responsables (B).

A. La recherche d'un employeur responsable

645. Le salarié qui souffre d'un préjudice va en demander la réparation à son employeur[2462]. Or, aujourd'hui, déterminer qui est l'employeur ne relève pas toujours de l'évidence. Face aux transformations socio-économiques des entreprises, sait-on, aujourd'hui, qui est l'employeur ? Mise à disposition de salariés, travail intérimaire, transfert d'entreprises[2463], transformation des entreprises qui se divisent en établissements, fusionnent en groupe, s'internationalisent ou se décomposent en filiale, autant de changements économiques et sociaux qui compliquent la reconnaissance de l'employeur. Malgré cette complexification de la figure « employeur », le droit du travail s'efforce de retrouver les liens entre les salariés et leur employeur (1). C'est essentiellement[2464] deux contentieux qui traduisent cette volonté de faire peser la charge de la réparation sur le responsable, celui de la perte d'emploi (2) et celui du dommage corporel (3).

[2459] Imputer est une opération d'« attribution » d'une action à une personne, V. P. Ricoeur, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *in Esprit*, nov. 1994, p. 28.
[2460] P. Ricoeur, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *op. cit*., p. 41.
[2461] Anc. art. 1382 C. civ.
[2462] Sur la notion d'employeur, V. not., I. Vacarie, *L'employeur*, Sirey, Paris, 1979 ; B. Teyssié, « L'interlocuteur des salariés », *Dr. soc*. 1982, p. 41.
[2463] Sur cette notion, V. J.-F. Césaro, « La notion de transfert d'entreprise », *Dr. soc*. 2005, p. 718. Sur les enjeux actuels, V. F. Géa, « Quand transférer rime avec liquider », *RDT* 2016, p. 341.
[2464] Mais non exclusivement, V. par exemple le contentieux relatif au travail dissimulé. En cas de transfert de contrat de travail, la question se pose de savoir qui est redevable de l'indemnité pour travail dissimulé, entre l'ancien employeur ou le nouveau. Les juges ont admis l'action contre le nouvel employeur : Cass. soc., 11 mai 2016, n° 14-17496, *à paraître*, *SSL* 2016, n° 1725, p. 15. Cette solution s'explique parce que l'indemnité est due lorsque le contrat est rompu, c'est donc le nouvel employeur qui la supporte bien qu'il n'ait pas été à l'origine de la conclusion du contrat illcite.

1) L'identification de l'employeur

646. Les salariés sont en « *quête du fil à renouer avec l'employeur* »[2465]. Dans le cadre d'une entreprise individuelle, la notion de chef d'entreprise rime en effet avec employeur, mais cette notion se désagrège lorsque l'employeur est une personne morale, et plus particulièrement lorsqu'il est une société[2466]. Reconnaître l'employeur consiste, « *dans une perspective macro-juridique, [à] déterminer le champ des relations soumises à la compétence des règles du droit du travail et, dans une perspective micro-juridique, [à] repérer celui sur le compte duquel sera mise l'éventuelle violation de ces règles* »[2467]. Il apparaît que « *l'employeur réunit deux fictions juridiques : sujet abstrait déterminant la compétence des règles du droit du travail, l'employeur est aussi la personne, physique ou morale, partie au contrat de travail* »[2468].

647. L'émergence du contrat de travail au XXème siècle[2469] a concentré l'attention sur la dimension contractuelle de l'employeur. Son rôle en tant que partie au contrat prime la forme juridique de cet employeur, à qui l'on reconnaît avant toute prérogative spécifique, le pouvoir de direction. Il semble en effet que le droit du travail soit, *« en principe indifférent à la forme et à l'organisation juridique de l'entreprise : sous réserve des conditions d'effectifs qui parfois en commandent le jeu, il s'applique à tous les employeurs qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales – et dans ce cas quelle que soit leur nature* »[2470].

La subordination juridique est le critère de reconnaissance du contrat de travail. Elle est définie, depuis l'arrêt *Société Générale*, rendu par la Cour de cassation le 13 novembre

[2465] C. Didry et R. Broutté, « L'employeur en question, les enjeux de la subordination pour les rapports de travail dans une société capitaliste », *in Les nouvelles frontières du travail subordonné. Approche pluridisciplinaire*, H. Petit, N. Thévenot (sous la dir.), La Découverte, Paris, 2006, p. 47.

[2466] Cette dernière peut en effet accomplir des actes relevant de régimes différents : les règles organisant l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, le régime du pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers, ou une combinaison de ces règles du droit du travail et du droit des sociétés, V. A. Lyon-Caen, « Le pouvoir entre droit du travail et droit des sociétés. À propos du licenciement dans une S.A.S. », *RDT* 2010 p. 94.

[2467] S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation, Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, th. dactyl., Paris Ouest Nanterre, 2012, p. 111.

[2468] S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation* , *op. cit.*, p, 13.

[2469] G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *APD.* 1968, t. 13, p. 59. Sur le « renouveau » du contrat de travail, V. Ph. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999, p. 383 ; A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », *in Mélanges G. Lyon-Caen, Les transformations du droit du travail*, Dalloz, Paris, 1989, p. 299 ; E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *in Analyse juridique et valeurs en Droit social, Études offertes à J. Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 203.

[2470] N. Catala, « L'entreprise », *in Traité de droit du travail*, t. 4, G.-H. Camerlynck (sous la dir.), Dalloz, Paris, 1980, n° 115.

1996[2471], comme « *l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* ». Le rapport d'autorité entre l'employeur et le salarié est au cœur de ce modèle classique. Toutefois, la confrontation du droit du travail au droit des sociétés oblige à prendre en compte, au-delà du rapport d'autorité, l'exercice d'un pouvoir d'organisation du travail.

En effet, *« la personnalité morale de la société, acquise par son immatriculation, permet de séparer le titulaire du pouvoir de direction, l'employeur, du titulaire du pouvoir d'organisation de l'entreprise. Par exemple, une société mère peut être l'employeur des mandataires sociaux d'une société filiale. Elle décide même parfois directement de licenciements prononcés dans la société filiale* »[2472]. Il faut distinguer le pouvoir d'organisation, en tant que prérogatives par lesquelles s'exerce un pouvoir sur l'organisation d'une société, et le pouvoir de direction, qui s'exerce sur le travail. « *Le droit du travail et le droit des sociétés contribuent donc à faire advenir un pouvoir distinct du pouvoir de direction de l'employeur et du pouvoir des mandataires sociaux* »[2473].

648. « *C'est alors une véritable recomposition de la figure de l'employeur qu'opère la reconnaissance du pouvoir d'organisation, à l'intérieur même du rapport de travail, mais également en présence d'une pluralité de structures sociétaires* »[2474]. Ce pouvoir d'organisation permet au droit du travail de diversifier ses « *espaces de référence* »[2475], de redessiner le périmètre de la décision et dans son sillon, l'imputation des obligations engageant la responsabilité de l'employeur. Désormais, « *la catégorie d'employeur constitue un artefact*[2476] *permettant de neutraliser l'influence du choix de la forme juridique de la personne morale pour l'application des règles du droit du travail. L'application du droit du travail commande d'identifier l'employeur ou, à tout le moins, celui à qui seront imputées les "responsabilités de l'employeur"* »[2477]. La qualification

[2471] Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13187, *Bull. civ*. V, n° 386, *RJS* 12/1996, n° 1320 ; *Dr. soc*. 1996, p. 1067, obs. J.-J. Dupeyroux ; *JCP* E 1997.II.911, obs. J. Barthélemy.
[2472] S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation, op. cit*., p. 23.
[2473] *Ibid*.
[2474] *Ibid*., p. 109.
[2475] A. Lyon-Caen, « Géographie du droit du travail », *in Les lieux du droit du travail, SSL* 2003 suppl., n° 1140, p. 16.
[2476] Entendu comme « un objet créé », Larousse traduction.
[2477] S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation*, *op. cit*., p. 206, reprenant la l'expression retenue par le Conseil d'État dans l'arrêt *Compagnie internationale des Wagons-Lits*, CE, 22 juin 1973, *Compagnie internationale des Wagons-Lits*, Rec. Lebon p. 458; *Dr. soc*. 1974, p. 42, obs. J. Savatier.

d'employeur est utilisée par les juges pour assurer la présence d'un responsable. Puisque « *là où est le pouvoir, là doit être la responsabilité* »[2478], il est nécessaire de recomposer la figure de l'employeur pour attribuer les effets de la responsabilité.

2) La recomposition de l'employeur responsable de la perte d'emploi

649. Agissant en dehors de la sphère des relations de travail, en qualité de tiers à cette relation qui unit le détenteur d'un pouvoir à leur employeur, ou en tentant de redéfinir le lien contractuel avec un « autre » employeur, les salariés tentent de rechercher la véritable figure de leur employeur pour lui imputer la réparation de leurs préjudices. Bien que le législateur protège le salarié contre les changements d'employeurs, en ayant prévu le transfert des contrats au nouvel employeur[2479], cette disposition ne suffit pas à assimiler la diversité des situations « multi-employeurs » qui se rencontrent en droit du travail. C'est au sein du groupe de sociétés[2480] que ces actions se forment. La recherche de la responsabilité au sein du groupe est difficile (a), c'est pourquoi il semble falloir renouveler sa définition (b).

a) La recherche de la responsabilité du groupe

650. Les salariés qui travaillent pour une entreprise appartenant à un groupe pourraient être tentés d'en rechercher la responsabilité. Pourtant, il ne possède pas de personnalité juridique et ne peut donc être tenu pour responsable. *« La relation de dépendance économique entre les entreprises du groupe est inconnue du droit du travail qui ne retient que le lien employeur/salarié ; l'application du principe de l'autonomie juridique des entités membres oblige à considérer chaque entité comme responsable sans tenir compte*

[2478] P. Roubier, « L'arrêt des Chambres réunies du 2 décembre 1941 et la théorie de la responsabilité civile », *JCP* 1942.I.257.

[2479] Art. L. 1224-1 C. trav. Lorsque le transfert d'une entité économique autonome conservant son identité au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail est caractérisé, il convient d'appliquer l'article L. 1224-2, lequel prévoit en son principe l'obligation au paiement de la dette du cédant par le cessionnaire. La question du débiteur du versement de l'indemnité de requalification sur le fondement de l'article L. 1245-2 du Code du travail s'est posée, dans le cas particulier du transfert prévu par accord collectif. (Cass. soc., 27 mai 2015, n° 14-11155, *à paraître*, *D.* 2015, p. 1214 ; *Dr. soc*. 2015, p. 650, obs. A. Mazeaud).

[2480] Sur la notion de groupe, V. not., M. Despax, « Groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel », *JCP* 1972.I.2465 ; G. Lyon-Caen, « La concentration du capital et le droit du travail », *Dr. soc*. 1983, p. 287 ; J. Savatier, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise », *in Études de droit offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, Paris, 1974, p. 257 ; I. Vacarie, « Groupes de sociétés et relations individuelles de travail », *Dr. soc*. 1975, p. 23.

d'une éventuelle dépendance économique »[2481]. C'est donc l'employeur qui est responsable, car il est seul partie au contrat de travail. Cette logique n'est toutefois pas satisfaisante dans la mesure où elle ne traduit pas la réalité de certaines situations. L'exemple est classique, c'est celui de l'employeur responsable des licenciements pour motif économique qui ne sont, en réalité, que le reflet d'une décision du groupe auquel il appartient.

651. Afin de tenir compte de cette dépendance économique, certains mécanismes correcteurs ont été mis en place, par la recomposition du pouvoir de direction, en qualifiant de co-employeur, une personne étrangère au contrat de travail qui exerce un pouvoir de co-direction (i) ou encore en recherchant la responsabilité délictuelle de la société mère (ii).

i. Le co-emploi

652. Par un arrêt du 19 juin 2007[2482], en condamnant une société mère à payer des dommages-intérêts au salarié pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, les juges ont amorcé l'essor de la notion de co-emploi[2483]. La solution témoignait du « *souhait à peine dissimulé des juges de trouver dans la société mère un débiteur solvable à même de se substituer et de prendre en charge la dette de sa filiale en état de cessation des paiement* »[2484]. Les juges de la Cour de cassation ont toutefois tempéré la généralité de la solution, en rappelant qu'exception faite de l'existence d'un lien de subordination, « *une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction*[2485] *se manifestant par une*

[2481] Ph. Waquet (intervention orale du 21 mars 2013 à Nancy).
[2482] Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42551, *Bull. civ*. V, n° 109, *D*. 2007, p. 1973 ; *RDT* 2007, p. 543, obs. F. Jault-Seseke.
[2483] G. Auzero, « Les co-employeurs », *in* E. Le Dolley (sous la dir.), *Les concepts émergents du droit des affaires*, LGDJ, Paris, 2010, p. 43.
[2484] J. Grangé, note sous Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15208, *SSL* 2015, supp. n° 1667, p. 25.
[2485] La référence à la confusion d'intérêts, d'activités et de direction avait déjà été formulée dans un arrêt du 26 juin 1997, Cass. soc., 26 juin 1997, n° 94-45173 : « *M. X... était employé en qualité de cadre international par un groupe de sociétés intégrées (BSO), la cour d'appel a fait ressortir entre les sociétés françaises et étrangères du groupe une confusion d'intérêts, d'activités et de direction; qu'elle a pu en déduire qu'elles avaient la qualité de co-employeurs de M. X... et que celui-ci était fondé à les attraire en France devant le conseil de prud'hommes du siège social de l'une d'elles* ».

immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière »[2486]. La reconnaissance de la qualité de co-employeur doit donc rester exceptionnelle. Elle ne peut être déduite de la seule appartenance à un groupe. « *Ayant pris conscience que la créature avait échappé à son créateur pour devenir un monstre juridique, la Cour de cassation n'a [d'ailleurs] pas rendu pendant plus de deux ans un seul arrêt validant la reconnaissance d'une telle situation* »[2487].

653. Deux voies mènent à la qualification de co-emploi. Classiquement, l'identification d'un lien de subordination entre des salariés et une personne qui n'est pas celle qui est partie au contrat de travail conduit à la considérer comme employeur des salariés concernés. Sans malmener le droit des contrats, l'immixtion d'un tiers dans l'exécution du contrat ne peut résulter que de l'adhésion au contrat, volontaire ou forcée par la loi[2488]. Plus originale, l'importance accordée « *aux relations qui unissent l'employeur déclaré et une autre personne et, plus précisément, [la démonstration] qu'existe entre eux une confusion d'intérêts, d'activités et de direction* »[2489].

Le critère de la triple confusion, « *adaptable à toutes sortes de solutions que l'on voudrait judiciairement justifier* »[2490] n'enlève en rien la volonté des juges de la Cour de cassation d'en faire un concept apprécié de façon restrictive[2491]. L'arrêt *Molex*[2492] illustre cette volonté, au terme d'une série d'arrêts[2493] qui tendent tous à ne faire du co-emploi qu'un fondement exceptionnel de responsabilité. Sans remettre en cause le rapport de domination qui peut exister dans certains groupes de sociétés[2494], c'est seulement l'anormalité qui est sanctionnée par la qualification de co-emploi lorsqu'il existe « *une*

[2486] Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15208 et s., arrêt *Molex, Bull. civ*. V, n° 159, *D.* 2014, p. 1502 ; *D.* 2015, p. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec ; *RDT* 2014, p. 625, obs. M. Kocher ; *JCP* S 2014.1311, note G. Loiseau ; *SSL* 2014, n° 1645, p. 7, note G. Auzero ; *SSL* 2015, supp. n° 1667, p. 25, note J. Grangé ; *Cah. Soc*. 2014, p. 511, obs. J. Icard.

[2487] G. Loiseau, note sous Cass. soc., 30 septembre 2015, *op. cit*.

[2488] *Ibid.*

[2489] G. Auzero, « Co-emploi : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation », *SSL* 2015, suppl. n° 1667, p. 22.

[2490] G. Loiseau, note sous Cass. soc., 30 septembre 2015, *op. cit*.

[2491] P. Bailly, « Le co-emploi : une situation exceptionnelle », *JCP* S 2013.1441, n° 8.

[2492] Cass. soc., 2 juillet 2014, préc.

[2493] Les juges de la chambre sociale ont censuré certains juges du fond pour avoir qualifié une situation de co-emploi, à tort. V. not., Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-14353, *RJS* 12/13, n° 776 ; Cass. soc., 5 février 2014, n° 12-19703 ; Cass. soc., 20 mai 2014, n° 12-20527 ; Cass. soc., 24 juin 2014, n° 10-19776, *Bull. civ*. V, n° 152, *D.* 2014, p. 1502.
V. aussi le maintien de cette jurisprudence : Cass. soc., 10 décembre 2015, n° 14-19316 à 14-19474, *à paraître*, *JCP* S 2015.510 ; *D.* 2016, p. 16 ; *Dr. ouvr*. 2016, p. 89, note A. Ottan et p. 177, note E. Peskine ; Cass. soc., 6 juillet 2016, n° 14-27266 et n° 15-15481, *D.* 2016, p. 1504 ; *JCP*S 2016.284.

[2494] G. Auzero, « Le droit du licenciement pour motif économique confronté au principe de l'autonomie des personnes morales », *in Mélanges en l'honneur du Professeur P. Le Cannu*, *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, Dalloz, Paris, 2014, p. 655.

immixtion dans la gestion économique et sociale » de la société dominée, « *un tel état d'imbrication entre l'employeur déclaré et un tiers au contrat de travail, s'immisçant dans la gestion économique et sociale de l'entreprise, que cette dernière perd toute autonomie véritable* »[2495]. Il faut toutefois savoir ce qui peut se déduire pour les salariés de cette qualification[2496]. Les juges sont-ils « *à la recherche d'un employeur ou d'un payeur* »[2497] ?

654. Le co-emploi est « *un mécanisme de contribution à la dette afin de faire profiter les salariés, dans le cadre généralement d'un licenciement pour motif économique en cours ou clôturé, d'un autre débiteur que l'employeur contractuel* »[2498]. Il présente donc l'avantage de faire supporter à la société mère les conséquences de la rupture du contrat de travail des salariés, qu'il s'agisse de justifier l'existence de la cause réelle ou sérieuse[2499], de la régularité du plan de sauvegarde de l'emploi[2500] ou du respect de l'obligation de reclassement[2501].

655. Du point de vue civiliste toutefois, la question de la nature de ces obligations reste posée. Entre obligation solidaire ou obligation conjointe, la précision peut influencer la condamnation des deux sociétés.

Les salariés d'une filiale qui veulent faire reconnaître la situation de co-emploi seront tentés de qualifier la société mère de codébiteur solidaire, au sens de l'article 1313 du Code civil[2502]. Toutefois, « *la solidarité ne se présume point* »[2503] et l'appartenance à un même groupe d'entreprises ne suffit pas à réputer les deux sociétés codébitrices solidaires[2504].

L'obligation conjointe peut être un autre fondement invoqué. Elle est en effet « *le droit commun des obligations plurales, car la solidarité ne se présume pas* »[2505]. Cependant,

---

[2495] P. Bailly, « Le co-emploi : une situation exceptionnelle », *op. cit*., n° 6.
[2496] G. Loiseau, « L'identification des effets du co-emploi », *JCP* S 2013.1439.
[2497] J. Grangé et G. Singer, « Coemploi : à la recherche d'un employeur ou d'un payeur ? », *Lexbase hebdo*, éd. Soc., 2013, n° 537.
[2498] G. Loiseau, « L'identification des effets du co-emploi », *op. cit*., n° 1.
[2499] Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 10-12278, *JCP* S 2011.1548, note H. Guyot ; Cass. soc., 12 septembre 2012, n° 11-12343.
[2500] Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-69021, *RDT* 2011, p. 634, note G. Auzero.
[2501] Cass. soc., 28 septembre 2011, préc.
[2502] Art. 1313 C. civ. : « *La solidarité entre les débiteurs oblige chacun d'eux à toute la dette. Le paiement fait par l'un d'eux les libère tous envers le créancier. Le créancier peut demander le paiement au débiteur solidaire de son choix. Les poursuites exercées contre l'un des débiteurs solidaires n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres* » (Anc. art. 1200 C. civ.).
[2503] Art. 1310 C. civ. (anc. art. 1202 C. civ.).
[2504] P. Morvan, *Restructurations en droit social*, *op. cit*., n° 1509.
[2505] Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil: les obligations*, *op. cit*., n° 1350.

« *que l'obligation conjointe représente la norme en théorie ne signifie nullement qu'elle corresponde à la pratique la plus courante. Passivement, les obligations plurales sont bien plus souvent solidaires (en matière contractuelle), lorsque la jurisprudence ne les déclare pas in solidum (en matière délictuelle)* »[2506] puisque l'obligation conjointe suppose une pluralité de débiteurs entre qui est divisée à parts égales l'obligation. Elle possède donc un résultat plus contraignant quant au partage final. Quoi qu'il en soit, elle ne peut être appliquée en droit du travail, car les obligations découlant du contrat de travail ne se divisent pas.

En définitive, « *il n'existe pas une unique obligation conjointe entre les coemployeurs […]. Chacun est tenu en propre des obligations liées à la condition d'employeur et est redevable de leur inexécution. L'obligation n'est pas non plus solidaire car l'exécution par l'un des coemployeurs ne libère pas l'autre de sa propre obligation à l'égard des salariés créanciers. […] Dans ces conditions, il faut plutôt dire des coemployeurs qu'ils sont chacun débiteurs des obligations que la loi attache à la qualité d'employeur et comptables, à l'égard des salariés, des conséquences de leur inexécution* »[2507].

656. Bien que les juges n'aient pas tout à fait sonné[2508] le « *glas du co-emploi* »[2509], ils confirment qu'il « *se présente fondamentalement comme la sanction d'une anormalité* »[2510] et laissent place à la responsabilité civile délictuelle.

[2506] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1242.

[2507] G. Loiseau, note sous Cass. soc., 30 septembre 2015, n° 13-27872, *op. cit*.

[2508] Malgré une appréciation des juges du fond qui laisse parfois penser le contraire, en ne justifiant plus le co-emploi par référence à la triple confusion d'activité, de direction et d'intérêts mais en revenant à la considération du lien de subordination : V. CA Paris, 20 mars 2015, n° 09/09794, *Cah. Soc*. 2015, p. 422, note G. Loiseau ; pour le Professeur Loiseau, « *ce retour à la reconnaissance d'un lien de subordination solde l'échec de la conception du coemploi qui avait voulu s'en soustraire* » et il serait même préférable « *d'en finir avec lui* » s'il n'est qu'une *« technique guillotine dont l'effet est de sanctionner mécaniquement la société mère en lui imputant la charge financière de licenciements sans cause réelle et sérieuse* », G. Loiseau, note sous Cass. soc., 30 septembre 2015, *op. cit*. Les juges ont toutefois confirmé l'appréciation restrictive du co-emploi, V. Cass. soc., 6 juillet 2016 n° 14-27266 à 14-27946, n° 15-15481 à 15-15545 et n° 14-26.541, *RDT* 2016, p. 560, note S. Vernac.
Le Professuer Pagnerre propose toutefois une autre définition du co-emploi : « *un salarié ne peut agir en reconnaissance de la qualité de coemployeur qu'en cas de fictivité de sa société, de confusion des patrimoines ou d'immixtion dans la relation contractuelle d'un autre employeur révélant un double lien de subordinnation ou une confusion de direction* », « De la fictivité comme critère du coemploi : "certes mais pas que…" », *RDT* 2016, p. 175, spéc. p. 182 .

[2509] G. Auzero, « Co-emploi : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation », *op. cit.*, spéc. p. 24

[2510] G. Auzero, « Co-emploi : en finir avec les approximations ! », *RDT* 2016, p. 27.

ii. La responsabilité délictuelle de la société mère pour faute de gestion

657. « *La spécificité du coemploi implique la nécessité de s'extraire des réflexes habituels en matière de droit du travail pour prendre de la hauteur et examiner la situation des salariés sous un angle plus global au regard de la qualité qu'ils cherchent à voir reconnaître par la juridiction prud'homale, à savoir celle d'un créancier* »[2511]. Si le domaine des sûretés et des procédures civiles d'exécution est encore peu sollicité[2512], le champ de la responsabilité délictuelle est investi par les salariés. Ces derniers peuvent ainsi mettre en cause des sociétés pour le rôle qu'elles ont joué dans la liquidation de leur société ou dans l'opération de restructuration des filiales[2513]. Peuvent encore s'ajouter des recours pour insuffisance d'actif en cas de faute de gestion[2514] ou des recours engagés par des salariés en contestation des licenciements ou du plan de sauvegarde de l'emploi. Dans ces procédures, les salariés doivent, selon le droit commun, justifier d'un fait générateur, d'un lien de causalité et d'un préjudice personnel, spécial et distinct des autres créanciers que la jurisprudence leur reconnaît[2515].

658. Le droit commun de la responsabilité n'a jamais déserté le champ des relations de travail[2516]. Que les juges relaient le co-emploi par un appel à la responsabilité civile se comprend donc, aussi paradoxal[2517] ce relai puisse-t-il paraître. À l'instar des autres créanciers, rien n'empêche le salarié d'engager la responsabilité d'un tiers au contrat qu'il considère comme fautif[2518]. En revanche, ce retour aux règles du droit commun suppose

---

[2511] Y. Pagnerre, V. Gacouin et D. Verdier, note sous CA Rouen, 24 septembre 2015, n° 14/04955, *Cah. soc.* 2015, n° 280, p. 624.

[2512] V. toutefois CA Rouen, 24 septembre 2015, obs. Y. Pagnerre, préc. : les salariés ont utilisé le nantissement judiciaire provisoire de parts sociales de la société mère.

[2513] V. not., E. Serverin et T. Grumbach, « La saga judiciaire Flodor. L'action délictuelle, une nouvelle étape dans le dossier Unichips-Flodor », *RDT* 2009, p. 693 ; J.-P. Lhernould, note sous Cass. soc. 13 novembre 2008, n° 07-41.700 *Dr. soc.* 2009, p. 69 ; J. Perotto et N. Mathey, « La mise en jeu de la responsabilité de la société mère est-elle une fatalité ? Regards croisés sur les groupes de sociétés et le risque de co-emploi », *JCP* S 2014.1262.

[2514] Cass. soc., 8 juillet 2014, n° 13-15573, *Bull. civ*. V, n° 180, *D*. 2014, p. 1552 ; *D*. 2014, p. 2147, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas ; *RDT* 2014, p. 672, note A. Fabre ; *JCP* S 2014.1311, note G. Loiseau.

[2515] Cass. soc. 14 novembre 2007, n° 05-21239, *Bull. civ*. V, n° 188, *RDT* 2008, p. 103, obs. Y. Chagny.

[2516] Ch. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile, op. cit.*, p.19 : « « *Le droit du travail subit l'action complémentaire de la responsabilité civile dans les domaines où ce dernier fournit des techniques juridiques éprouvées qui vont alors s'imposer dans le cadre des relations professionnelles* ».

[2517] A. Fabre, « La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce », *RDT* 2014, p. 672 : « *il peut sembler paradoxal de se tourner vers une institution que la construction d'un droit du licenciement a précisément eu pour but de dépasser* ».

[2518] E. Peskine, « L'imputation en droit du travail. À propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », *RDT* 2012, p. 347 ; V. aussi N. Pelletier, *La*

un changement de vocabulaire. Il n'y a plus un licenciement sans cause réelle et sérieuse mais une faute à caractériser, ce n'est plus le juge prud'homal qui est compétent mais le juge civil. Ces différences confirment-elles l'intérêt d'une action en droit commun ?

659. Quelle faute ? D'abord, parce que « *l'action de la société n'est sans doute pas la seule et unique cause de la liquidation d'une entreprise et des pertes d'emplois correspondantes* »[2519], il faudra admettre que le lien de causalité est apprécié avec souplesse. Ensuite, quel comportement pourra être considéré comme étant fautif ? Est-ce l'intérêt social de la filiale dans la manœuvre qui doit être apprécié ? Si tel était le cas, cela reviendrait à permettre au juge prud'homal d'apprécier un intérêt qui relève, en principe, de l'appréciation du juge commercial. Mais il faut admettre que les contentieux s'intéressent au degré de contrôle par la société tierce et à la dépendance de la société défaillante. Ne cherchant ni une faute de gestion, ni les trois critères du co-emploi, la faute délictuelle « *répond à une conception plus extensive* »[2520]. Les juges retiennent la faute après avoir confronté le comportement du tiers à l'intérêt social de la société défaillante[2521]. Enfin, « *les décisions rendues laissent à penser que la qualification de faute semble réservée aux cas les plus pathologiques de totale disparition de l'intérêt social derrière l'intérêt du groupe* »[2522]. Autant d'éléments qui invitent à la prudence quant au rôle salvateur de l'action en responsabilité délictuelle dans le contexte d'une cession d'entreprise.

660. Quel préjudice ? « *À la différence [du co-emploi], la [responsabilité civile] ne peut, en aucune façon, aboutir à imputer à la société mère les obligations que la loi ou les normes conventionnelles mettent à la charge de l'employeur. Avec l'action en responsabilité civile, il ne peut, par hypothèse, être question que d'indemniser le préjudice subi par les salariés. Ce dernier paraît alors résider dans la perte de l'emploi, consécutivement à la déconfiture de la filiale provoquée par le comportement répréhensible de la mère* »[2523].

---

responsabilité civile de la société au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective, LGDJ, Paris, 2013.

[2519] A. Fabre, note sous Cass. soc., 8 juillet 2014, *op. cit.*, p. 679.

[2520] *Ibid.*

[2521] G. Auzero, « Co-emploi : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation », *op. cit.*, spéc. p. 24.

[2522] A. Fabre, note sous Cass. soc., 8 juillet 2014, *op. cit.*, p. 680.

[2523] G. Auzero, « Co-emploi : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation », *op. cit.*, spéc. p. 24.

À supposer que l'indemnité de licenciement répare effectivement la perte d'emploi[2524], compte tenu de son mode de calcul, elle ne répare jamais intégralement le préjudice pour perte d'emploi, il y a donc là, un premier argument à invoquer devant le juge. Le versement de l'indemnité de licenciement n'empêche pas, en effet, la réparation de la perte d'emploi par l'octroi de dommages-intérêts. C'est d'ailleurs l'hypothèse du cumul de l'indemnité de licenciement et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. En revanche, les salariés ne seraient pas admis à demander réparation de la perte d'emploi si d'autres dommages-intérêts étaient déjà venus la réparer. Ainsi, le salarié indemnisé pour violation de l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude professionnelle ne peut demander réparation de la perte d'emploi[2525]. Le seul obstacle à la réparation de la perte d'emploi par une tierce entreprise serait donc que la demande ait déjà été formulée auprès du précédant employeur.

Au-delà de la perte d'emploi, les salariés sont-ils à même d'invoquer la réparation d'autres préjudices ? S'il est considéré que la perte d'emploi a déjà été indemnisée, « *les plaideurs pourront préférer demander la réparation de la perte de chance d'avoir pu conserver leur emploi* »[2526]. Les juges du fond sont enclins à le réparer[2527] mais il reste la question du fait générateur. La Cour de cassation ayant affirmé que l'obligation de reclassement n'incombe qu'à l'employeur[2528], il est difficile de concevoir quelle faute pourra être reprochée aux tierces entreprises.

Peut-être les salariés pourront-ils alors invoquer la perte de chance d'avoir pu bénéficier d'un plan de sauvegarde de l'emploi plus intéressant, à l'instar des salariés de l'entreprise *Sofarec*[2529]. « *L'affaire Bull montre toutefois que l'invocation de ce préjudice peut présenter un risque sur le plan de la causalité. En l'espèce, la cour d'appel de renvoi a ainsi estimé que les salariés ne rapportaient pas la preuve que, si la filiale était restée*

[2524] Bien que sa qualification indemnitaire relève davantage d'un choix politique, *cf. supra*, p. 89 et s.

[2525] Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28799, *Bull. civ*. V, n° 135 : « *l'indemnisation de ce préjudice était comprise dans les dommages-intérêts alloués à l'intéressé en réparation du préjudice résultant de la méconnaissance par l'employeur des dispositions de l'article L. 1226-10 du code du travail, lequel comprenait nécessairement l'indemnisation de la perte d'emploi* », *D*. 2013, p. 1417, et p. 1768, note E. Wurtz ; *Dr. soc*. 2013, p. 764, obs. V. Orif ; *JCP* S 2013.1359, note E. Jeansen.

[2526] G. Auzero, « Co-emploi : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation », *op. cit.*, spéc. p. 24.

[2527] TGI Péronne, 18 août 2009, n° 07/856, *Flodor*, V. E. Serverin et T. Grumbach, « La saga judiciaire *Flodor*. L'action délictuelle, une nouvelle étape dans le dossier Unichips-Flodor », *op. cit.* ; P. Morvan, « L'étrange action en justice *Flodor*. Les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ? », *JCP* S 2009.1489.

[2528] Cass. soc., 13 janvier 2010, n° 08-15776, *Bull. civ*. V, n° 5, *RDT* 2010, p. 230, obs. F. Géa.

[2529] Cass. soc., 8 juillet 2014, n° 13-15573, préc. V. J. Perotto et N. Mathey, « La mise en jeu de la responsabilité de la société mère est-elle une fatalité ? Regards croisés sur les groupes de sociétés et le risque de co-emploi », *op. cit.*

dans le groupe au lieu d'être cédée, ils auraient bénéficié d'un plan social plus favorable que celui qui leur a été présenté »[2530].

Enfin, on peut imaginer un dernier préjudice, subi par les salariés non licenciés cette fois, celui de l'angoisse de perdre son emploi. L'on sait que le préjudice d'angoisse a déjà franchi les frontières du contentieux de l'amiante, peut-être peut-on le retrouver dans le contexte des cessions d'entreprise. Le droit commercialsemble, en tout cas, l'admettre[2531].

661. Quel juge ? Le choix d'une action sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle oblige le salarié à multiplier les actions : recours individuel contre l'employeur, contre le co-employeur, recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif contre les décisions prises par l'Administration dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique, recours devant le tribunal d'instance ou de grande instance selon le montant des dommages-intérêts demandés.

Une dispersion du contentieux qui peut être compensée par l'un des mérites de ce retour au droit commun. L'article 1240[2532] du Code civil permet en effet d'étendre « *les perspectives indemnitaires des salariés licenciés bien au-delà des seuls groupes de sociétés. Toute personne est susceptible de commettre, à l'égard d'une entreprise, une faute conduisant à des licenciements. On songe à la rupture brutale de crédit par un établissement bancaire, à des salariés ou des entreprises concurrentes qui commettraient des actes de concurrence déloyale, des syndicats qui organiseraient des mouvements illicites dans l'entreprise et préjudiciable à son fonctionnement…. Ajoutons que, comme toute règle féconde, elle laisse aux praticiens et à la doctrine une place considérable pour disputer à perte de vue autour de la notion de faute* »[2533].

[2530] A. Fabre, note sous Cass. soc., 8 juillet 2014, *op. cit*., p. 678.

[2531] A. Couret et B. Dondero, note sous T. com. Orléans, 1er juin 2012, n° 2010-11170, *A. et a. c/ Mme D. et Sté Aurelius AG*, *JCP* E 2012.1494 : « *Le jugement commenté (T. com. Orléans, 1er juin 2012, n° 2010-11170, A. et a. c/ Mme D. et Sté Aurelius AG) condamne la société Aurelius […] à verser aux demandeurs : - une somme de 3 000 euros en réparation du préjudice moral résultant du stress. Cette somme est accordée uniformément à tous les demandeurs, indépendamment de leur âge, sexe, situation familiale, etc., alors même que le tribunal précise que le stress « peut être variable pour chaque demandeur en fonction non seulement de l'âge, de la formation, de la qualification... » ! On retrouve ici la logique de résignation du juge qui, face à une preuve diabolique, choisit la voie de la forfaitisation. […] Si l'indemnisation des salariés licenciés ne présente pas de particularité, la reconnaissance d'un préjudice moral, du chef de salariés non licenciés constitue véritablement une première juridique. Ce point a largement retenu l'attention des premiers auteurs de commentaires sur ce jugement (V. Option Droit des Affaires ,13 juin 2012, p. 1)* ».

[2532] Anc. art. 1382 C. civ.

[2533] J.-F. Cesaro, « Du coemploi à la responsabilité, retour au droit civil », *RDT* 2014, p. 661, spéc. p. 662.

662. Co-emploi et responsabilité individuelle sont donc des voies d'imputation de responsabilité des sociétés d'un groupe, qui restent à compléter. « *L'identification d'obligations implicites ou même légales, telle l'obligation de vigilance, mise à la charge de la société mère, […] pourrait constituer un jalon de cette construction, ouvrant la voie, non pas à une solidarité des sociétés, mais à une distribution des obligations entre elles et une répartition de leur responsabilité* »[2534]. Une autre voie consiste encore à repenser la vision du groupe en droit du travail.

b) L'approche du groupe renouvelée

663. Aujourd'hui, le groupe est perçu comme l'ensemble des relations de pouvoir entre les entités membres. Or, si l'on veut faire du groupe un responsable à part entière, il faut changer de perspective et ne plus le considérer comme une somme de sociétés individuelles. Il doit être entendu comme une entité à part entière qui a un intérêt propre et surtout, qui exerce une contrainte organisationnelle sur chaque entité membre. Malgré l'absence de personnalité juridique, le groupe a une capacité d'action, un certain pouvoir.

664. On peut d'abord « *considérer le pouvoir d'organisation pour ce qu'il est, [en] faire […] la justification même de la responsabilité de l'organisateur* »[2535]. Bien qu'il emprunte parfois le fondement de l'article 1240[2536] du Code civil, le « *droit du pouvoir* » doit être distingué du droit de la responsabilité civile délictuelle[2537]. Son autonomie permettrait par ailleurs de prononcer d'autres sanctions que la responsabilité, telle la suspension ou la nullité de la décision[2538].

665. On peut ensuite redéfinir le schéma d'imputation classique. Passant du schéma d'imputation unique à une imputation multiple, l'employeur devient le responsable à double titre : en tant que partie à la relation de travail et en tant que membre du groupe. Il existe quelques manifestations d'imputation multiples pour une obligation unique. C'est par exemple l'hypothèse de l'article L. 243-7-3 du Code de la sécurité sociale qui prévoit

[2534] E. Peskine, « Le coemploi dans l'angle mort », *RDT* 2014, p. 663, spéc. p. 665.
[2535] S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation*, *op. cit*., p. 357.
[2536] Anc. art. 1382 C. civ.
[2537] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, Paris, 2004, n° 490 et s.
[2538] *Ibid*., n° 506 et s.

la responsabilité solidaire et subsidiaire entre l'employeur coupable de travail dissimulé et la société mère[2539].

666. Cette vision renouvelée du groupe permet d'illustrer une des fonctions de la responsabilité civile. Elle peut être le socle d'une responsabilité sociale de l'entreprise tournée vers l'avenir, la prévention du risque de perte de l'emploi. Chaque entité du groupe va se sentir responsable des mesures prises par l'autre, favorisant la prévention et la surveillance des actions. Aussi, et surtout, elle permet de combattre la vision purement indemnitaire de ces actions. Il ne suffit pas de trouver celui qui aura la capacité d'indemniser le salarié, il faut aussi rechercher le responsable.

3) La recomposition de l'employeur responsable d'un dommage corporel

667. Si la santé au travail a pris une importance particulière en tant que fondement de la responsabilité de l'employeur[2540], la désignation de l'employeur responsable n'a pas été précisée. Au contraire, la question des employeurs successifs se pose et les réponses ne sont pas toujours claires. Il semble paradoxal d'avoir assuré l'efficacité d'un fondement de responsabilité sans offrir des règles simples de désignation du débiteur.

668. Dans l'hypothèse d'un changement d'employeur en cas de cession d'entreprise au sens de l'article L. 1224-2 du Code du travail, le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de la modification. Les juges en déduisent que « *le salarié ou ses ayants droit peut agir en reconnaissance de faute inexcusable contre l'employeur qu'il estime auteur de cette dernière, peu important les conventions passées entre ses employeurs successifs et qu'il peut également, s'il y a lieu, agir contre le tiers cessionnaire des droits et obligations de toute nature afférents à la branche complète d'activités constituée par l'établissement où il travaillait lors de son exposition au risque considéré* »[2541]. Les deux employeurs sont donc solidairement responsables en cas de cession d'entreprise[2542].

[2539] Cass. civ., 2ème, 11 février 2016, n° 14-10614, *à paraître*, *JCP* G 2016.263 ; *JCP* S 2016.1120, note T. Lahalle.
[2540] Sur l'avènement de la santé au travail, *cf. supra*, p. 147.
[2541] Cass. civ., 2ème, 7 avril 2011, n° 09-17241, *RJS* 6/11, n° 551.
[2542] Au sens de l'article L. 1224-2 C. trav.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'un transfert conventionnel de contrat de travail[2543], le dernier employeur peut échapper à l'action en reconnaissance de la faute inexcusable. « *Le transfert du contrat de travail ne permet pas à lui seul de mettre à la charge du dernier employeur de la victime les obligations nées de la faute inexcusable des employeurs successifs* »[2544]. Les juges nous enseignent donc que « *la novation du contrat de travail ne modifie pas l'auteur de la faute inexcusable ni n'indique l'employeur en charge de la réparation* »[2545]. Pour la victime, le choix du responsable dépend alors de la nature du transfert de son contrat de travail. Il faut espérer qu'il soit suffisamment informé pour savoir s'adresser au bon employeur.

669. En dehors du transfert des contrats de travail organisé par la loi, si un salarié est atteint d'une maladie professionnelle mais a connu deux employeurs successifs, lequel se verra imputer cette maladie[2546] ? Il peut s'agir de celui chez qui la pathologie s'est déclarée, ou plus simplement pour le salarié, de son dernier employeur connu.

En principe, la maladie est considérée comme contractée au service du dernier employeur chez lequel la victime a été exposée au risque[2547], à moins qu'il n'en rapporte la preuve contraire[2548]. Ensuite, c'est aux caisses primaires d'assurance maladie qu'il appartient de procéder à la demande de prise en charge de la maladie[2549]. Si toutefois, la victime a été exposée au risque successivement dans plusieurs entreprises différentes, sans qu'il soit possible de déterminer celle dans laquelle l'exposition a provoqué la maladie, les

---

[2543] Lorsque le transfert ne résulte pas de la loi mais de la convention collective car il n'y a pas transfert d'une entité économique autonome.

[2544] Cass. civ., 2ème, 12 février 2015, n° 14-10947, *Resp. civ. et assur.* 2015, comm. 150.

[2545] D. Asquinazi-Bailleux, note sous Cass. civ., 2ème, 17 septembre 2015, n° 14-24534, *à paraître*, *JCP* S 2015.1413.

[2546] P. Morvan, « Un *western* juridique : le risque de maladie professionnelle et les employeurs successifs », *Dr. soc.* 2015, p. 554.

[2547] Art. L. 461-1 C. SS

[2548] Cass. civ. 2ème, 22 novembre 2005, n° 04-11447, *D.* 2006, p. 840, note Y. Saint-jours ; *JCP* E 2006.1316, obs. G. Vachet.

[2549] La CPAM instruit la demande de prise en charge à l'égard du dernier employeur existant, à défaut, à l'égard de l'entreprise qui lui a précédé. Si la maladie a, en réalité, été contracté chez un précédent employeur, la CPAM peut se tourner vers lui, à moins que ce dernier ne fasse déclarer inopposable la décision de la CPAM pour un manquement commis dans l'instruction du dossier à l'égard du dernier employeur de la victime (Cass. civ. 2ème, 19 décembre 2013, n° 12-25661, *Bull. civ.* II, n° 244, *JCP* S 2014.1154, note M. Michalletz). Cette procédure conduit donc à considérer une décision de la CPAM opposable à un employeur qui n'aura pas été informé de la procédure de la CPAM diligentée à l'encontre du dernier employeur, autrement dit, lui est opposable une décision sans que n'ait été respecté le principe du contradictoire. Plus encore, tout recours est interdit à l'employeur dont la faute inexcusable aurait été reconnue (art. L. 452-3-1 C. SS, v. not., M. Michalletz, « Les moyens d'inopposabilité opérants en cas de faute inexcusable de l'employeur », *JCP* S 2013.1085 et T. Humbert, « La disparition des effets de l'inopposabilité des accidents du travail en cas de faute inexcusable de l'employeur », *JCP* S 2013.1096).

dépenses peuvent être mutualisées[2550], à condition que le dernier employeur établisse que la maladie n'a pas été contractée à son service. La solution a l'avantage d'indemniser le salarié mais laisse impunis les employeurs concernés.

En cas de faute inexcusable, la victime peut démontrer que l'un de ses employeurs a commis cette faute[2551]. Le salarié peut donc agir contre plusieurs employeurs successifs, si sa maladie s'est déclarée pendant le délai de prise en charge fixé par le tableau des maladies professionnelles ou pendant la durée d'exposition au risque prévu par ce même tableau. Or, pendant cette période, le salarié a pu changer d'employeur, son action suppose donc d'agir contre un précédent employeur. Une procédure lourde et complexe ajoutée à des règles « *ésotériques* »[2552] peuvent ainsi dissuader les victimes d'agir[2553] et laisser l'impunité durer.

Pour ceux qui mèneraient l'action jusqu'à son issue, la reconnaissance de la faute inexcusable de plusieurs employeurs conduit à imputer à chacun d'eux une part du risque professionnel. Il y a lieu de procéder à un partage de responsabilités, au *prorata* du temps d'exposition au risque[2554], et non en fonction de leur faute respective. Si un employeur est poursuivi et condamné seul à rembourser la CPAM[2555], il peut exercer une action récursoire contre les employeurs qui l'ont précédé ou même qui lui ont succédé[2556]. La recherche des auteurs du risque professionnel est ainsi assurée. Notons que cette action soulève aussi la question du juge compétent. La « simple » intervention à l'instance est possible devant la juridiction de sécurité sociale[2557], en revanche, en cas de demande de garantie fondée sur un contrat de cession d'entreprise[2558], la juridiction commerciale est compétente[2559].

Il faudra donc que la victime ait la force de mener son action jusqu'à son terme et que les employeurs successifs agissent l'un contre l'autre, devant la juridiction compétente pour

---

[2550] P. Morvan, Droit de la protection sociale, LexisNexis, 7ème éd., Paris, 2015, n° 229 et s.
[2551] Cass. civ. 2ème, 8 mars 2005, n° 02-30998, *Bull. civ*. II, n° 56, *D*. 2005, p. 1838, note Y. Saint-Jours.
[2552] P. Morvan, « Un *western* juridique : le risque de maladie professionnelle et les employeurs successifs », *op. cit*., p. 557.
[2553] C. Durand et N. Ferré, « La portée de la règle de l'inopposabilité à l'employeur des décisions de la CPAM », *SSL* 2014, n° 1637, p. 6 et n° 1638, p. 6.
[2554] Cass. civ. 2ème, 12 mai 2011, n° 10-14461 et n° 10-15311, *Bull. civ*. II, n° 113, *JCP* S 2011.1434, note D. Asquinazi-Bailleux.
[2555] Le CPAM verse à la victime les indemnités, les prestations et les rentes qui lui sont dues, et récupère ensuite, auprès de chaque employeur responsable les majorations d'indemnités et les rentes allouées.
[2556] Cass. civ. 2ème, 14 mars 2013, n° 11-26459, *Bull. civ*. II, n° 50, *D*. 2013, p. 2658, obs. M. Bacache.
[2557] Cass. civ. 2ème 12 février 2015, n° 13-26133, *à paraître*, *D*. 2015, p. 438.
[2558] V. D. Asquinazi-Bailleux, « Restructuration d'entreprises et conséquences financières du risque professionnel », *JCP* S 2011.1239 ; P. Morvan, *Restructurations en droit social*, *op. cit*., n° 1537 et s.
[2559] Cass. civ. 2ème, 12 février 2015, n° 13-25524, *à paraître*, *RJS* 5/15, n° 369.

que le (les) véritable (s) auteur(s) soi(ent) déclaré(s) responsable(s). Ces deux aléas nous laissent penser que la maladie professionnelle est un champ pour lequel la responsabilité individuelle est abandonnée à la mutualisation.

670. Enfin, dans le cadre du travail temporaire[2560], le salarié accomplit sa mission chez un tiers mais reste salarié de l'entreprise de travail temporaire. Qui est alors responsable de l'obligation de sécurité ? L'utilisateur, chez qui le travail est effectivement exécuté ou l'entreprise de travail temporaire, contractant du salarié ? Au visa des articles L. 4121-1 et L. 1251-21 du code du travail, la Cour de cassation partage la responsabilité, l'un et l'autre sont responsables. Elle rappelle que « *l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs et, […], que pendant la durée de la mission, l'entreprise utilisatrice est responsable des conditions d'exécution du travail telles qu'elles sont déterminées par les dispositions légales et conventionnelles applicables au lieu de travail, notamment pour ce qui a trait à la santé et la sécurité au travail ; qu'il en résulte que l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice sont tenues, à l'égard des salariés mis à disposition, d'une obligation de sécurité de résultat dont elles doivent assurer l'effectivité, chacune au regard des obligations que les textes mettent à leur charge en matière de prévention des risques* »[2561].

671. Pour conclure, la détermination du responsable du dommage corporel est soumise à des règles différentes qui manquent de clarté. Ce constat corrobore celui d'une certaine complexité en ce qui concerne l'attribution de la compétence du juge[2562]. S'adresser au « bon juge » pour faire condamner le « bon responsable » est difficile. Il y a là une contradiction qui mérite d'être levée. Sans doute la réponse passe-t-elle par la revendication d'un système particulier à tout le dommage corporel[2563]. En attendant une

---

[2560] M. Buy et N. Vignal, « Travail temporaire », *Rép. Dalloz Droit du travail*, n° 1 : « *Le travail temporaire, également appelé "travail intérimaire", est une activité qui consiste pour une entreprise, l'entreprise de travail temporaire, à mettre à la disposition d'un tiers, l'entreprise utilisatrice, des salariés, les travailleurs temporaires, spécialement embauchés à cet effet pour accomplir, pour le compte de ce tiers, des tâches non durables appelées "missions". Le travail temporaire met donc en jeu trois partenaires : l'entreprise de travail temporaire, le travailleur temporaire et l'entreprise utilisatrice. Le travailleur temporaire est lié à l'entreprise de travail temporaire par un contrat de travail. Un contrat commercial de prestation de services est conclu entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice. Par contre, aucun contrat n'existe entre le travailleur temporaire et l'entreprise utilisatrice* », Sur ce thème, V. A. Sauret, *Les contrats de travail à durée déterminée ou temporaire*, Montchrestien, Paris, 1990 ; B. Siau, *Le travail temporaire en droit comparé européen et international*, LGDJ, Paris, 1996 ;

[2561] Cass. soc., 30 novembre 2010, n° 08-70390, *Bull. civ*. V, n° 270, *JSL* 2011, n° 292-2, obs. M. Hautefort.

[2562] Sur la concurrence entre le juge prud'homal et le juge de la sécurité sociale, *cf. supra*, p. 385.

[2563] À l'instar du Professeur Lambert-Faivre qui plaide en faveur de l'autonomie du dommage corporel dans son ouvrage, *L'indemnisation du dommage corporel*, *op. cit.*, p. 6.

réforme, la solution consiste une fois de plus à privilégier la prévention afin d'éviter que des dommages corporels ne soient subis et par suite, que l'on rencontre des difficultés à en attribuer les conséquences au responsable.

672. L'employeur, à condition d'avoir reconstruit sa figure juridique, est responsable des manquements au contrat de travail ou à la loi, qui ont causé un préjudice à l'employeur. Parfois, il n'est pas responsable mais sera tout de même débiteur de l'indemnisation.

B. L'employeur débiteur

673. L'alinéa 5 de l'article 1242 du Code civil dispose : « *Les maîtres et commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ». Si les termes de commettants et préposés ne doivent pas être absorbés par les qualités d'employeurs et de salariés, la relation salariale apparaît comme le terrain de prédilection de cette responsabilité particulière, d'autant plus depuis l'arrêt rendu par l'assemblée plénière le 25 février 2000[2564] qui consacre l'immunité du salarié.

674. L'application de ce régime de responsabilité ordonne à l'employeur d'être le débiteur de la réparation des préjudices que son préposé a causé, sauf abus de fonction[2565]. Même condamné pour une infraction non intentionnelle, le salarié qui a causé un accident de la circulation peut se prévaloir de l'article 1242, alinéa 5 du Code civil[2566]. Il y a donc un employeur, souvent une personne morale dont l'objet consiste

---

[2564] Cass. ass. plén., 25 février 2000, n° 97-17378 et n° 97-20152, *Bull. ass. plén*. n° 2, *D*. 2000, p. 673, obs. Ph. Brun et p. 467, note Ph. Delebecque ; *RDSS* 2001, p. 134, note J.-M. Lhuillier ; *RTD civ*. 2000, p. 582, note P. Jourdain.

[2565] « *Les dispositions de l'article 1384, alinéa 5, ne s'appliquent pas au commettant en cas de dommage causé par le préposé qui, agissant sans autorisation, à des fins étrangères à ses attributions, s'est placé hors des fonctions auxquelles il était employé* », Cass. ass. plén., 15 novembre 1985, n° 84-12601, *Bull. ass. plén*. n° 9, *D*. 1986, p. 81, note J.-L. Aubert ; *JCP* G 1986.II.20568, note G. Viney ; *RTD civ*. 1986, p. 128, obs. J. Huet. La formule a ensuite été affinée : « *Le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé agit hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions* », Cass. ass. plén., 19 mai 1988, n° 87-82654, *Bull. ass. plén*. n° 5, *D*. 1988, p. 513, note C. Larroumet ; *RTD civ*. 1989, p. 89, obs. P. Jourdain. Depuis, la Cour de cassation n'a plus modifié la définition de l'abus de fonction du préposé susceptible de neutraliser la responsabilité que le commettant encourt sur le fondement de l'article 1243 al. 5 C. civ. (anc. 1384 al. 5) ; V. not., Cass. civ., 2ème, 21 mai 2015, n° 14-14873, *D*. 2016, p. 39, obs. Ph. Brun.

[2566] Cass. crim., 27 mai 2014, n° 13-80849, *Bull. crim*. n° 137 : « *Les dispositions d'ordre public de la loi du 5 juillet 1985 relatives à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation n'excluent pas celles de l'article 1384, alinéa 5, du code civil relatives à la responsabilité du commettant du fait du préposé* », *JCP* S 2014.214, obs. N. Léger.

dans une activité productive, qui va pourtant se trouver « *accessoirement débitrice d'une indemnité, comme civilement responsable d'une personne physique* »[2567]. « *Le rôle quelque peu paternaliste de la collectivité* » démarque cette institution des techniques de réparation collectives précédentes, car « *au lieu de répondre à une idée de protection des victimes et de conservation de leur patrimoine, [elle] fait appel à la double idée de partage des charges d'une tâche collective et de garantie de l'individu contre les responsabilités qu'est susceptible de lui faire encourir son activité au service de l'intérêt social* »[2568]. Sur ce fondement, le salarié responsable du dommage causé à autrui ne sera pas celui qui répare effectivement le préjudice. La reconnaissance de cette immunité a toutefois été difficile à reconnaître pour certains salariés « autonomes » dans leurs fonctions (1) ; elle ne l'est même pas encore pour certains (2).

1) L'immunité des salariés bénéficiant d'une autonomie dans leurs fonctions

675. Si l'exercice d'une profession libérale telle que celle de médecin, sage-femme ou avocat semble incompatible avec la qualité de préposé en raison de l'indépendance qu'il suppose[2569], certains d'entre eux sont tout de même salariés. La question de l'application de la responsabilité des commettants se pose alors et avec elle, celle du critère de cette immunité.

676. S'agissant de la sage-femme, les juges considéraient, malgré l'existence d'un contrat de travail, qu'elle disposait d'une complète indépendance professionnelle dans l'exercice de son art, ce qui n'excluait pas sa responsabilité professionnelle à raison de ses « *fautes personnelles à l'occasion des soins donnés* »[2570] et conduisait à un partage des responsabilités entre elle et son employeur. Le médecin salarié a connu la même appréciation de sa situation. Bien que la chambre criminelle ait pu considérer que, « *l'indépendance professionnelle dont jouit le médecin dans l'exercice de son art n'est pas incompatible avec l'état de subordination qui résulte d'un contrat de louage de*

[2567] G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit*., p. 144.
[2568] *Ibid*., p. 144.
[2569] Pour le médecin, Cass. req., 21 juillet 1947, *D*. 1947, jur., p. 486 ; plus récemment, Cass. civ., 2ème, 10 novembre 2005, n° 04-16501.
[2570] Cass. civ., 1ère, 30 octobre 1995, n° 93-20544, 93-20579 et 93-20786, *Bull. civ*. I, n° 383, *D*. 1995, p. 276; *JCP* G 1996.I.3944, n° 13, obs. G. Viney; *RTD civ*. 1996, p. 636, obs. P. Jourdain.

services le liant à un tiers »[2571] et permettait donc d'appliquer la jurisprudence *Costedoat* aux médecins salariés, le Tribunal des conflits n'a pas partagé cette appréciation. Il considérait, à l'inverse, que la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés était sans application dans les rapports entre un médecin salarié et une clinique[2572]. Reprenant cette solution, dans un arrêt du 13 novembre 2002[2573], la Cour de cassation avait exclu l'immunité de ces salariés. Elle décidait que « *si l'établissement de santé peut être déclaré civilement responsable des fautes commises par un praticien salarié à l'occasion d'actes médicaux d'investigation et de soins pratiqués sur un patient, ce principe ne fait pas obstacle au recours de l'établissement de santé et de son assureur, en raison de l'indépendance professionnelle intangible dont bénéficie le médecin, même salarié, dans l'exercice de son art* ». Le principe de l'immunité du salarié ne concernerait donc pas les médecins salariés en raison de leur indépendance technique. L'immunité n'était offerte qu'au salarié soumis à un « *lien de subordination complet* »[2574].

677. « *L'indépendance professionnelle, ou l'autonomie dans les fonctions salariées, constituerait, selon cette analyse, un argument déterminant la résurgence de la responsabilité personnelle. […] La distinction ainsi induite entre les salariés professionnellement indépendants, donc entièrement responsables de leurs actes professionnels, et les autres, irresponsables dans leurs activités salariées, paraît, a priori, séduisante. À la réflexion, elle n'est pas satisfaisante* »[2575]. Dans les faits, les situations sont différentes, ce n'est qu'après un examen précis des conditions dans lesquelles s'exerce l'activité que pourrait être appréciée l'autonomie professionnelle du salarié. Ensuite, comment savoir où placer le curseur de l'indépendance professionnelle ? Le statut particulier de la profession semble être un indice, en effet, l'avocat, l'expert-comptable ou l'architecte sont soumis à un statut spécifique, tout comme le médecin se

[2571] Cass. crim., 5 mars 1992, n° 91-81888, *Bull. crim*. n° 101, *JCP* G 1993.II.22013, note F. Chabas, *RTD* civ. 1993, p. 137, obs. P. Jourdain ; voir déjà, à propos d'une sage-femme salariée, Cass. crim., 13 décembre 1983, n° 80-93708, *Bull. crim*. n° 342, *D*. 1984, somm., p. 459, obs. J. Penneau ; comp. Cass. civ., 1ère, 30 octobre 1995, n° 93-20544, préc : les juges considèrent qu'une sage-femme liée par un contrat de travail à une clinique dispose néanmoins, conformément au Code de déontologie de cette profession, d'une réelle indépendance dans l'exercice de son art.

[2572] T. confl., 14 février 2000, n° 2929, *JCP* G 2001.II.10584, note J. Hardy.

[2573] Cass. civ., 1ère, 13 novembre 2002, n° 00-22432, *Bull. civ*. I, n° 263, *D.* 2003, p. 580, note S. Deix-Bauquesne ; *Resp. civ. et assur*. 2003, comm. n° 50, obs. H. Groutel.

[2574] S. Deix-Bauquesne, note sous Cass. civ., 1ère, 13 novembre 2002, *op. cit*., spéc. p. 583.

[2575] J.-F. Barbièri, « Responsabilité de l'entreprise et responsabilité de ses salariés. À la recherche de l'équilibre perdu », *in Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, p. 141.

distingue de l'auxiliaire médical[2576]. Toutefois, en retenant l'indépendance du pilote salarié dans l'affaire Costedoat, ce n'est pas le statut légal particulier qui a justifié la solution. Faut-il alors distinguer les préposés selon qu'ils exécutent simplement des ordres ou qu'ils disposent d'une autonomie décisionnelle ? La notion est éclatée, « *on est préposé ou on ne l'est pas, c'est-à-dire selon la conception que l'on s'en fait, dépendant ou non, soumis aux ordres et instructions, au service d'un commettant et de l'entreprise, etc.* »[2577].

678. Sans doute est-ce parce que le critère de distinction est difficile à établir que les juges ont finalement offerts l'immunité aux médecins et aux sages-femmes[2578]. L'avocat[2579] et le notaire[2580] ont vu, quant à eux, leur sort réglé par la voie réglementaire. En leur offrant également l'immunité, les juges et le législateur ne font pas de la subordination le seul critère pris en compte pour reconnaître l'immunité des salariés. « *L'analyse atteste l'inexistence d'un criterium unique, apte à rendre compte de la multitude des solutions* »[2581]. On ne peut plus affirmer que l'autorité[2582], la soumission aux ordres de l'employeur en sont la raison. Le lien de préposition se satisfait désormais « *d'une relation de confiance, de délégation, de service…* »[2583]. Le lien de préposition est plus largement admis « *au profit exclusif d'une victime qui y gagne un responsable* »[2584] mais aussi au profit d'un salarié qui y gagne son immunité.

679. Le contrat de travail y compris celui créant un lien de subordination incomplet[2585] serait donc la raison de l'immunité du salarié. Pourtant, certains salariés ne peuvent pas bénéficier de cette immunité. Le contrat de travail n'est donc pas toujours le critère suffisant de protection des salariés.

[2576] Art. L. 356 CSP.
[2577] N. Molfessis, « « La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlisement de la Cour de cassation », *in Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, Paris, 2004, p. 495.
[2578] Cass. civ., 1ère, 9 novembre 2004, n° 01-17168, *Bull. civ*. I, n° 260, *RLDC* 11/2004, n° 450.
[2579] D. n° 91-1197, 27 novembre 1991, organisant la profession d'avocat, *JO* n° 0277, 28 novembre 1991, p .15502, spéc. art. 138.
[2580] D. n° 93-82, 15 janvier 1993, portant application de l'article 1er ter de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 et relatif aux notaires salariés, *JO* n° 18, 22 janvier 1993, p. 1111, spéc. art. 6.
[2581] N. Molfessis, « La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlisement de la Cour de cassation », *op. cit*., p. 495.
[2582] « *Le critère du lien de préposition est la subordination juridique du préposé telle qu'elle résulte de l'autorité qu'a sur lui le commettant* », P. Jourdain, note sous Cass. crim., 22 mars 1988, *RTD civ*., 1988, p. 774.
[2583] N. Molfessis, « La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlisement de la Cour de cassation », *op. cit*., p. 496.
[2584] *Ibid.*
[2585] S. Deix-Bauquesne, note sous Cass. civ., 1ère, 13 novembre 2002, *op. cit*., spéc. p. 583.

2) L'immunité à conquérir pour certains salariés

680. L'employeur n'est pas le débiteur de tous ses salariés. Il semble que certains aient encore à assumer les conséquences de leurs actes personnels. Il en est ainsi des salariés investis d'un mandat représentatif (a) et sans doute aussi, du médecin du travail (b).

a) Les salariés investis d'un mandat représentatif

681. L'une des conséquences de la capacité juridique accordée au comité d'entreprise est sa responsabilité contractuelle, délictuelle ou quasi délictuelle. Le comité d'entreprise est, notamment, responsable lorsqu'il commet une faute entraînant un dommage à autrui[2586], lorsque l'un de ses préposés cause un dommage[2587] ou lorsque que la chose dont il a la garde cause un dommage. Toutefois, la mise en œuvre de la responsabilité civile du comité d'entreprise, en la personne de son représentant légal, n'exclut pas la responsabilité personnelle de ceux de ses membres qui ont, par leurs agissements propres, concouru à la commission de la faute. Ainsi, l'action engagée contre le secrétaire du comité en vue d'obtenir la suppression de passages d'un bulletin édité par le comité d'entreprise est recevable, dès lors que son rôle personnel dans la diffusion du bulletin est établi[2588].

682. C'est aussi le contrôle des comptes du comité d'entreprise qui renouvelle la question de la responsabilité personnelle des représentants du personnel. La loi du 5 mars 2014 comporte un chapitre relatif à la « *transparence des compte* »[2589]. Le comité d'entreprise est désormais soumis à de nouvelles obligations comptables dont le non-respect est susceptible d'exposer le comité ou ses membres élus à leur responsabilité : responsabilité en sa qualité de personne morale[2590] mais aussi responsabilité personnelle

---

[2586] CA Toulouse, Chambre 3, section 1, 5 février 2008 , n° 05/05393 : « *Si le comité d'entreprise a réparti au titre de son organisation interne son activité entre différentes sous-structures dont l'association sportive en cause, ces différentes structures n'ont pas de personnalité morale distincte du comité d'entreprise. Il en résulte que seul ce dernier, personne morale ayant une pleine capacité juridique, a compétence et intérêt pour agir et se défendre dans l'instance l'opposant aux ayants droit des victimes d'un crash aérien survenu dans le cadre des activités d'un aéroclub* ».

[2587] Cass. civ., 1ère, 6 mars 1996, n° 93-18647, *D*. 1997, p. 93, obs. M.-Ch. Lebreton.

[2588] Cass. soc., 17 janvier 1979, n° 77-14266, *Bull. ch. soc*. n° 40.

[2589] L. n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, *JO* n° 0055, 6 mars 2014, p. 4848 , spéc., art. 32 : *JCP* S 2014.1175 ; V. aussi, D. n° 2015-357, 27 mars 2015 relatif aux comptes des comités d'entreprise et des comités interentreprises, *JO* n° 0075, 29 mars 2015, p. 5765 et D. n° 2015-358, 27 mars 2015 : relatif à la transparence des comptes des comités d'entreprise, *JO* n° 0075 du 29 mars 2015, p. 5767 ; *JCP* S 2015.167.

[2590] L'obligation nouvelle de l'article L. 2325-50 C. trav. qui prévoit que le comité d'entreprise établit un rapport présentant des informations qualitatives sur ses activités et sur la gestion financière de nature à

de ses membres. « *Il résulte en effet de la teneur même des nouvelles obligations qui, pour partie, incombent exclusivement aux membres élus du comité d'entreprise, ou à un certain membre désigné parmi eux, un déplacement du risque pénal. Il s'agit évidemment du délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise*[2591]. *On peut penser qu'y sont potentiellement exposés certains membres du comité d'entreprise en raison des responsabilités particulières qui leur sont reconnues tel le membre élu désigné en qualité de trésorier, les membres désignés pour faire partie de la commission des marchés, ou encore ceux désignés par le comité pour arrêter les comptes, ou les membres élus amenés à les approuver* »[2592].

683. C'est encore le besoin de confidentialité[2593] de certaines informations à destination du comité d'entreprise[2594] qui peut être le fondement de la responsabilité personnelle de ses membres. « *Les membres du comité d'entreprise, destinataires privilégiés d'informations, ne peuvent pas ignorer l'impératif de loyauté et la responsabilité attachée au partage de l'information, surtout lorsqu'elle les fait pénétrer dans le secret des affaires. L'importance des droits appelle le renforcement des devoirs* »[2595]. Déjà en 1981, le rapport Auroux appelait à une « *définition d'une responsabilité nouvelle des représentants du personnel [qui] impose le strict respect des règles du jeu dans ce domaine* ». Aujourd'hui, l'Union Européenne souhaite que les États prévoient que ne soient pas divulguées les informations dont « *la nature est telle que, selon des critères objectifs, elles entraveraient gravement le fonctionnement de l'entreprise ou lui porteraient préjudice* »[2596]. En France, la diffusion d'information peut-elle engagée la responsabilité personnelle du représentant ? « *Bien qu'aucune décision n'ait statué dans cette hypothèse, on peut le penser. L'obligation de discrétion n'aurait pas de sens si les informations pouvaient être librement diffusées* »[2597]. Pour l'heure, la réponse semble être disciplinaire. Les juges ont effet admis la validité de la sanction disciplinaire du salarié un

---

éclairer l'analyse des comptes par les membres élus du comité et les salariés de l'entreprise sera certainement un fondement permettant d'engager sa responsabilité.

[2591] Art. L. 2328-1 C. trav.

[2592] L. Marquet de Vasselot et A. Martinon, « Les comptes du comité d'entreprise », *JCP* S 2015.1168.

[2593] Art. L. 2325-5 C. trav.

[2594] L. Pécaut-Rivolier, « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel », *Dr. soc*. 2012, p. 469.

[2595] J. Daniel, « L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité », *JCP* S 2015.1165.

[2596] Dir. 2002/14, 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 6, § 2, *JO* CE 23 mars 2002.

[2597] L. Pécaut-Rivolier, « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel », *op. cit*.

peu trop loquace[2598]. La solution n'était pas si évidente dans la mesure où le représentant du personnel qui exerce sa mission ne peut généralement pas être sanctionné pour la faute qu'il commet dans l'exercice de son mandat[2599], à moins que les faits en cause soient « *de nature, compte tenu de leur répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise, à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, eu égard à la nature de ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé* »[2600]. En considérant que la divulgation d'informations confidentielles cause un trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise, la sanction devient possible.

684. Le lien de subordination du salarié investi d'un mandat représentatif ne suffit donc pas à justifier l'immunité. Si l'on a pu penser que cette immunité neutralisait le droit de la responsabilité contractuelle[2601], une part de responsabilité personnelle du salarié subsiste encore.

b) La responsabilité du médecin du travail

685. Le médecin du travail semble être en proie à deux actions, celle de l'employeur qui lui reprocherait trop de complaisance à l'égard des salariés[2602] ou défaut de conseil[2603] et celle du salarié qui lui reprocherait d'être complice de l'employeur, notamment dans sa situation de harcèlement[2604]. Or, ce salarié devrait, suivant les règles applicables aux autres salariés, bénéficier d'une double immunité, « contractuelle »[2605] et procédurale, et n'être responsable vis-à-vis de son employeur qu'en cas de faute lourde, et du salarié qu'en cas d'abus de fonctions. Pour apprécier cette seconde immunité, il faut alors s'interroger sur la fonction du médecin du travail.

[2598] Cass. soc., 4 avril 2012, n° 10-20845, *Bull. civ*. V, n° 117, *D*. 2012, p. 1066 ; *Dr. soc*. 2012, p. 469 ; obs. L. Pécaut-Rivolier.
[2599] H. Rose et Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, 4e éd., Economica, Paris, 2010, p. 712 s.
[2600] CE 4 juillet 2005, req. n° 272193, *RJS* 2005, n° 1121 ; V. aussi, CE, 27 mars 2015, n° 371174, *JCP* S 2015.1333, note J.-Y. Kerbouc'h.
[2601] Elle réduit notamment la faculté d'insérer certaines clauses dans le contrat de travail qui aurait pour effet de faire peser sur le salarié des frais relatifs au véhicule de fonction (Cass. soc., 10 novembre 1992, n° 89-40523, *Bull. civ*. V, n° 538, *RJS* 1/93, n° 4 ; Cass. soc., 6 mai 2009, n° 07-44485, *Bull. civ*. V, n° 126, *JCP* S 2009.1372, note B. Bossu), ou aux déficits de gestion (Cass. soc., 31 octobre 1989, n° 87-13376, *Bull. civ*. V, n° 624, *RJS* 12/89, n° 924 ; Cass. soc., 23 janvier 1992, n° 88-43275, *Bull. civ*. V, n° 39, *RJS* 5/92, n° 581 ; *RTD civ*. 1992, p. 788 , note P.-Y. Gautier).
[2602] P. Adam, « Médecins du travail : le temps du silence », *Dr. soc*. 2015, p. 541.
[2603] Cass. civ. 1ère, 19 décembre 2013, n° 12-25056, *Bull. civ*. I, n° 256, *D*. 2014, p. 23 ; *Dr. soc*. 2014, p. 280, rapp. F. Verdun ; *RDT* 2014, p. 191, note M. Véricel.
[2604] P. Adam, « Le médecin du travail en habit de harceleur », *SSL* 2015, n° 1689, p. 6.
[2605] Sur l'immunité du salarié comme obstacle au préjudice réparable de l'employeur, *cf. supra*, p. 198.

686. Le médecin du travail doit agir en coopération avec l'employeur pour prévenir toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail[2606]. « *Néanmoins, la nature de leurs obligations est différente. L'employeur est débiteur d'une obligation de sécurité de résultat vis-à-vis de ses salariés tandis que le médecin du travail a [seulement] une obligation de conseil vis-à-vis des employeurs comme des salariés* »[2607]. De cette différence de teneur, il ressort que l'employeur ne peut faire supporter au médecin du travail son absence ou l'insuffisance d'action pour se délier de son obligation de sécurité. Certes, en cas de manquements avérés à leur obligation de conseil, les services de santé doivent répondre de leur responsabilité personnelle. Toutefois, la situation diffère lorsque le médecin est salarié de l'entreprise. Dans cette hypothèse, il est protégé par son immunité et ne peut être responsable, pécuniairement, qu'en cas de faute lourde. Face aux recours contre les services de santé au travail et à la déclaration de leur responsabilité pour manquement à leur obligation de conseil, il faut toutefois admettre que l'activité des médecins du travail fait l'objet d'un intérêt particulier. Cet engouement n'est pas seulement celui de l'employeur qui y voit le moyen de partager une charge de réparation au salarié. Les salariés pourraient, eux-aussi, souhaiter engager la responsabilité du médecin du travail.

687. Les manœuvres du médecin du travail peuvent être interprétées par le salarié comme ayant été un obstacle à la procédure de contestation de son inaptitude, et considérées comme participant du harcèlement moral qu'il a subi de la part de l'employeur[2608]. Dans cette espèce, les faits n'ont pas été qualifiés de harcèlement mais s'ils avaient pu l'être, qui aurait été responsable ? Les juges précisent que « *le comportement du médecin du travail dans l'exercice de ses fonctions n'était pas susceptible de constituer un harcèlement moral de la part de l'employeur* ». En rejetant ainsi l'action contre l'employeur, « *la chambre sociale désigne implicitement, mais nécessairement, le médecin du travail comme unique responsable des actes fautifs auxquels il s'est livré* »[2609]. Au regard de l'immunité consacrée pour les salariés, y compris ceux qui sont autonomes dans leur fonction, cette solution surprend. L'indépendance du médecin du travail ne peut pas suffire à la justifier.

[2606] Art. L. 4622-2 C. trav.

[2607] S. Fantoni-Quinton et V. Genty, « L'employeur, le médecin du travail et la protection de la santé des travailleurs. Deux acteurs aux responsabilités différentes », *SSL* 2015, n° 1678, p. 6.

[2608] Cass. soc., 30 juin 2015, n° 13-28201, *à paraître*, *SSL* 2015, n° 1689, p. 6 ; *JCP S* 2015.1344, note P.-Y. Verkindt.

[2609] P. Adam, « Le médecin du travail en habit de harceleur », à propos de Cass. soc., 30 juin 2015, *op. cit*., p. 7.

688. Pourquoi les médecins salariés indépendants bénéficieraient de l'immunité et non le médecin du travail salarié ? Si l'on se réfère à la théorie du risque-profit selon laquelle l'employeur supporte la responsabilité de ses préposés en raison du profit qu'il tire de leur activité, la situation du médecin du travail peut la « paralyser » : il ne génère pas de profit pour l'employeur[2610]. Il faudrait alors conclure que le médecin du travail, qui assure une fonction de protection et non une fonction de production comme un médecin « général », ne bénéficie pas de l'immunité. La conclusion serait étonnante au regard de l'importance de l'obligation de prévention qui pèse sur l'employeur. Il ne faut pas confondre responsable et débiteur, si le médecin du travail peut conserver une part de responsabilité, l'employeur peut tout autant conserver le poids de la dette de réparation.

689. Séparer le responsable et le débiteur est une technique à l'œuvre du droit du travail pour assurer la solvabilité du débiteur ou la protection du salarié. Elle ne s'inscrit toutefois pas comme un principe guidant les relations entre employeur et salarié, puisqu'au contraire, la recherche du véritable responsable incite parfois à aller au-delà du contractant « visible ». Cette recherche est indispensable pour confirmer le rôle dissuasif de la responsabilité à travers la condamnation à la dette de réparation.

§2. L'individualisation de la réparation

690. La sanction « *comprise comme toute réaction du droit à une violation de la règle juridique, que cette réaction vise à punir un coupable, réparer un dommage ou rétablir la légalité* »[2611] permet de qualifier la réparation de sanction. Exceptée cette nature générale de sanction, la réparation possède aussi une vertu punitive en elle-même. La réparation, bien que destinée à faire disparaître le préjudice, a un effet punitif à l'encontre du responsable, qui doit assumer ses actes et prendre conscience de leur valeur. La réparation fait ainsi « *d'une pierre deux coups, sinon trois : en réparant le dommage subi ; en punissant la faute commise* (A)*; et en assurant, autant qu'il est possible, de l'une et de l'autre manière, la dissuasion* (B) »[2612].

[2610] P. Adam, « Le médecin du travail en habit de harceleur », à propos de Cass. soc., 30 juin 2015, *op. cit*., p. 8.
[2611] C. Chainais et D. Fenouillet (sous la dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, Vol. 1, Dalloz, Paris, 2012, p. XVIII.
[2612] F. Terré, « Propos sur la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit*, 1977, p. 37.

A. La réparation comme moyen de punition

691. « *Tant qu'il demeure adossé à sa fonction indemnitaire, le rôle punitif et normatif de la responsabilité civile s'inscrit dans la conception des rédacteurs du Code civil, celle d'une responsabilité essentiellement fondée sur la faute* »[2613]. Avec le développement de « *l'idéologie de la réparation* »[2614], les hypothèses de responsabilité sans faute et l'indemnisation mutualisée ont pu laisser penser que la faute devait disparaître. Or, à côté de ce développement d'une responsabilité objective, la responsabilité/sanction demeure.

692. Traditionnellement, la responsabilité modèle les comportements. La fonction normative de la responsabilité se dédouble en « *une fonction morale de rétribution et une fonction sociale de régulation des comportements. […] Moralement, cette responsabilité individuelle assure le châtiment du responsable. Socialement, elle est un guide pour le bon citoyen en maintenant un bon équilibre entre liberté et devoir* »[2615]. Elle ne semble pas disparaître. La responsabilité pour faute, « *caractéristique essentielle du droit français de la responsabilité délictuelle* »[2616], conserve, en effet, sa place. Ensuite, certaines matières[2617] ont su donner à la faute une place particulière en faisant de la responsabilité un véritable outil punitif.

La responsabilité pour faute constitue donc toujours un outil universel de sanction des comportements dommageables[2618]. La mesure de ce comportement appelle une sanction[2619]. Chacun est libre de ses actes mais doit en assumer les conséquences[2620] : « *le poids de la responsabilité […] incite les citoyens à "penser" leur comportement* »[2621]. Partout où il y a faute, la responsabilité existe et vient sanctionner ce comportement jugé

[2613] R. Vatinet, « L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail », *in La sanction en droit du travail*, LGDJ, Paris, 2012, p. 121.
[2614] L. Cadiet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit*., p. 496
[2615] M. Mekki, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *op. cit*., p. 5.
[2616] Ph. Rémy et J.-S. Borghetti, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, op. cit.*, p. 68.
[2617] Notamment en droit de la concurrence où la concurrence déloyale et le parasitisme donnent lieu à des condamnations supérieures à la valeur du préjudice, V. S. Carval, *La responsabilité dans sa fonction de peine privée, op. cit*., n° 114 et s.
[2618] Ph. Pierre, « La place de la responsabilité objective, Notion et rôle de la faute en droit français », *RLDC* 2010, n° 3802, p. 16.
[2619] P. Esmein, « La faute et sa place dans le droit de la responsabilité civile », *RTD civ*., 1949, p. 481.
[2620] Cons. const., n° 82-144, DC, 22 octobre 1982, *op. cit*. : « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ».
[2621] P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit*., n° 22.

comme condamnable. Cette évolution du droit commun[2622] est particulièrement nette en droit du travail.

693. « *Le salarié, plus encore que le consommateur, a besoin que la règle de droit intervienne pour atténuer les effets négatifs que le déséquilibre de la relation contractuelle qui l'unit à l'employeur est susceptible de produire* »[2623]. Il n'y a alors rien d'étonnant à ce que la responsabilité serve d'assise à la sanction. En admettant que le seul constat du préjudice ou le seul constat de la violation de la loi sans démonstration d'un préjudice donnent lieu à condamnation de l'employeur[2624], l'indemnisation revêt un caractère punitif. De la même façon, la prise en compte de la faute inexcusable en matière d'accident du travail témoigne de la volonté de prendre en compte la faute pour apprécier l'étendue de la réparation et non seulement le préjudice.

Toutefois, la peine ne peut pas sanctionner toutes les personnes que la responsabilité aura désignée comme débitrice, elle ne doit frapper que le responsable. À cet égard, les tentatives de reconstruction de l'employeur permettent de penser que le droit du travail participe à la revendication du lien d'imputation entre le responsable et le dommage et tendent à faire peser la punition sur le « véritable » employeur. Le rôle punitif de la réparation en droit du travail permet d'attendre aussi « *qu'elle joue un rôle dissuasif ou préventif tendant à la normalisation des comportements sociaux* »[2625].

B. La réparation comme moyen de prévention

694. La prévention se retrouve sous différentes formes selon les auteurs, elle peut même se déduire de la responsabilité civile[2626]. Si un sujet de droit sait qu'il encourt sa responsabilité pour telle hypothèse, il est dans son intérêt de ne pas agir et de respecter ce que le droit lui prescrit. En ce sens, la responsabilité dissuade les comportements antisociaux[2627]. Le sujet de droit va anticiper la survenance du dommage. Il apparaît, en

---

[2622] J.-S. Borghetti, « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », *in* C. Chainais et D. Fenouillet (sous la dir.) *Les sanctions en droit commun*, vol. 1, Dalloz, Paris, 2012, p. 257.
[2623] S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit*., n° 168.
[2624] Sur ces présomptions, *cf.* supra, p. 133 et s.
[2625] R. Vatinet, « L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail », *op. cit*., p. 135.
[2626] V. not., Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit*., n° 17 ; Bacache-Gibeili (M.), *Les obligations*, *op. cit*., n° 43.
[2627] A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à M. Ancel, op. cit.*, n° 2.

droit du travail, une place pour chacune de ces deux fonctions, la responsabilité dissuade et incite à prévenir le dommage.

695. Dissuasion. La mise en place de condamnations indemnitaires[2628] parfois très lourdes dissuade les employeurs de ne pas respecter leurs obligations légales. Il faut toutefois reconnaître que cette fonction dissuasive est moins bien remplie par la responsabilité civile que par le droit pénal[2629]. Cette fonction dissuasive se recoupe en réalité avec la fonction normative de la responsabilité, à travers son volet moral. Elle ne suffit pas à inciter les individus à prévenir le dommage.

696. Incitation. La recherche du responsable et sa condamnation à réparer peuvent, plus que le dissuader d'adopter un comportement répréhensible, l'inciter à prévenir les dommages. Ce lien entre responsabilité et prévention est particulièrement visible en matière de santé et de sécurité au travail. Dès la fin du XXème siècle, deux lois[2630] introduisirent un devoir général de prévention imposant aux employeurs de garantir la santé des travailleurs en aménageant les locaux de façon à assurer leur propreté. Or, la loi du 9 avril 1898, en instaurant une réparation automatique et forfaitaire a atteint ce lien de responsabilité entre l'employeur et la victime et par la même occasion l'intérêt porté à la prévention. Les employeurs ont pu se conforter dans « *l'idée perverse, mais objet pendant longtemps d'un consensus assez général qui a abouti au "crime sociétal" de l'amiante, qu'il n'était pas indispensable de faire les frais et l'effort de mettre réellement en œuvre les mesures de sécurité dès lors que le dommage de l'homme était réparé* »[2631]. C'est encore « *l'interposition de la caisse de sécurité sociale entre le responsable et la victime [qui] ne favorise pas la prévention des accidents et des maladies* »[2632], car l'employeur ne ressent pas la charge de la réparation. Même en cas de faute inexcusable, l'employeur peut se défendre en relevant l'inopposabilité de la reconnaissance professionnelle de l'accident ou de la maladie. La Cour de cassation a en effet posé le principe selon lequel « *si la décision de prise en charge de l'accident du travail, de la maladie professionnelle ou de la rechute, motivée et notifiée dans les conditions prévues par [l'article R. 441-14*

[2628] Sur les cumuls d'indemnités, *cf. supra*, p. 295.
[2629] A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à M. Ancel, op. cit*. spéc. n° 11 ; Ph. Malaurie, « L'effet prophylactique du droit civil », *op. cit*., p. 669.
[2630] L. 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et de femmes dans les établissements industriels et L. 12 juin 1893 concernant l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels ; V. aussi, INRS, *Naissance et évolution de l'idée de prévention des risques professionnels*, Nancy INRS 2008.
[2631] P. Sargos, « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP* G 2003.I.104.
[2632] A. Lyon-Caen, « Une révolution dans le droit des accidents du travail », *Dr. soc.* 2002, p. 445.

C. SS], revêt à l'égard de l'employeur, en l'absence de recours dans le délai imparti, un caractère définitif, elle ne fait pas obstacle à ce que celui-ci conteste, pour défendre à l'action en reconnaissance de la faute inexcusable, le caractère professionnel de l'accident ou de la maladie »[2633].

Cette distension du lien entre indemnisation et prévention est révolue. « *La loi du 6 décembre 1976 [sanctionne à nouveau] l'interaction prévention-réparation […et admet] la responsabilité du chef d'entreprise au cas de faute inexcusable. Les lois de 1982 et 1990 amplifieront ce phénomène* » [2634], avec ensuite, l'avènement de l'obligation de sécurité de résultat[2635] et l'obligation légale de prévention des employeurs[2636]. Le préjudice d'anxiété[2637] confirme le changement. Sa réparation évince l'écran qu'a pu être la sécurité sociale et repose exclusivement sur l'employeur qui va être incité à prévenir les risques. Les risques psychosociaux[2638] sont patents de cette incitation à prévenir les dommages. Rapport[2639], accord cadre européen[2640], accord national interprofessionnel[2641], plan d'urgence pour la prévention du stress au travail[2642], autant d'indices qui confirment que l'obligation de prévention couvre les risques psychosociaux[2643] et intéresse la santé

[2633] Cass. civ., 2ème, 5 novembre 2015, n° 13-28373, *à paraître*, *JCP* S 2015.439 ; *D*. 2015, p. 2324 ; *Dr. soc*. 2016, p. 193, obs. M. Keim-Bagot.

[2634] A. Arseguel et B. Reynès, « La responsabilité en matière de santé et de sécurité au travail », *in* J. Igalens, (sous la dir.), *Tous responsables*, Éditions d'Organisations, Paris, 2004, p. 135.

[2635] Pour un rapide historique, V. M. Blatman, « L'obligation de sécurité de résultat de la Cour de cassation en six étapes », *op. cit*.

[2636] Art. L. 4121-1 C. trav. et s.

[2637] Sur la reconnaissance du préjudice d'anxiété, *cf. supra*, p. 159.

[2638] Sur la prévention des risques psychosociaux, V. not., P. Adam et A. Bilheran, *La prévention des risques psychosociaux en entreprise*, Armand Colin, Paris, 2011 ; P. Adam, « La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français », *Dr. ouvr*. 2008, p. 313 ; D. Asquinazi-Bailleux, « Risques psychosociaux et méthodes de gestion de l'entreprise », *JCP* S 2010.1393 ; H. Lanouzière, « La prévention des risques psychosociaux du point de vue du Code du travail », *SSL* 2011, n° 1480, p. 6 ; Th. Aubert-Montpeyssen et M. Blatman, « Les risques psychosociaux au travail et la jurisprudence française : la culture de la prévention », *Dr. soc*. 2012, p. 832 ; Ph. Douillet, « La prévention des RPS : une opportunité de développer le dialogue sur le travail », *SSL* 2012, supp., n° 1535, p. 26 ; D. Chouanière, « Prévention des RPS : approche théorique », *SSL* 2012, supp., n° 1535, p. 7.

[2639] Rapport *Bressol* du Conseil économique et social « Organisation du travail et nouveaux risques pour la santé des salariés », 2004, La documentation française ; Rapport de l'OIT, « Stress au travail, un défi collectif », OIT, Turin, 2016, V. aussi, l'entretien avec C. Cosme, « Le stress au travail, une préoccupation mondaile », *SSL* 2016, n° 1721, p. 3.

[2640] B. Legros, « La transposition de l'accord cadre du 8 octobre 2004 sur le stress au travail », *JCP* S 2009.1280.

[2641] ANI 2 juillet 2008, P.-Y. Verkindt, « L'ANI du 2 juillet 2008 sur le stress au travail : entre lumière et ombre », *JCP* S 2008.483. Puis ANI 26 mars 2010, F. Pelletier, « L'ANI sur le harcèlement et la violence au travail : de nouvelles obligations pour l'employeur ? », *JCP* S 2010.253.

[2642] Plan d'urgence présenté par le ministre du travail le 9 octobre 2009, *JCP* S 2009.548. Ce plan a été repris dans le plan santé au travail 2010-2014, *JCP* S 2010.37.

[2643] Cass. soc., 17 octobre 2007, 06-41444, *JCP* S 2007.1856 : « *il résulte de l'article L. 230-2 du code du travail, interprété à la lumière de la directive du conseil 89/391/CEE du 12 juin 1989, que le chef*

au travail dans son ensemble[2644]. S'agissant des principes généraux de prévention, l'accent mis sur la prévention secondaire, éviter que les risques psychosociaux se développent après leur apparition, ne doit pas évincer la prévention primaire qui doit, au contraire, prévaloir. « *Il s'agit d'abord pour l'employeur d'éviter les risques, de les combattre à la source et donc de mettre en question le travail lui-même et son organisation* »[2645]. Il y a bien, en ce domaine, la volonté « *d'éviter que ne se réalise le fait matériellement susceptible de provoquer un dommage dans un avenir certain ou improbable* »[2646], une incitation à la prévention afin d'éviter la mise en jeu de la responsabilité de l'employeur.

697. Conclusion du chapitre.

Le droit du travail a été le premier à connaître la mise en place d'un régime d'indemnisation collective en 1898. Depuis, le système s'est trouvé concurrencé et surtout critiqué. La réparation forfaitaire qu'il prévoit laisse les victimes d'accident du travail et de maladie professionnelle dans une situation moins confortable que d'autres victimes de droit commun, nous pensons notamment à celles qui subissent un accident de la circulation. La rénovation du système suppose toutefois des choix politiques, soumis aux contraintes économiques. Si la création d'un fonds d'indemnisation ou la généralisation de l'assurance ne peuvent être imposés, nous adhérons à l'idée selon laquelle la sécurité sociale doit rester l'acteur de cette réparation collective.

Il reste le problème du financement d'une réparation intégrale. Sans doute, le produit des dommages-intérêts punitifs en cas de violation de l'obligation de sécurité pourrait être attribué au financement de cette réparation. Cette solution suppose donc un double choix politique, celui de consacrer une réparation intégrale pour ces victimes et d'admettre les dommages-intérêts punitifs dans notre droit. Dans l'attente de ce(s) choix, la prévention des risques demeure la meilleure réponse à opposer au risque professionnel. La nouvelle[2647] jurisprudence relative à l'obligation de sécurité n'est pas seulement une

---

d'établissement prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement »

[2644] V. not. Le plan santé au travail 2016-2020 du ministère du travail communiqué le 8 décembre 2015, *JCP* S 2015.502 ; *SSL* 2015, n° 1702, p. 2.

[2645] P. Adam, « La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français », *op. cit.*

[2646] C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, op. cit*., p. 87.

[2647] En ce qu'elle permet à l'employeur de prouver avoir mis en œuvre tous les moyens de prévention des risques dans son entreprise.

cause d'exonération pour l'employeur. Elle doit être le garant d'une politique de prévention des risques dans toutes les entreprises.

On comprend ainsi l'importance du rôle que joue l'employeur dans la mise en œuvre de la prévention, et *a fortiori*, de la réparation. Il faut toutefois admettre que la figure de l'employeur moderne s'est complexifiée. L'analyse travailliste tente de prendre acte des changements socio-économiques, en retrouvant le véritable employeur, ou celui qui est responsable du dommage. Cette reconstitution fait appel à de nouvelles notions, comme le co-emploi, ou à un retour aux règles du droit civil, preuve que les deux champs disciplinaires ne cessent de communiquer. L'immunité du salarié confirme cette interaction. Certains salariés bénéficient de l'immunité, en tant que préposé, selon les dispositions du Code civil. Notons toutefois que l'immunité est plus difficile à acquérir pour certains d'entre eux.

Pour conclure, le droit du travail accueille un mécanisme de réparation collective qui doit être rénové. En attendant les décisions politiques qui permettront ce changement, l'analyse travailliste insiste sur le rapport entre l'employeur et le salarié. Prévention, dissuasion et réparation cohabitent pour assurer la force du lien de responsabilité entre le salarié et son employeur.

Conclusion du Titre II

698. Parmi les acteurs de la réparation, nous nous posions deux questions, celle de savoir qui est le juge de la réparation et celle de savoir qui en est le débiteur, en droit du travail.

Concernant le juge de la réparation, c'est bien plus que le juge du travail qui est en quête de reconnaissance, c'est l'ensemble de la justice française qui fait l'objet de critiques, des réformes étant souhaitées. Le contentieux particulier de la réparation du préjudice en droit du travail n'échappe donc pas au débat. Réforme du Conseil de prud'hommes, disparition évoquée des tribunaux des affaires de sécurité sociale, ou introduction d'une action de groupe devant le juge civil, sont autant de réformes qui intéressent directement la réparation du préjudice. Savoir qui est le « *bon juge* » est devenu une étape de l'action en réparation au même titre que la démonstration du préjudice réparable. La distribution du contentieux de l'inaptitude illustre particulièrement les difficultés. Pourtant, derrière ces conflits de compétences, se cache en réalité la volonté de réparer au mieux le préjudice. Qu'il s'agisse de la perte d'emploi suite à une inaptitude, ou de l'admission de l'action de groupe généralisée en droit du travail, le vœu est d'assurer la présence d'un juge pour que tous les préjudices soient réparés.

On retrouve cette même ambition derrière les mécanismes de réparation collective. En assurant la présence d'un débiteur solvable à la victime, ils assurent une indemnisation du préjudice. L'indemnisation collective des accidents du travail et des maladies professionnelles connaît pourtant plusieurs écueils. Alors, « *faut-il démolir l'édifice législatif* »[2648], pour assurer une réparation intégrale ? Avant une démolition, il faut savoir ce qui peut être reconstruit. Si la proposition d'adopter un régime unique d'indemnisation du dommage corporel fondé sur l'idée de solidarité était concrétisée, sans doute l'édifice législatif pourrait disparaître. Mais cette solution suppose de « *repenser l'indemnisation des victimes en termes de droit à indemnisation, et non plus de devoir de réparation* »[2649]. Elle incite aussi à distendre le lien entre la victime et le responsable. Or, la recherche du responsable possède une vertu : faire peser le poids de la réparation sur le véritable auteur

[2648] F. Leduc, « L'œuvre du législateur moderne, vices et vertus des régimes spéciaux », *op. cit*., n° 23.
[2649] Ch. Radé, « Responsabilité et solidarité : propositions pour une nouvelle architecture », *RCA* 2009, dossier 5, n° 13.

du dommage. L'analyse travailliste s'efforce d'ailleurs de rechercher ce lien, en se servant des mécanismes de la responsabilité délictuelle lorsque la figure de l'employeur devient complexe à reconnaître. Le lien de responsabilité entre le salarié et l'employeur demeure, en effet, le principal fondement de la réparation. Suivant les principes civilistes, l'employeur engage sa responsabilité contractuelle, et parfois même sa responsabilité délictuelle, lorsque son préposé a causé un dommage à autrui. En parallèle, le salarié engage sa responsabilité civile contractuelle envers l'employeur en cas de faute lourde et sa responsabilité civile délictuelle envers les tiers, sauf lorsqu'il dispose de l'immunité du préposé prévue à l'article 1242 al. 5 C. civ[2650].

[2650] Anc. art. 1384 al. 5 C. civ.

Conclusion de la Partie II

699. En droit de la responsabilité civile, la fonction punitive n'est plus seulement l'ombre de sa fonction indemnitaire[2651]. La même évolution est très nette en droit du travail. Des dommages-intérêts supérieurs au préjudice subi, des cumuls d'indemnités, des montants forfaitisés, des planchers d'indemnisation sont prononcés par le juge prud'homal et viennent punir l'employeur de certains manquements. Bien que la punition apparaisse « *masquée, théoriquement adossée à la fonction indemnitaire de la responsabilité civile* »[2652], elle donne une véritable valeur punitive à la responsabilité civile de l'employeur.

La réparation cherche, en principe, à restaurer un équilibre entre les intérêts privés. La présence d'une mesure indemnitaire plus élevée que le seul rétablissement de la victime dans ses droits bouscule le schéma classique, dans lequel il appartient à la sanction pénale de punir le comportement. Le constat d'une telle punition en droit du travail témoigne de l'utilisation de la responsabilité civile pour garantir le respect de droits sociaux. La sanction attachée à la norme témoigne de sa valeur, ainsi, le montant de certains forfaits de réparation défendent parfois l'emploi (sanction du travail illicite), ou le statut protecteur de certains salariés (sanction du licenciement illicite d'un représentant du personnel), quand un plancher assez faible (celui d'un mois de salaire en cas de licenciement irrégulier) ne défend que légèrement le respect de la procédure de licenciement. C'est donc autour de cette « *fonction normative particulière jouée par l'indemnisation/punition* » [2653] que se construit le droit de la réparation en droit du travail.

On peut alors regretter que la détermination du juge en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle soit si confuse. Assurer la force du respect de la santé au travail suppose que chacun de ses manquements reçoivent une sanction. Or, l'absence d'un juge unique disperse le contentieux, et oblige à s'intéresser à des questions de procédure plutôt qu'à la réparation intégrale de tous les préjudices subis par le salarié.

[2651] J.-S. Borghetti, « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrice », *op. cit.*, p. 257.
[2652] R. Vatinet, « L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail », *op. cit.*, p. 127.
[2653] *Ibid.*, p. 130.

On peut encore regretter que le barème et le plafond soient aujourd'hui utilisés comme des outils de prévision au service du responsable. Loin d'inciter à la prévention du manquement au contrat ou à la loi, permettre au responsable de prévoir sa condamnation revient à offrir le moyen de provisionner la violation future de la loi.

Qu'il soit réparé par un organisme collectif ou par le responsable, que veut-on faire dire au préjudice réparé ? Il doit signifier la disparition de l'équilibre rompu. Il importe de se concentrer sur la disparition du préjudice, en nature ou en argent, en revenant à la légalité ou en compensant seulement le préjudice. En aucun cas, il n'appartient à la réparation de permettre au responsable d'anticiper les conséquences de son inexécution contractuelle.

CONCLUSION GÉNÉRALE

700. Nos travaux devaient nous mener à la découverte d'éventuelles particularités de la réparation en droit du travail. À l'issue de cette recherche, nous pensons effectivement qu'elle a connu des évolutions distinctes du droit commun, afin de s'adapter au rapport contractuel particulier qui unit l'employeur et le salarié.

701. Le contrat de travail est le support d'un rapport inégal[2654] entre un employeur et un salarié considéré comme la partie faible. Pour compenser cette situation d'infériorité[2655], le droit du travail a été construit autour d'un objectif de protection[2656]. Les procédés techniques que connaît le droit civil ont alors été utilisés pour remédier aux conséquences de la situation d'infériorité du salarié : formalisme protecteur, obligation d'informer, etc. Notre étude prouve que c'est aussi le mécanisme de la responsabilité civile, à travers la mesure de réparation du préjudice, qui a permis de participer à cet élan de protection. À la recherche d'un équilibre entre les parties, le législateur et les juges ont adapté la notion de préjudice et les moyens de la réparation aux besoins de ce rapport contractuel particulier.

[2654] G. Poulain, « Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur », *Dr. soc.* 1981, p. 754, spéc. n° 3 ; A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 68, spéc. p. 69 : le droit du travail est « *un droit de correction* ».

[2655] A. Supiot, *Pourquoi un droit du travail*, *Dr. soc*. 1990, p. 485.

[2656] G. Lyon-Caen, « Divagations sur un adjectif qualificatif », *in Écrits en l'honneur de J. Savatier, Les orientations sociales du droit contemporain,* PUF, Paris, 1992, p. 348 ; A. Supiot, « L'identité professionnelle », *in Les orientations sociales du droit contemporain, Etudes offertes au Professeur J. Savatier, op. cit*., p. 416 ; G. Couturier, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belges*, LGDJ, Paris, 1996, p. 143.

La prise en compte de l'infériorité du salarié passe d'abord par le passage de l'individuel au collectif. La force du groupement doit se substituer à la faiblesse du salarié[2657]. La protection de l'intérêt collectif a justifié une adaptation du caractère personnel du préjudice. On trouve en droit du travail un préjudice à l'intérêt collectif, mais aussi un préjudice moral des personnes morales, à l'instar de celui des organisations syndicales. Notons d'ailleurs que le droit commun a pris acte de ces évolutions, et un champ disciplinaire va même plus loin avec la consécration d'un préjudice écologique pur. Il convient, en droit du travail, de poursuivre cet objectif de protection du préjudice collectif, en admettant une action en défense de l'intérêt collectif par les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. C'est dans cette même logique que les organisations syndicales se voient dotées de la capacité de représenter les salariés en justice. L'inégalité des parties fait craindre que le salarié refuse d'engager une action en justice seul, parce qu'elle est trop chère ou par peur des représailles[2658]. Le Code du travail confie alors aux syndicats un pouvoir de représentation en justice, à travers l'action de substitution. Une fois encore, le droit commun est allé plus loin en créant une véritable action de groupe en droit de la consommation ou en droit médical. Il faut souhaiter qu'une même action de groupe fasse son entrée en droit du travail, et non pas seulement pour lutter contre les discriminations.

C'est aussi la protection de l'état de santé du salarié qui a justifié des aménagements de la réparation du préjudice. Dès 1898, la réparation des accidents du travail a fait l'objet d'un aménagement particulier. La mise en place d'un régime d'indemnisation collective devait permettre au salarié d'obtenir réparation de son préjudice sans avoir à prouver la faute de l'employeur. Le contentieux relatif à la faute inexcusable marque également l'importance de la réparation du préjudice du salarié accidenté. Après une redéfinition de cette faute à la faveur de la victime, les juges prud'homaux et de la sécurité sociale se sont livrés à une surenchère pour prouver leur qualité à réparer tous les préjudices du salarié. Cette nouvelle définition a permis de révéler la présence, dans le contrat de travail, d'une obligation de sécurité. Qualifiée de résultat, elle a permis de considérer toutes les atteintes à la santé du salarié comme une inexécution contractuelle. Allant encore plus loin, les

[2657] A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc*. 1990, p. 71.

[2658] Bien que le droit d'ester en justice soit protégé. La Cour de cassation retient en effet que le droit d'agir en justice du salarié est une liberté fondamentale : V. Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-11740, *Bull. civ*. V, n° 27, *D*. 2013, p. 440 ; *RDT* 2013, p. 630, obs. P. Adam ; *JCP* S 2013.1385, note F. Bousez ; Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-23589, *à paraître*, *JCP* S 2016.1173, note A. Bugada ; tout comme celui de témoigner en justice : V. Cass. soc., 29 octobre 2013, n° 12-22447, *Bull. civ*. V, n° 252, *D.* 2013, p. 2584 ; *JCP* S 2014.1061, note B. Bossu.

juges ont reconnu de véritables préjudices postulés. En admettant que la violation de cette obligation cause « nécessairement » un préjudice, ils faisaient abstraction des qualités du préjudice et le considéraient réparable sans autre élément de preuve à rapporter. D'une manière générale, cette jurisprudence du manquement contractuel, « nécessairement » préjudiciable, a été étendue à d'autres règles du droit du travail, marquant ainsi la faveur accordée au préjudice du salarié. C'est notamment le cas pour les salariés, ayant travaillé dans un établissement inscrit sur la liste des bénéficiaires de l'ACAATA, qui peuvent prétendre à la réparation de leur préjudice d'anxiété de façon automatique.

C'est encore la protection pour l'emploi qui a justifié la reconnaissance de nouveaux préjudices. Que l'on pense à la perte de chance d'être embauché au stade du recrutement, ou au préjudice subi du fait de l'absence de formation professionnelle de la part de l'employeur, ils témoignent de la prise en compte de la victime « salarié » dans le choix de reconnaître ou non un préjudice réparable. La protection contre la perte de l'emploi a, quant à elle, incité le juge et le législateur à reconnaître davantage de cas de nullités du licenciement et à prononcer la réintégration du salarié. Cette remise en l'état en nature n'a plus pour fonction de réparer, mais participe bien de la protection du salarié contre le licenciement et plaide le retour à la légalité. En revanche, lorsque la perte d'emploi est consommée et irrévocable, elle cause divers préjudices, auxquels l'analyse travailliste tente d'offrir un débiteur solvable. À l'appui du coemploi ou d'un retour à la responsabilité délictuelle de certains tiers au contrat de travail, la figure de l'employeur est recomposée de façon à assurer la présence d'un débiteur solvable et responsable.

Enfin, le salarié bénéficie d'une certaine protection contre sa propre responsabilité civile. En retenant une stricte définition de la faute lourde, les juges n'admettent que rarement le préjudice réparable de l'employeur, et protègent le salarié de sa responsabilité personnelle envers l'employeur. Les règles du Code civil relatives à la responsabilité du commettant du fait de ses préposés, quant à elles, le protègent de sa responsabilité envers les tiers.

702. Les aménagements ainsi constatés au profit de la réparation du préjudice du salarié interrogent. Cette volonté de protéger la partie faible au contrat ne masquerait-elle pas aussi la volonté de punir le responsable ? La présence de certains planchers de réparation – six mois de salaire dans certains cas de licenciements sans cause réelle et sérieuse –, la condamnation à des indemnités forfaitaires – en cas de nullité du licenciement d'un représentant du personnel par exemple –, ou encore le cumul de certaines indemnités,

illustrent, en effet, une appréciation de la réparation déconnectée de la réalité du préjudice. La dimension économique de la réparation prend la forme d'une dissuasion par l'argent, comme si elle devait inciter l'employeur à respecter ses obligations. Les dommages-intérêts compensatoires sont artificiellement augmentés de façon à traduire l'idée de peine privée[2659]. En offrant une protection renforcée à certains droits subjectifs du salarié, grâce à une majoration de la réparation, la jurisprudence travailliste participe à l'émergence des dommages-intérêts punitifs[2660] en droit civil français.

703. C'est donc la prise en considération de la situation d'infériorité du salarié qui explique que la réparation du préjudice ait été adaptée aux besoins du rapport contractuel salarié. Ces solutions participent d'une conception du droit du travail orientée vers la protection. Or, celle-ci est aujourd'hui, en partie, remise en cause. C'est un nouvel équilibre qui est recherché, non plus celui entre deux contractants, mais celui entre « *le social et l'économique* »[2661], entre « *la liberté donnée à l'entreprise, la flexibilité dans la gestion de l'emploi, d'un côté, et la protection des salariés contre le licenciement, de l'autre* »[2662], entre « *la réduction des mécanismes de protection du rapport de travail et le renforcement de la stabilité sur le marché du travail* »[2663]. L'analyse travailliste connaît ainsi certaines corrections pour atteindre ce nouvel équilibre.

L'on peut observer une mobilisation de la technique contractuelle au service d'une « flexibilisation », au niveau individuel et collectif. Le contrat individuel est désormais pourvu de diverses clauses relatives à des obligations particulières au salarié : non-concurrence, dédit formation, exclusivité, mobilité… L'accord collectif, quant à lui, n'est plus exclusivement perçu comme une des sources du statut protecteur du salarié susceptible de compenser son infériorité contractuelle. La négociation collective sert, désormais, à adapter les conditions d'emploi et de travail aux besoins socio-économiques de l'entreprise et permet de déroger aux prescriptions légales. L'enjeu affiché est celui de

---

[2659] S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit*., n° 197. Pour l'auteur, les juges « *agissent sous le manteau* » pour prononcer des pénalités plus lourdes que le dommage.

[2660] À l'instar du droit de la propriété intellectuelle et la sanction de la lutte contre la contrefaçon, V. les art. L. 331-1-3, L. 521-7, L. 615-7 et L. 716-14 CPI.

[2661] G. Spyropoulos, « Le droit du travail à la recherche d'un nouvel équilibre entre le social et l'économique : réflexions en marge d'un congrès », *Dr. soc*. 1992, p. 259.

[2662] P. Lokiec et S. Robin-Olivier, « Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi », *RDT* 2006, p. 48 ; V. aussi, D. Méda, « Flexicurité : quel équilibre entre flexibilité et sécurité ? », *Dr.soc.* 2009, p. 763 ; et v. déjà, B. Boubli, « À propos de la flexibilité de l'emploi : vers la fin du droit du travail ? », *Dr. soc.* 1985, p. 239.

[2663] T. Treu et A. Fiorentino, « Réforme », *RDT* 2012, p. 172.

protéger l'emploi ; juridiquement, il s'agit d'utiliser le contrat collectif pour obtenir le consentement[2664] à des sacrifices[2665].

La réparation du préjudice n'échappe pas à cette nouvelle priorité. Elle doit, elle aussi, permettre de protéger l'emploi et non plus seulement le salarié. Une protection excessive de ce dernier pourrait en effet nuire à l'emploi. Au cœur de la critique sont visées les règles de protection contre le licenciement. Trop rigoureux, trop cher, le droit du licenciement décourage à l'embauche, incite à la conclusion de contrats précaires et participe à l'augmentation du chômage. Il faut donc sécuriser le contentieux du licenciement en admettant des barèmes impératifs d'indemnisation et des montants forfaitisés, ou en supprimant les planchers de réparation. Or, l'idée de « sécurisation » doit-elle valoir pour les conséquences d'un comportement fautif [2666] ? Bien que le projet de barèmisation des indemnités de licenciement semble abandonné, il « *demeure dans les débats une conception du licenciement bien éloignée de celle de la réforme de 1973 […] : on parle de "provisionner les licenciements", parce que le licenciement est vu comme un instrument de gestion de l'entreprise et les effectifs, donc les salariés, comme des variables d'ajustement* »[2667].

Le « *tout pour l'emploi* »[2668] domine et fait peser une menace sur les garanties qui avaient été progressivement établies en droit du travail. Le revirement de jurisprudence concernant les préjudices « nécessairement » causés en témoigne. La condamnation automatique à des dommages-intérêts illustraient l'aménagement des règles civilistes au profit d'une protection du salarié, mais aussi de la punition du contractant défaillant, automatiquement condamné à réparer un préjudice. En supprimant cette jurisprudence, les juges de la Cour de cassation[2669] enterrent une spécificité travailliste et appellent à un retour à l'orthodoxie civiliste.

[2664] M. Fabre-Magnan, « Le forçage du consentement du salarié », *Dr. ouvr*. 2012, p. 459.
[2665] Des sacrifices sur le plan pécuniaire : diminuer le temps de travail avec la baisse corrélative de salaires ou au contraire, augmenter le temps de travail sans augmenter les salaires, diminuer la majoration des heures supplémentaires, … mais aussi des sacrifices sur les conditions de travail : travail de nuit, travail le dimanche, …
[2666] M. Bonnechère, « Où va le droit du travail ? », *Dr. ouvr*., 2016, p. 315, spéc., p. 328.
[2667] *Ibid*.
[2668] G. Couturier, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », *op. cit*., p. 164.
[2669] Cass. soc., 13 avril 2016, n° 14-28293, préc. et Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19702, préc.

704. Cet appel au droit civil nous permet de conclure en rappelant que le propre de la réparation est de permettre un retour à la situation telle qu'elle aurait été si le dommage ne s'était pas produit.

Autrement dit, la réparation ne doit pas punir. Cette mission appartient à la responsabilité pénale ou aux dommages-intérêts punitifs, si la volonté politique de les créer s'exprime. L'instrumentalisation de la réparation du préjudice en droit du travail traduit, à cet égard, un dévoiement qui mérite une réponse politique.

La réparation ne doit pas non plus prévenir le dommage. Elle prend acte d'un préjudice passé qu'elle efface. Elle n'anticipe pas. Elle ne doit donc pas permettre au responsable de prévoir le calcul du bénéfice de son comportement fautif.

Enfin, la réparation est un mécanisme de protection contre le préjudice subi. Il n'est donc pas étonnant que ce mécanisme protège la victime, y compris le salarié en droit du travail. Il reste à savoir si ces règles de protection spécifiques au droit du travail ont véritablement un *effet pervers* sur l'emploi[2670].

[2670] Sur cette question, V. not. O. Blanchard et J. Tirole (sous la dir.), *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation française, 2003 ; P. Cahuc et A. Zylberberg, *Le chômage, fatalité ou nécessité ?*, Flammarion, Paris, 2004.

INDEX

Les numéros de cet index renvoient aux pages

Accidents du travail et maladies professionnelles, 13
  indemnisation forfaitaire, 330
  licenciement nul, 290

Action en réparation
  action de groupe, 416, 421, 425
  action des représentants du personnel, 116
  action syndicale, 109, 419

Amiante
  allocation de cessation anticipée d'activité, 298
  faute inexcusable, 221
  fonds d'indemnisation, 435
  juge compétent, 386
  préjudice d'anxiété, 158
  prescription, 189

Assurance, 156, 440

Cessation de l'illicite, 29, 112, 254, 409
  action de groupe, 423

Clause
  de dédit-formation, 353
  de garantie d'emploi, 354
  de garantie d'emploi, 339
  de non concurrence, 171
  de non-concurrence, 100, 352
  d'exonération, 184
  pénale, 347, 351, 356, 359, 363

Compétence juridictionnelle, 395, 462
  conseil de prud'hommes, 385, 389
  juge des référés, 408
  représentants du personnel, 403, 405
  tribunal administratif, 397, 402
  tribunal correctionnel, 413
  tribunal de grande instance, 415, 416
  tribunal des affaires de sécurité sociale, 389, 392

Dommage, 62, 135, 252
  corporel, 247, 282, 322, 383, 389, 464
  de masse, 426
  distinction du préjudice, 20
  perte d'emploi, 82, 290, 393, 461
  perte d'emploi injustifiée, 82
  perte d'emploi justifiée, 86

Évaluation du préjudice
  barème, 316, 318, 323, 326
  dans le temps, 288
  forfait d'indemnisation, 330, 333, 338
  forfait d'indemnisation (critiques), 334
  indemnisation forfaitaire, 341, 347
  plafond d'indemnisation, 311, 329
  plancher d'indemnisation, 366, 371
  pouvoir souverain des juges du fond, 278, 280, 364

Exécution forcée, 25, 254

Faute
  et droit de grève, 198, 213
  inexcusable, 219, 220, 223, 229
  intentionnelle, 204, 208
  lourde, 60, 202, 206, 215
  non intentionnelle, 203

Immunité de l'employeur, 199

Immunité du salarié, 196, 198, 468
  médecin du travail, 474
  représentant du personnel, 472

Indemnisation, 34
  AGS, 446
  assurance obligatoire, 440
  collective, 432
  des accidents de la circulation, 441

fonds d'indemnisation, 434
obstacle économique, 446
solidarité, 41, 432, 444

Indemnité, 35
compensatrice de préavis, 37
contractuelle de licenciement, 357
conventionnelle de licenciement, 355
cumul, 292, 294, 299
de départ volontaire, 94
de licenciement sans cause réelle et sérieuse, 371
de précarité, 39
de rupture conventionnelle, 93

Licenciement
irrégulier, 83
nullité, 83, 256, 261, 372
nulllité, 38
représentant du personnel, 293, 342
sans cause réelle et sérieuse, 83, 141, 271, 313, 367

Nomenclature de préjudices, 23, 283

Nullité, 31
du licenciement, 255
d'une sanction, 255
nullité du licenciement, 32

Obligation
- d'information, 70, 72
de moyens, 150
de résultat, 145, 150
de sécurité, 106, 144, 226, 341
d'information, 167

Peine privée, 27, 157, 177, 182, 344, 369, 477
dommages-intérêts punitifs, 301, 304

Perte d’emploi
conséquences pécuniaires, 290

Perte de chance, 67
risque de dommage, 77, 79

Postulat de préjudice réparable, 165
protection des droits subjectifs, 166
punition de certains comportements, 171

Préjudice
à l'intérêt collectif, 107, 109, 116
certain, 65, 217
collectif, 121
d'anxiété, 158, 163
distinction du dommage, 20
écologique, 247
légitime, 47
moral des personnes morales, 288
notion, 22, 42
personnel, 97
postulé, 166, 169
préjudice réparable, 43, 45
prévisible, 55
réfléchi, 97
réparable, 127

Prescription, 185, 189, 190

Présomption
de dommage, 135
de préjudice réparable, 131, 138, 140, 147, 160
du lien de causalité, 133

Prévention, 33, 155, 298, 448, 478
obligation de, 154

Réintégration, 257, 259, 271

Réparation, 237
définition, 18, 42
en nature, 237, 251, 268, 271, 274
intégrale, 241, 242
par équivalent, 238
pécuniaire, 237, 275, 292

Représentants du personnel
Capacité d'ester en justice, 116
licenciement nul, 293

Requalification du contrat de travail, 190, 261, 269
reconstitution de carrière, 192
reprise de l'ancienneté, 193

Responsabilité
civile, 15, 19
pénale, 19
responsabilité de l'employeur, 451
responsabilité délictuelle, 459
responsabilité du co-employeur, 455
responsabilité du groupe, 454, 463
Responsabilité du salarié, 196, 202

Santé du salarié, 297, 412

Travail illicite, 339

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux, traités et manuels

Angevin (H.) et Decocq (A.), (sous la dir.), *JCl. Procédure pénale*.

Aubin (G.) et Bouveresse (J.), *Introduction historique au droit du travail*, PUF, 1995.

Aubry (Ch.) et Rau (Ch.), *Droit civil français, t. VI, Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile*, 7ème édition, P. Esmein et A. Ponsard (sous la dir.), Librairies Techniques, Paris, 1975.

Auzero (G.) et Dockès (E.), *Droit du travail*, 30ème éd., Dalloz, Paris, 2015.

Auzero (G.), Dockès (E.) et Pélissier (J.), *Droit du travail*, 27ème éd., Dalloz, 2013.

Bacache-Gibeili (M.), *Les obligations, La responsabilité extracontractuelle*, 3ème éd., Economica, Paris, 2016.

Bénabent (A.), *Droit civil, Les obligations*, 14ème éd., Montchrestien, Paris, 2014.

Bejui-Hugues (H.) et Bessières-Roques (I.), *Précis d'évaluation du dommage corporel*, L'Argus de l'assurance, Paris, 5ème éd., 2013.

Bossu (B.), Dumont (F.) et Verkindt (P.-Y.), *Droit du travail*, 3ème ed., Montchrestien, Paris, 2011.

Bouvier-Ajam (M.), *Histoire du travail en France depuis la Révolution*, LGDJ, Paris, 1969.

Brun (A.) et Galland (H.), *Traité de droit du travail, t. 2. Les rapports collectifs de travail*, 2ème éd., Sirey, Paris, 1977.

Brun (Ph.) (sous la dir.), *Droit de la responsabilité*¸ Lamy Droit civil.

Brun (Ph.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3ème éd., Lexis Nexis, Paris, 2014.

Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (Th.) (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 6ème éd., Dalloz, Paris, 2000.

Cabrillac (R.) (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 22ème éd., Dalloz, Paris, 2016.

Cadiet (L.) et Jeuland (E.), *Droit judiciaire privé*, 8ème éd., LexisNexis, Paris, 2013.

Calais-Auloy (J.) et Temple (H.), *Droit de la consommation*, 9ème éd., Dalloz, Paris, 2015.

Camerlynck (G.-H.) (sous la dir.), *Traité de droit du travail*, t. 4, Dalloz, 1980.

Carbonnier (J.), *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 22ème éd., PUF, Paris, 2001.

Caron (J.-C.), La France de 1815 à 1848, A. Colin, Cursus, Histoire, Paris, 2ème éd., 2002

Catala (P.) et Simler (Ph.), *JCl. Civil Code, Art. 1382 à 1386*.

Cayrol (N.) (sous la dir.), *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, Paris, 2016.

Chabas (F.), *Le droit des accidents de la circulation après la réforme du 5 juillet 1985*, Litec, Paris, 1988.

Chartier (Y.) *La réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, 1983.

Coeuret (A.), Gauriau (B.) et Miné (M.), *Droit du travail*, 3ème éd., Sirey, 2013.

Cornu (G.) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 11ème éd., « Quadrige », PUF, Paris, 2016.

Couturier (G.), *Droit du travail*, 3ème éd., PUF, Paris, 1996.

Demogue (R.), *Traité de droit des obligations*, t. II, Rousseau, Paris, 1923.

Dissaux (N.) et Jamin (Ch.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire articles par articles, Dalloz, Paris, 2015.

Durand (P.) et Vitu (A.),

- *Traité de droit du travail*, t. 1 Dalloz, Paris, 1950-1956.
- *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, Paris, 1950.

Dupays (A.), (sous la dir.), *Lamy social*.

Dupeyroux (J.-J.), Borgetto (M.), Lafore (R.), *Droit de la sécurité sociale*, 18ème éd., Dalloz, 2015.

Dymant (M.), (sous la dir.), *JCl. Encyclopédie des Huissiers de Justice*.

Eliashberg (C.), *Responsabilité civile et assurances de responsabilité civile*, 3ème éd., L'argus Éditions, Paris, 1997.

Etiennot (P.) et (A.), *Droit du travail*, Ellipses, Paris, 2015.

Ewald (F.), Lorenzi (J.-H.) (sous la dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, Paris, 1998.

Fabre-Magnan (M.),

- *Droit des obligations – 1. Contrat et engagement unilatéral*, 3ème éd., PUF, Paris, 2012.
- *Droit des obligations – 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3ème éd., PUF, Paris, 2013.

Fages (B.), (sous la dir.), *Lamy droit des contrats*.

Favennec-Héry (F.) et Verkindt (P.-Y.), *Droit du travail*, 5ème éd., LGDJ, Paris, 2016.

Favre Rochex (A.) et Courtieu (G.), *Le droit des assurances obligatoires*, LGDJ, Paris, 2000.

Ferrand (F.), *Droit privé allemand*, Dalloz, Paris, 1997.

Flour (J.), Aubert (J.-L.) et Savaux (E.),

- *Droit civil, Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, 14ème éd., Armand Colin, Paris, 2011.
- *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligations*, 9ème éd., Dalloz, Paris, 2015.

Gaudemet (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, Paris, 1937.

Gaudu (F.) et Vatinet (R.), *Traité des contrats. Les contrats du travail*, LGDJ, Paris, 2001.

Ghestin (J.), Billiau (M.) et Loiseau (G.), *Traité de droit civil*, (sous la dir. de J. Ghestin) – *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, Paris, 2005.

Ghestin (J.), Loiseau (G.) et Serinet (Y.-M.),

- *Traité de droit civil*, (sous la dir. de J. Ghestin) – *La formation du contrat. Tome 1. Le contrat - le consentement*, 4ème éd., LGDJ, Paris, 2013.
- *Traité de droit civil*, (sous la dir. de J. Ghestin) – *La formation du contrat. Tome 2. L'objet et la cause - les nullités*, 4ème édition, LGDJ, Paris, 2013.

Groutel (H.), *Le droit à indemnisation des victimes d'un accident de la circulation*, L'assurance française, Paris, 1987.

Guinchard (S.), Chainais (C.) et Ferrand (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, 30ème éd., Dalloz, Paris, 2010.

Guinchard (S.), (sous la dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, Paris, 2014.

Guinchard (S.), (sous la dir.), *Rép. Dalloz Procédure civile*.

Guyot-Petyt (T.), (sous la dir.), *Lamy Protection sociale*.

Halperain (J.), Histoire du droit privé français depuis 1804, PUF, 2001.

Héron (J.) et Le Bars (T.), *Droit judiciaire privé*, 6ème éd., Montchrestien, 2015.

Huet (J.), Decocq (G.) Lécuyer (H.) et Grimaldi (C.), *Traité de droit civil*, (sous la dir. de J. Ghestin) – *Les principaux contrats spéciaux*, 3ème éd., LGDJ, Paris, 2012.

Jamin (Ch.), (sous la dir.), *Droit et économie du contrat*, LGDJ, Paris, 2008.

Josserand (L.), *Cours de droit civil français, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil*, t. II, Sirey, 1939.

Jourdain (P.), *Les principes de la responsabilité civile*, 9ème éd., Dalloz, Paris, 2014.

Kessler (F.), *Droit de la protection sociale*, 5ème éd., Dalloz, Paris, 2014.

Lalande (A.) (sous la dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 2010.

Lambert-Faivre (Y.) et Leveneur (L.), *Droit des assurances*, 13ème éd., Dalloz, Paris, 2011.

Lambert-Faivre (Y.) et Porchy-Simon (S.), *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisations*, 7ème éd., Dalloz, Paris, 2012.

Le Tourneau (Ph.), Bloch (C.), Guettier (Ch.), Giudicelli (A.), Julien (J.), Krajeski (D.), Poumarède (M.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10ème éd., Dalloz action, 2014.

Leveneur (L.), (sous la dir.), *JCl. Contrats distribution*.

Lokiec (P.),

- *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris, 2011.
- *Droit du travail, t. 2, Les relations collectives de travail*, PUF, Paris, 2011.

Lyon-Caen (A.), (sous la dir.), *Répertoire Dalloz Droit du travail*.

Malaurie (Ph)., Aynès (L.) et Stoffel-Munck (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, 7ème éd., Defrénois, Paris, 2015.

Malinvaud (Ph.), Fenouillet (D.) et Mekki (M.), *Droit des obligations*, 13ème éd., LexisNexis, Paris, 2014.

Marty (G.) et Raynaud (P.), *Droit civil – Les obligations, t. 1. Les sources*, Sirey, Paris, 1988.

Mayaud (Y.), *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*.

Mazeaud (H. et L.) et Tunc (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, III, 6ème éd. refondue, Montchrestien, Paris, 1970.

Mazeaud (H. L. et J.) et Chabas (F.), *Leçons de droit civil, t. II, 1er vol. Obligations, théorie générale*, 7ème éd., Montchrestien, Paris, 1986.

Mazeaud (H. L. et J.) et Chabas (F.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 6ème éd., 1978, Montchrestien, Paris, 1978.

Mazeaud (D.), (sous la dir.), *Lamy droit de la responsabilité*.

Mazeaud (A.), *Droit du travail*, 9ème éd., Domat, LGDJ, Paris, 2014.

Merle (R.) et Vitu (A.), *Traité de droit criminel - tome 2. Procédure pénale*, 5ème éd., Cujas, Paris, 2001.

Morvan (P.), *Droit de la protection sociale*, 7ème éd., LexisNexis, Paris, 2015.

Perelman (Ch.) et Vander Elst (R.) (sous la dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984.

Perrot (R.), (sous la dir.), *JCl. Procédure civile*.

Peskine (E.) et Wolmark (C.), *Droit du travail 2016*, 10ème éd., Hyper Cours, Dalloz, Paris, 2015.

Petit (H.) , Thévenot (N.) (sous la dir.), *Les nouvelles frontières du travail subordonné, Approche pluridisciplinaire*, La découverte, 2006.

Picod (Y.), *Droit de la consommation*, 3ème éd., Sirey, Paris, 2015.

Planiol (M.) et Ripert (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil français*, t. VI, Les obligations, 2ème éd., LGDJ, Paris, 1952.

Pothier (R.-J.), *Traité des obligations*, tome I, nouvelle édition, P. Didot l'ainé, Paris, 1830.

Pradel (J.), *Droit pénal général*, 17ème éd., Cujas, Paris, 2008/2009.

Prétot (X.), (sous la dir.), *JCl. Protection sociale Traité*.

Prétot (X.), *Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale*, 13ème éd., Dalloz, Paris, 2011.

Ray (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant 2016*, 24ème éd., Éd. Liaisons, Paris, 2015.

Rochfeld (J.), *Les grandes notions du droit privé*, 2ème éd., PUF, Paris, 2013.

Roland (H.) et Boyer (L.), *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, Paris, 1999.

Saint-Jours (Y.), *Traité de Sécurité sociale¸ t. III : Les accidents du travail*, LGDJ, Paris, 1982.

Savatier (J.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, Paris, 2004.

Savatier (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2ème éd., Dalloz, Paris, 1952.

Savaux (E.), (sous la dir.), *Répertoire Dalloz Droit civil*.

Sériaux (A.), *Manuel de droit des obligations*, 2ème éd., PUF, Paris, 2014.

Solus (H.) et Perrot (R.), *Droit judiciaire privé*, t. 1, Sirey, Paris, 1961.

Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.), *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, 6ème éd., Litec, Paris, 1998.

Terré (F.), *Introduction générale au droit*, 10ème éd., Dalloz, Paris, 2015.

Terré (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.), *Droit civil – Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, Paris, 2013.

Teyssié (B.), (sous la dir.), *JCl. Travail Traité*.

Teyssié (B.), Cesaro (J.-F.) et Martinon (A.), *Droit du travail – Relations individuelles*, 3ème éd., LexisNexis, Paris, 2014.

Verdier (J.-M.), *Syndicat et droit syndical*, vol. 2, Dalloz, 1984.

Viney (G.), *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation*, LGDJ, Paris, 1992.

Viney (G.), *Traité de droit civil* (sous la dir. de J. Ghestin) – *Introduction à la responsabilité civile*, 3ème éd., LGDJ, Paris, 2008.

Viney (G.), Jourdain (P.), *Traité de droit civil* (sous la dir. de J. Ghestin) – *Les conditions de la responsabilité*, 4ème éd., LGDJ, Paris, 2013.

Viney (G.) et Jourdain (P.), *Traité de droit civil* (sous la dir. de J. Ghestin) – *Les effets de la* responsabilité, 3ème éd., LGDJ, Paris, 2011.

Mélanges

Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à M. Ancel, t. I : *Études de droit privé, de droit public et de droit comparé,* Pedone, Paris, 1975.

Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz, Paris, 2005.

Mélanges Bolze, Éthique, Droit et Dignité de la personne, Économica, Paris, 1999.

Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, La création du droit jurisprudentiel, Dalloz, Paris, 2007.

Études de droit offertes à André Brun, Librairie sociale et économique, Paris, 1974.

La procédure en tous ses états - Mélanges en l'honneur de Jean Buffet, LGDJ, Paris, 2004.

Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, Dalloz, Paris, 2004.

Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Litec, Paris, 2001.

Mélanges en l'honneur du Professeur P. Le Cannu, Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, Dalloz, Paris, 2014

Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant, Dalloz, Paris, 1939.

Écrits en hommage à Gérard Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique, PUF, Paris, 1995.

Mélanges R. O. Dalcq Responsabilités et assurances, Larguier, Bruxelles, 1994.

Mélanges dédiés au président Michel Despax, Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002.

Mélanges offert à Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, Paris, 2000.

Hommage en l'honneur de Grégoire Forest, Dalloz, Paris, 2014.

Études J. Ghestin, Le contrat au début du XXème siècle, LGDJ, Paris, 2001.

Autour de Michelle Gobert, Ruptures, mouvements et continuité du droit, Économica, Paris, 2004.

Mélanges H. Groutel, Responsabilité civile et assurances, Litec, Paris, 2006.

Études offertes à P. Kaiser, PU Aix-Marseille, 1979.

Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à M. Laborde-Lacoste, éd. Bière, Bordeaux, 1963.

Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert, Droit et économie de l'assurance et de la santé, Dalloz, Paris, 2002.

Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003.

Liber amicorum P. Lucas, Le dommage corporel et l'expertise, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2009.

Mélanges G. Lyon-Caen, Les transformations du droit du travail, Dalloz, Paris, 1989.

Mélanges C. Mouly, Litec, Paris, 1998.

Études offertes à J. Pélissier, Analyse juridique et valeurs en Droit social, Dalloz, Paris, 2004.

Mélanges P. Raynaux, Dalloz, Paris, 1985.

Mélanges G. Ripert, Le Droit privé français au milieu du XXème siècle: Études générales, t. II, LGDJ, Paris, 1950.

Mélanges offerts à R. Savatier, Dalloz, Paris, 1964.

Écrits en l'honneur de J. Savatier, Les orientations sociales du droit contemporain, PUF, Paris, 1992.

Mélanges en l'honneur d'Y. Serra, Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Dalloz, Paris, 2005.

Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau, Dalloz, Paris, 2008.

Études offertes à Geneviève Viney, LGDJ, Paris, 2008.

Mélanges offerts à M. le Professeur Voirin, LGDJ, Paris, 1966.

Mélanges G. Wiederkehr, De code en code, Dalloz, Paris, 2009.

Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

Adam (P.), *L'individualisation du droit du travail*, LGDJ, Paris, 2005.

Adam (P.) et Bilheran (A.), *La prévention des risques psychosociaux en entreprise*, Armand Colin, Paris, 2011.

Aristote, *Éthique à Nicomaque*, livre V, in Bodéüs (R.) (sous la dir.), *Œuvres : éthiques, politique, rhétorique, poétique, métaphysique*, Gallimard, Paris, 2014.

Azar-Baud (M.-J.), *Les actions collectives en droit de la consommation. Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Dalloz, Paris, 2013.

Babin (M.), *Santé et sécurité au travail*, Lamy Axe droit, Paris, 2011.

Bandrac (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, LGDJ, Paris, 1996.

Baraduc (E.), Heuzé (V.), Bernier (C.), *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, Paris, 2008.

Bardelli (P.) et Allouche (J.), (sous la dir.), *La souffrance au travail - quelle responsabilité de l'entreprise ?*, Armand Colin, Paris, 2012.

Barthmanabane (P.), *L'abus du droit syndical*, LGDJ, Paris, 1993.

Bascoulergue (A.), *Les caractères du préjudice réparable, – Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, PU Aix-Marseille, 2014.

Baudelot (Ch.), Bessière (C.), Gollac (M.), Coutant (I.), Godechot (O.), *Travailler pour être heureux ? : le bonheur et le travail en France*, Fayard, Paris, 2003.

Baugard (D.), *La sanction de requalification en droit du travail*, IRJS Éditions, Paris, 2011.

de Béchillon (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997.

Beck (U.), *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, éd. Aubier, coll. Alto, Paris, 2001.

Bellissent (J.), *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, Paris, 2001.

Bénabent (A.), *La chance et le droit*, LGDJ, Paris, 1973.

Benoît-Renaudin (C.), *La responsabilité du préposé*, LGDJ, Paris, 2010.

Bertrand (F.), *L'opposabilité du contrat aux tiers*, Th. dactyl., Paris II, 1979.

Billiard (I.), *Santé mentale et travail, l'émergence de la psychopathologie du travail*, La Dispute, Paris, 2001.

Bizeur (F.), *L'information du salarié dans les relations individuelles de travail*, Th. dactyl., Lille II, 2013.

Blatman (M.), Verkindt (P.-Y.) et Bourgeot (S.), *L'état de santé du salarié*, Liaisons, Paris, 2014.

Bloch (C.),

- *L'obligation contractuelle de sécurité*, PU Aix-Marseille, 2002.
- *La cessation de l'illicite*, Dalloz, Paris, 2008.

Bloch (L.), *L'exonération en droit de la responsabilité civile*¸ Th. dactyl., Bordeaux, 2003.

Boldt (G.), Durand (P.), Horion (P.), Kayser (A.), Mengoni (L.), Molenaar (A. N.), *La protection des travailleurs en cas de perte d'emploi*, Services des publications des Communautés européennes, Luxembourg, 1961.

Bonfils (Ph.), *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, PU Aix-Marseille, 2000.

Boré (L.), *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, Paris, 1997.

Boskovic (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2003.

Bossu (B.), *La remise en l'état en droit du travail*, Th. dactyl., Lille 2, 1993.

Bouny (M.), *L'obligation d'informer le salarié à la charge de l'employeur*, Th. dactyl., Paris I, 2013.

Bourg (D.) et Schlegel (J.-L.), *Parer aux risques de demain, le principe de précaution*, Seuil, Paris, 2001.

Bourgeot (S.), *L'état de santé du salarié*, Éd. Liaisons, 2ème éd. Paris, 2009.

Boutonnet (M.), *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, Paris, 2005.

Bréchon-Moulènes (Ch.), *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, Paris, 1974.

Buzzi (S.), Devinck (J.-C.) et Rosental (P.-A.), *La santé au travail 1880-2006*, La Découverte, Paris, 2006.

Cadiet (L.), *Le préjudice d'agrément*, Th. dactyl., Poitiers, 1983.

Canut (F.), *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, Paris, 2007.

Caron (J.-C.), *La France de 1815 à 1848*¸ A. Colin, Paris, 2002.

Carval (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Paris, 1995.

Chabas (F.), *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation*, LGDJ, Paris, 1967.

Chainais (C.) et Fenouillet (D.) (sous la dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, Vol. 1, Dalloz, Paris, 2012.

Chaput (Y.) (sous la dir.), *La sanction : la lecture des économistes et des juristes*, Bruylant, Bruxelles, 2011.

Courbe (P.) (sous la dir.), *Les désordres de la prescription*¸ Publications de l'Université de Rouen, 2000.

Coutant-Lapalus (C.) *Le principe de la réparation intégrale*, PU Aix-Marseille, 2002.

Crest (M.), *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie* générale, PU Aix-Marseille, 2013.

Cretaux (I.), *Questions juridiques liées à l'évaluation du dommage écologique*, Th. dactyl., Paris I, 1998.

Dabin (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 2007.

Dang-Vu (V.), *L'indemnisation du préjudice corporel*, 3e éd., L'Harmattan, Paris, 2010.

Dedessus-Le-Moustier (N.) et Douguet (F.) (coord.), *La santé au travail à l'épreuve des nouveaux risques?*, Lavoisier, Paris, 2010.

Dejan de la Bâtie (N.), *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, Paris, 1965.

Demogue (R.), *Les notions fondamentales du Droit privé. Essai critique*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, Paris, 1911.

Descamps (O.), *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, LGDJ, Paris, 2005.

Desmarez (J.), *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*, LGDJ, Paris, 1967.

Dirringer (J.), Dockès (E.), Etiévant (G.), Le Moal (P.) et Mangenot (M.), *Le Code du travail en sursis ?*, Syllepse, Paris, 2015.

Dragu (R.), *De l'exécution en nature des contrats*, F. Loviton, Paris, 1936.

Dubuisson (B.) et Jourdain (P.) (sous la dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Études de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2015.

Duclos (J.), *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ, Paris, 1984.

Dupichot (J.), *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, LGDJ, Paris, 1969.

Dupré-Dallemagne (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation)*, PU Aix-Marseille, 2004.

Engel (L.), *La responsabilité en crise*, Hachette, Paris, 1995.

Ewald (F.), *L'État providence*, Grasset, Paris, 1986.

Fabre-Magnan (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 1992.

Faure-Abbad (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'exécution du contrat)*, LGDJ, Paris, 2003.

Farmond (J.), *Du caractère forfaitaire des indemnités allouées en vertu de la loi du 9 avril 1898*, A. Rousseau, Paris, 1914.

Fleury-Le Gros (P.) (sous la dir.), *Le temps et le droit*, LexisNexis, Paris, 2010.

Fontaine (M.) et Viney (G.), (sous la dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 2001.

Forest (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, Paris, 2012.

Frossard (J.), *La distinction des obligations de moyens et de résultat*, LGDJ, Paris, 1965.

Fouillée (A.), *Le socialisme et la sociologie réformiste*, Félix Alcan, Paris, 1909.

Gaillard (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Économica, Paris, 1985.

Gaudu (F.) et Vatinet (R.), *Les contrats de travail*, LGDJ, Paris, 2001.

Gauriau (B.), *La nullité du licenciement*, Th. dactyl., Paris I, 1992.

Géa (F.), *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle - Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, LGDJ, Paris, 2009.

Gérard (Ph)., Ost (F.), Van de Kerchove (M.) (sous la dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publication des Facultés universitaire Saint-Louis Bruxelles, 2000.

Ghafourian (A.), *Faute lourde, faute inexcusable et dol en droit français*, Th. dactyl., Paris II, 1977.

Ghestin (J.) et Fontaine (M.) (sous la dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Paris, 1996.

Giddens (A.), *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan, Paris, 2001.

Godard (O.) (sous la dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Maisons des sciences de l'homme, Paris, 1997.

Gout (O.), *Le juge et l'annulation du contrat*, PU Aix-Marseille, 1999.

Grare (C.), *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, Paris, 2005.

Grayot (S.), *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, LGDJ, Paris, 2009.

Grévy (M.), *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, Paris, 2002.

Grosser (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat, essai de classification*, Th. dactyl., Paris I, 2000.

G'Sell (F.), *Recherches sur la causalité dans le droit de la responsabilité civile*, Th. dactyl., Paris I, 2005.

Guégan-Lécuyer (A.), *Dommages de masse et responsabilité civile*, LGDJ, Paris, 2006.

Guelfucci-Thibierge (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992.

Guérini (M.), *Le juge et l'obligation de reclassement*, Th. dactyl., Aix-Marseille, 2001.

Guidon (M.), *Le préjudice esthétique*, Th. dactyl., Univ. Paris I, 1997.

Gurvitch (G.), *La déclaration des droits sociaux*, Dalloz, Paris, 2009.

Henry (E.), *Amiante, un scandale improbable. Sociologie d'un problème public*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2007.

Huet (J.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse Paris II, 1978.

Hugueney (L.), *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse Dijon, 1904.

Igalens (J.), (sous la dir.), *Tous responsables*, Éditions d'Organisations, Paris, 2004.

Jaillet (R.), *La faute inexcusable en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle*, LGDJ, Paris, 1980.

Jankelevitch (W.), *Traité des vertus*, Bordas, Paris, 1949.

Japiot (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, A. Rousseau, Paris, 1909.

Jeansen (E.), *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*, Économica, Paris, 2008.

Jeammaud (A.) et Lyon-Caen (A.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Éd. Actes sud, Paris, 1986.

Joly (A.), *Essai sur la distinction du préjudice direct et du préjudice indirect*, Th. dactyl., Caen, 1939.

Josserand (L.), *De la responsabilité du fait des choses inanimées,* A. Rousseau, Paris, 1897.

Josserand (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Réimpression de la 2ème éd., de 1938, Dalloz, Paris, 2006.

Jourdain (P.), *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, Th. dactyl., Paris II, 1982.

Joxe (P.), *Soif de justice, Au secours des juridictions sociales*, Fayard, Paris, 2014.

Keim-Bagot (M.), *De l'accident du travail à la maladie : la métamorphose du risque professionnel. Enjeux et perspective*s, Th. dactyl., Strasbourg, 2013.

Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, Trad. C. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.

Klein (J.), *Le point de départ de la prescription*, Économica, Paris, 2013.

Knetsch (J.), *Les fonds d'indemnisation et la responsabilité*, LGDJ, Paris, 2013.

Lambert-Faivre (Y.), *De la responsabilité encourue envers les personnes autres que la victime initiale : le problème dit du « dommage par ricochet »*, Th. dactyl., Lyon, 1959.

Lamothe (A.), *L'indemnisation de la victime en droit de la responsabilité civile*, Th. dactyl., Paris II, 2010.

Lassez (M.-J.), *L'évolution des idées en matière de responsabilité civile au dix-neuvième siècle*¸ Th. dactyl., Paris, 1961.

Lavaud-legendre (B.), *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF, Paris, 2005.

J.-P. Le Crom (sous la dir.), *Deux siècles de droit du travail*, Les éditions de l'Atelier, Paris, 1998.

Le Gallou (C.), *La notion d'indemnité en droit privé*, LGDJ Paris, 2007.

Lerouge (L.),

- *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, LGDJ, Paris, 2005.
- (sous la dir), *Risques psychosociaux au travail : Étude comparée Espagne, France, Grèce, Italie, Portugal*, L'harmattan, Paris, 2009

Leroy (M.), *Contribution à la notion de professionnel, les devoirs de répondre des risques créés et de maîtrise des professionnels*, Th. dactyl., Toulouse, 1995.

Le Tourneau (Ph.), *La règle Nemo auditur…*, LGDJ, Paris, 1970.

Libonati (B.) et Mazzoni (A.) (sous la dir.) *Principes d'UNIDROIT*¸ Institut international pour l'unification du droit privé, Rome, 2010.

Lokiec (P.),

- *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, Paris, 2004.
- *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, Paris, 2015.

Lyon-Caen (G.), *Le salaire*, Dalloz, Paris, 1981.

Magnier (V.), (sous la dir.), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, PUF, Paris, 2004.

Malaurie (M.), *Les restitutions en droit civil*, éd. Cujas, Paris, 1991.

Mangematin (C.), *La faute de fonction en droit privé*, Dalloz, Paris, 2014.

Marteau (P.), *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, Th. dactyl., Aix, 1913.

Mazeaud (D.), *La notion de clause pénale*, LGDJ, Paris, 1992.

Mazeaud (D.) et Dupichot (Ph.) (sous la dir.), *Le temps et le droit*, Dalloz, Paris, 2014.

Mercier (M.), *La rétroactivité. Essai d'une théorie générale*, Atelier National de Reproduction des Thèses, Villeneuve d'Ascq, 2003.

Mésa (R.), *Les fautes lucratives en droit privé*, Th. dactyl., Université du Littoral-Côte d'Opale, 2006.

Meyer (N.), *L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ, Paris, 2006.

Meyers (F.), *Ownership of job : a comparative study*, Philadelphia, 1964.

Morvan (P.),

- *Le principe de droit privé*, Panthéon-Assas, Paris, 1999.
- *Restructurations en droit social*, LexisNexis, Paris, 2013.

Neyret (L.), *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, Paris, 2006.

Neyret (L.) et Martin (G. J.) (sous la dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, Paris, 2012.

Nicolesco (M.), *La notion de dommage indirect*, éd. Les Presses modernes, 1931.

Ost (F.), *Droit et intérêt, Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1990.

Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

Pelletier (N.), *La responsabilité civile de la société au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, LGDJ, Paris, 2013.

Perdriau (A.), *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation*, Litec, Paris, 1993.

Peskine (E.), *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, Paris, 2008.

Pierre (Ph.), *Vers un droit des accidents : le report de la responsabilité sur l'assurance*, Th. dactyl., Rennes, 1992.

Pierre (Ph.) et Leduc (F.), (sous la dir.), *La réparation intégrale en Europe*, *Études comparatives des droits nationaux*, Larcier, Bruxelles, 2012.

Pinna (A.), *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, Paris, 2007.

Pradel (X.) *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 2004.

Puech (M.), *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, Paris, 1974.

Puigelier (C.), *La pratique de la cassation en matière sociale*, Litec, Paris, 1996.

Quézel-Ambrunaz (C.), *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2010.

Radé (Ch.), *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, Paris, 1997.

Ray (J.-E.), *Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève*, Librairies techniques, Paris, 1985.

Rebeyrol (V.), *L'affirmation d'un droit à l'environnement et la réparation des dommages environnementaux*, Defrénois, Paris, 2010.

Reifegerste (S.), *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PU Aix-Marseille, 2002.

Reiss (L.) *Le juge et le préjudice, Étude comparée des droits français et anglais*, PU Aix-Marseille, 2003.

Rémy-Corlay (P.), Fenouillet (D.), (sous la dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2012.

Revet (Th.), *La force de travail : étude juridique*, Litec, Paris, 1992.

Rias (N.), *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, Th. dactyl., Lyon III, 2006.

Ripert (L.), *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Dalloz, Paris, 1933.

Ripert (G.),

- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*¸ LGDJ, Paris, 1936.
- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4ème éd., 1949.

Robinet (A.) et Bichot (J.), *La mort de l'État providence*, Manitoba/Les belles lettres, Paris, 2015.

Rose (H.) et Struillou (Y.), *Droit du licenciement des salariés protégés*, 4e éd., Economica, Paris, 2010.

Roubier (P.), *Le droit de la propriété industrielle*, t. I, Sirey, Paris, 1952.

Roujou de Boubée (M.-E.), *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, Paris, 1974.

Rouxel (S.), *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, Th. dactyl., Grenoble, 1994.

Sainctelette (Ch.), *De la responsabilité et de la garantie (accidents de transports et accidents de travail)*, Bruylant-Christophe, Paris, 1884.

Saint-Jours (Y.), *La faute dans le droit général de la sécurité sociale*, LGDJ, Paris, 1972.

Salas (D.), *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, 2007.

Saleilles (R.), *Les accidents de travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, A. Rousseau, Paris, 1897.

Sauret (A.), *Les contrats de travail à durée déterminée ou temporaire*, Montchrestien, Paris, 1990.

Sériaux (A.), *La faute du transporteur*, 2ème éd., Économica, Paris, 1998.

Serverin (E.), *Sociologie du droit*, Repères, Éd. La découverte, Paris, 2000.

Siau (B.), *Le travail temporaire en droit comparé européen et international*, LGDJ, Paris, 1996.

Sichel (L.), *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, Th. dactyl., Paris I, 2011.

Sintez (C.), *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Th. dactyl., Montréal, 2009, publiée chez Dalloz, Paris, 2009.

Souleau (I.), *La prévisibilité du dommage contractuel - (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, Th. dactyl., Paris, 1979.

Sousse (M.), *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1998.

Strickler (Y.) (sous la dir. De), *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruylant, Bruxelles, 2010.

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.

Supiot (A.),

- *Le juge et le droit du travail*, Th. dactyl., Lille, 1979, et son « Compte-rendu » *in Dr. soc.*, n° spéc., mai 1980, p. 59 et s.
- *Les juridictions du travail*, Dalloz, Paris, 1987.
- *Le travail en perspectives*, sous la direction LGDJ, Paris, 1998.
- *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, Paris, 1999.
- *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 2007.
- *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, Paris, 2016.

Teisseire (M.), *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, Th. dactyl., Aix-en-Provence, 1901.

Terré (F.), (sous la dir.) *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2011.

Teyssié (B.) (sous la dir.),

- *Les sources du droit du travail*, PUF, Paris, 1998
- *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2012.

Toulemon (A.) et Moore (J.), *Le préjudice corporel et moral en droit commun*, 3ème éd., Sirey, 1968.

Tourneaux (S.), *L'essai en droit privé. Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, LGDJ, Paris, 2011.

Troper (M.),

- *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris, 2011.
- *La philosophie du droit*, 4ème éd. PUF, Paris, 2015.

Tunc (A.,)

- *La sécurité routière, Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, Dalloz, Paris, 1966.
- *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, Economica, Paris, 1981.

Vacarie (I.), *L'employeur*, Sirey, Paris, 1979.

Vavasseur (M.), *De la responsabilité des accidents de fabrique*, Marchal-Billard et Cie, Paris, 1881.

Verdier (R.) (sous la dir.), *Jean Carbonnier 1908-2003*, PUF, Paris, 2008.

Vernac (S.), *Le pouvoir d'organisation, Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Th. dactyl., Paris Ouest Nanterre, 2012.

Vignon-Barrault (A.), *Intention et responsabilité civile*, PUAM, Aix-Marseille, 2004.

Viney (G.), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Paris, 1965.

Viney (G.) et Markesinis (B.), *La réparation du dommage corporel – Essai de comparaison des droits anglais et français*, Économica, Paris, 1985.

Voisenet (P.), *La faute lourde en droit français*, Th. dactyl., Dijon, 1934.

Waquet (Ph.), (sous la dir.), *13 paradoxes en droit du travail*, collection Lamy Axe droit, Paris, 2012.

Wintgen (R.), *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, Paris, 2004.

Articles, chroniques et rapports

Rapports

Attali (J.), (sous la dir.), *La libération de la croissance française : 300 décisions pour changer la France*, La documentation française, Paris, 2008

Béteille (L.), *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, Sénat n° 558, juillet 2009.

Blanchard (O.) et Tirole (J.) (sous la dir.), *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation française, 2003

Blessig (E.) *Rapport sur la proposition de loi (n° 433) portant réforme de la prescription en matière civile*, Ass. nat., 2008.

Bressol (E.), *Organisation du travail et nouveaux risques pour la santé des salariés*, La documentation française, 2004.

Cahuc (P.) et Kramarz (F.), (sous la dir.), *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, La documentation française, 2005.

Camdessus (M.), (sous la dir.), *Le sursaut - Vers une nouvelle croissance pour la France*, La documentation française, 2004.

Combrexelle (J.-D.), *La négociation collective et l'emploi*, France stratégie, 2015.

Cour des comptes, *La gestion du risque accidents du travail et maladies professionnelles*, La documantation française, 2002.

Dintilhac (J.-P.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, La documentation française, 2005.

Dord (M.), *Rapport sur le projet de loi (n° 743) portant modernisation du marché du travail*, Ass. nat., 2008.

Guichard (S.), *65 propositions au service de l'« ambition raisonnée d'une justice apaisée »*, INRS, *Naissance et évolution de l'idée de prévention des risques professionnels*, Nancy INRS 2008.

Jegouzo (Y.) *Pour la réparation du préjudice écologique*, La documentation française, 2013.

Lacabarats (A.), *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, La documentation française, 2014.

Lambert-Faivre (Y.), *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*, La documentation française, 2003.

de Lamberterie (I.), Rouhette (G.), Tallon (D.), Commission Landö, *Les principes du droit européen du contrat. L'exécution, l'inexécution et ses suites*, version française, La documentation française, Paris, 1997.

Laroque (M.), *La rénovation de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles*, La documentation française, 2004.

Lachmann (H.), Larose (C.), Pénicaud (M.) et Moleux (M.), *Bien-être et efficacité au travail, 10 propositions pour améliorer la santé psychologique au travail*, La documentation française, 2010.

Marshall (D.), *Les juridictions du XXème siècle*, La documentation française, 2013.

Masse (R.), *Réflexions et propositions relatives à la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles*, La documentation française, 2001.

Pécaut-Rivolier (L.), *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*¸ La documentation française, 2013.

Verkindt (P.-Y.), *Les CHSCT au milieu du gué – trente-trois propositions en faveur d'une instance de représentation du personnel dédiée à la protection de la santé au travail*, disponible sur le site du ministère du travail, 2014.

de Virville (M.), *Pour un code du travail plus efficace*, La documentation française, 2004.

Yehiel (M.), *Vers la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles*, La documentation française, 2002.

Rapport C. cass.

Rapport. annuel de la Cour de cassation 2002.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2010.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2011.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2012.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2013.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2014.

Rapport annuel de la Cour de Cassation 2015.

Actes de Colloques

XXème congrès de l'IDEF, *Les droits de l'homme dans l'entreprise, Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n° 3 et 4, juillet 1983.

Améliorer la législation des accidents du travail, *Dr. soc*. septembre 1990.

Congrès d'Anvers (19-24 septembre 1993), *Le droit moral de l'auteur*, Association Littéraire et Artistique Internationale, 1993.

Colloque du centenaire de la loi du 9 avril 1898, Univ. Montesquieu-Bordeaux IV, 9 avril 1998, publié dans *Dr. soc.* 1998

Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation, 1938-1968, Actes du Colloque du 27 Novembre 1998, La Documentation française, Paris, 2000.

La responsabilité civile à l'aube du XXème siècle. Bilan prospectif, *RCA* hors-série, juin 2001.

Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, *LPA* 20 novembre 2002, n° 232.

La sanction, Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Préface de B. Mallet-Bricout, L'Harmattan, Paris, 2007.

Colloque organisé par la Cour de cassation, *Incertitude et réparation*, 2005, disponible sur le site : https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_formations_4/2005_2033/publique_incertitude_8058.html.

Colloque organisé par l'UFC Que choisir, *Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice* », novembre 2005.

L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité – Actes du colloque du 12 mai 2006, RDC 2007.

La réparation du dommage corporel : le juste prix, Paris 23 novembre 2006, CNB, *Gaz. Pal.*, 11 et 12 février 2007.

L'indemnisation du dommage corporel : une indemnisation à géométrie variable, *Gaz. Pal*., 18-19 avril 2008.

La victime, II-La réparation, XXVIIIe journées d'histoire du droit de Limoges, 1er-3 octobre 2008, Pulim, Limoges, 2009.

Les immunités de responsabilité civile, Colloque CEPRISCA, PUF, Paris, 2009.

La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation, Colloques, sous la dir. de C. Cans, Dalloz, Paris, 2009.

L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels, colloques du CDSA, sous la dir. de A. Loca, LEH, Bordeaux, 2009.

Le préjudice. Regards croisés privatistes et publicistes, *RCA* n°3, mars 2010, repère 3.

Réparation intégrale : mythe ou réalité ?, colloque organisé par le conseil national des barreaux, *Gaz. Pal*., 9-10 avril 2010.

Colloque *Droit du dommage corporel*, *Gaz. Pal.*, 19 et 20 décembre 2010, n° 353 à 355.

Deshayes (O.) (sous la dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, 2010.

Colloque, *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, 11 et 12 mai 2001, Sénat.

35ème colloque de droit social du Syndicat des Avocats de France, Paris Dauphine, 4 décembre 2010, *La réparation intégrale : pour ne pas être victime deux fois*, *Dr. ouvr*. Avril 2011

Le Conseil d'État et le droit social, actes du colloque, organisé par la faculté de Droit de Caen, Akandi-Kombé (J.-F.) (sous la dir.), Lextenso, Paris, 2011.

Pratiques syndicales du Droit, Montreuil, les 11 et 12 mai 2011, colloque organisé par le Centre d'histoire sociale du XXème siècle et l'Institut CGT d'Histoire sociale.

La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle : bilan prospectif , Colloque Chambéry, *Resp. civ. et ass.*, Hors-série, juin 2011.

La réparation du dommage corporel à l'épreuve de l'unification des pratiques, *Gaz. Pal*. 20 octobre 2011.

Autour de la nomenclature des préjudices corporels, *Gaz. Pal*. 27 décembre 2014, n° 361.

Vers un ordre juridictionnel social, *Dr. ouvr*. novembre 2014.

Colloque organisé par l'institut du Travail de Bordeaux, *Préjudices et indemnisation en Droit social*, *Dr. ouvr*. Août 2015.

Rencontres automnales de l'AFDT, Metz, 2015, contenu en ligne sur le site de l'Université de Lorraine : https://videos.univ-lorraine.fr/index.php?act=view&id_col=220

- Atelier 1 : La représentation des travailleurs après la loi « Rebsamen » sur le dialogue social : https://videos.univ-lorraine.fr/index.php?act=view&id=2900
- Atelier 2 : Convention collective / contrat de travail : nouvelles articulations, nouveaux enjeux : https://videos.univ-lorraine.fr/index.php?act=view&id=2901
- Atelier 3 : Le préjudice d'anxiété : https://videos.univ-lorraine.fr/index.php?act=view&id=2902

Articles de doctrine

Adam (P.),

- « La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français », *Dr. ouvr*. 2008, p. 313.
- « Le droit du travail français, à l'épreuve des risques psychosociaux (perspectives contentieuses) », *in* L. Lerouge (sous la dir.), *Risques psychosociaux au travail : Étude comparée Espagne, France, Grèce, Italie, Portugal*, L'Harmattan, Paris, 2009, p. 93.
- « Restructuration, risques psychosociaux et CHSCT : remède sur ordonnance », *Dr. ouvr*. 2011, p. 345.
- « La "figure" juridique du harcèlement moral managérial », *SSL* 2011, n° 1482, p. 4.
- « Au fil du harcèlement moral… », *SSL* 2012, n° 1545, p. 9.
- « Le prodigieux accord de maintien de l'emploi. Escapade en Pays de Rouffach », *SSL* 2013, n° 1611, p. 7.
- « De quoi la "faute" et la "sanction" sont-elles le nom ? », *RDT* 2015, p. 590.
- « Le médecin du travail en habit de harceleur », *SSL* 2015, n° 1689, p. 6.
- « Médecins du travail : le temps du silence », *Dr. soc*. 2015, p. 541.
- « Harcèlement moral et contrôle de qualification – Nouveau régime de "liberté surveillée" », *SSL* 2016, n° 1727, p. 5.

Albert (M.), « Le rôle économique et sociale de l'assurance », *in* Ewald (F.), Lorenzi (J.-H.) (sous la dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Économica, Paris, 1998, p. 3.

Alliot (J.-L)., Fasc. 32-2. « Indemnité de licenciement », *JCl. Travail traité*, n° 5.

Ambroise-Castérot (C.), « Action civile », *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*.

Amrani-Mekki (S.), « Le droit processuel de la responsabilité civile », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008. p. 1.

Ancel (J.-P.),

- « La protection des droits de la personne dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », Rapport annuel, 2000, La Documentation française, 2001, p. 55.
- « La responsabilité contractuelle et ses relations avec la responsabilité extra-contractuelle : présentation des solutions de l'avant-projet », *in L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité – Actes du colloque du 12 mai 2006, RDC* 2007, p. 191.
- « Retour sur l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 octobre 2006, à la lumière du droit comparé », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 23.

André (C.), « L'indemnisation des victimes de l'amiante », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 39.

Andreo (E.), « L'inexécution des accords collectifs », SSL 2008, supp. n° 1361, p. 49.

Antonmattei (P.-H.), « Obligation de sécurité de résultat : les suites de la jurisprudence SNECMA », *Dr. Soc.* 2012, p. 491.

Arseguel (A.) et Reynès (B.), « La responsabilité en matière de santé et de sécurité au travail », *in Tous responsables*, Éditions d'Organisations, Paris, 2004, p. 135.

Asquinazi-Bailleux (D.),

- « Une conception élargie de la notion d'ayant droit de la victime d'un accident du travail », *JCP* S 2006.1589.
- « Risques psychosociaux et méthodes de gestion de l'entreprise », *JCP* S 2010.1393.
- « Restructuration d'entreprises et conséquences financières du risque professionnel », *JCP* S 2011.1239.
- « Étendue de l'obligation de sécurité de l'employeur », *JCP* S 2012.1143.
- « Un nouveau droit de la protection sociale ? », *JCP* S 2015.1235.

- « Fasc. n° 304 Régime général : accidents du travail et maladies professionnelles », *JCl. Protection sociale Traité*¸ n° 16.

Aubert (J.-L).,

- « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être », *D*. 2001, p. 489.
- « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. À propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligation », *in Études offertes à G. Viney, op. cit*, p. 55.

Aubert-Montpeyssen (T.) et Emeras (M.), « Travail illégal », *Rép. Dalloz Droit pénal*.

Aubert-Montpeyssen (Th.), et Blatman (M.), « Les risques psychosociaux au travail et la jurisprudence française : la culture de la prévention », *Dr. soc*. 2012, p. 832.

Aubin (G.), « La loi du 9 avril 1898, rupture ou continuité ? », *Dr. soc*. 1998, p. 635.

Auzero (G.),

- « La distinction entre clause pénale et clause de garantie d'emploi », *RDT* 2008, p. 304.
- « Les co-employeurs », *in* Le Dolley (E.) (sous la dir.), *Les concepts émergents du droit des affaires*, LGDJ, Paris, 2010, p. 43.
- « Le droit du licenciement pour motif économique confronté au principe de l'autonomie des personnes morales », *in Mélanges en l'honneur du Professeur P. Le Cannu*, Dalloz, Paris, 2014, p. 655.
- « Co-emploi : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation », *SSL* 2015, suppl. n° 1667, p. 22.
- « Co-emploi : en finir avec les approximations ! », *RDT* 2016, p. 27.

Ayadi (M.) et du Jonchay (O.), « L'heure de gloire du CHSCT ? », *JSL* 2010, n° 269-1.

Aynès (L.), « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D*. 2001, p. 492.

Azar-Baud (M.-J.) et Carval (S.), « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », *D*. 2015, p. 2136.

Azzi (T.), « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ*. 2007, p. 227.

Bacache (M.),

- « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D*. 2008, p. 1908.
- « L'immunité du préposé », *in Les immunités de responsabilité civile*, *Colloque CEPRISCA*, PUF, Paris, 2009, p. 15.
- « L'immunité du préposé », *in* O. Deshayes (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, 2010, p. 15.
- « La nomenclature, une norme ? », *in* Actes du colloque « Autour de la nomenclature des préjudices corporels », *Gaz. Pal*. 2014, n°361, p. 7.
- « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ*. 2014, p. 450.
- « Les spécificités de l'action de groupe en droit de la santé », *D*. 2016, p. 64.

Badel (M.),

- « Le perfectionnement du dispositif de réparation du risque professionnel par le droit social », *Dr. soc.* 1998, p. 644.
- « La notion de risque professionnel : état des lieux à la lumière des dernières évolutions », *RDSS* 2004, p. 208.

Baghestani-Perrey (L.), « Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science », *D.* 1999, p. 457.

Bailly (P.), « Le co-emploi : une situation exceptionnelle », *JCP* S 2013.1441.

Ballot (E.), « Le conflit des droits fondamentaux lors de la rupture du contrat de travail », *JCP* S 2013.1168.

Banakas (S.), « Un droit européen de la responsabilité civile est-il envisageable? », *in* La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle. Bilan prospectif, *RCA* hors-série, juin 200, p. 77.

Barbier (J.-C.), « Apprendre vraiment du Danemark : réflexion sur le "miracle danois" », *Centre d'Études de l'Emploi*, 05/02, p. 1.

Barbièri (J.-F.), « Responsabilité de l'entreprise et responsabilité de ses salariés. À la recherche de l'équilibre perdu », *in Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, p. 141.

Bargain (G.) et Sachs (T.), « La tentation du barème », *RDT* 2016, p. 251.

Barret (O.), « Variations autour du refus de contracter », *in Mélanges J.-L. Aubert*, 2005, Dalloz, Paris, p. 3.

Barrière (L.-A.), « Propos introductifs » *in La sanction* : colloque du 27 novembre 2003 à l'université de Lyon III, L'Harmattan, Paris, 2007, p. 13.

Barthélémy (J.),

- « La négociation collective d'entreprise, consensualisme ou formalisme? », *Dr. soc*. 1988, p. 401.
- « Hiérarchie des normes, fonction protectrice du droit du travail et sécurisation de l'emploi », *RJS* 02/16, p. 104.
- « Peut-on dissocier le droit du travail et le droit de la sécurité sociale ? », *Dr. soc.* 2007, p. 787.

Batifol (H.), « La loi et la liberté », *APD*, t. 25, 1980, p. 79.

Béal (S.) et Terrenoire (C.), « Le nouveau régime social des indemnités de rupture du contrat de travail ou du mandat », *SSL* 2011, n° 1479, p. 7.

Beauvois (R.), « Les règles appliquées par le FIVA et le droit commun », *Gaz. Pal.* 19 avril 2008, n° 110, p. 48.

Beiteille (L.) et Anziani (A.), « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », *D*. 2009, 2328.

Behar-Touchais (M.), « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs », *in* Dossier spécial, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, *LPA* 20 novembre 2002, p. 36.

Bélier (G.) et Cormier (A.), « Stock-options et droit du travail », *Dr. Soc*. 2000, p. 838.

Benhamou (Y.), « Plaidoyer pour le retour en grâce des juges, Contribution à l'étude critique de la fonction de juger », *D*. 2009, p. 1040.

Ben Hadj Yahia (S.), « Action de groupe », *Rép. Dalloz Procédure civile*, n° 45.

Benilsi (S.), « La clause de non-sollicitation », *JCP* S 2007.1976.

Béraud (J.-M.), « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. ouvr.* 1997, p. 529.

Berg (O.), « Le dommage objectif », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 63.

Bergel (J.-L.), « À la recherche de concepts émergents en droit », *D*. 2012, p. 1567.

Berthier (P.-E.), « Les incitations légales », *SSL* suppl. n° 1680, p. 36.

Bétemps (J.-M.), « L'amélioration de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles », *Dr. soc*. 1993, p. 129.

Beyneix (I.), « Amiante : caractérisation d'un préjudice d'anxiété et protection de la santé mentale des salariés », *JCP* 2016.86.

Bizot (J.-C.), « Le préjudice indemnisable : les postes de préjudice et leur définition », *RCA* n°5, mai 2012, dossier 22.

Blaise (H.),

- « La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement », *Dr. soc.* 1980, p. 365.
- « L'indemnisation des accidents du travail : des progrès, mais aussi des anachronismes», *in Les orientations sociales du droit contemporain*, *Études offertes au Professeur Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 69.
- « La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur », *RJS* 2/96, p. 68.

Blanc-Jouvan (X.), « Le droit du travail face au défi de la mondialisation », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum,* LGDJ, 2008, p. 95.

Blandin (M.-C.), « Panorama de l'assurance contre les accidents du travail dans les pays de l'Union européenne », *Dr. soc*. 1998, p. 659.

Blatman (M.), « L'obligation de sécurité », *Dr. soc*. 2011, p. 743.

Bloch (C.), « Définition de la faute », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2011. p. 101.

Boillot (Ch.), « Sécurisation de l'emploi et prescription des actions en justice », *Cah. soc.* juillet 2013, p. 317.

Bonnechère (M.),

- « Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail », *Dr. soc*. 1990, p. 40.
- « Le Corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail », *Dr. ouvr*. 1994, p. 173.
- « Doctrine et droit du travail : éléments pour un débat », *Dr. ouvr.* 2002, p. 471.
- « Où va le droit du travail ? », *Dr. ouvr*., 2016, p. 315.

Boré (J.), « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité du fait dommageable », *JCP* 1974.I.2620.

Boré (L.),

- « Pour la recevabilité de l'action associative fondée sur la défense d'un intérêt altruiste », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, oct.-déc. 1997, p.751.
- « L'obscurité de la loi », *in La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 27.
- « Quelques curiosités de l'action de groupe à la française », *RDC* 2015, p. 408.
- « fasc. 30 : Action publique et action civile », *JCl. Procédure pénale*, art. 2 et 3

Borghetti (J.-S.),

- « La qualification de clause pénale », *RDC* 2008, p. 1158.
- « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum,* LGDJ, Paris, 2008, p. 148.
- « Retour sur la qualification de clause pénale », *RDC* 2009, p. 88.
- « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », *in Les sanctions en droit contemporain*¸ Vol. 1, Dalloz, Paris, 2012, p. 257.

Bossu (B.),

- « Droits de l'Homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre », *Dr. soc.* 1994, p. 747.
- « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », *Dr. soc*, 1995, p. 26.
- « La réintégration négociée », *Dr. ouvr*. 1998, p. 485.
- « Les situations de fait et l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. ouvr*. 1999, p. 94.

Boubli (B.),

- « La contribution de la chambre sociale de la Cour de cassation à l'évolution des Droits de l'Homme », *in Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation, 1938-1968*, La Documentation française, Paris, 2000, p. 23.
- « Soleil noir dans le BTP ? À propos des nouveaux risques professionnels dans ce secteur d'activité », *SSL* 2010, n° 1462, p. 6.
- « Dérégulation ou simplification ? Une ambiguïté à lever », *SSL* 2015, n° 1699, p. 6.

Boucard (H.), « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause », *RDC* 2013, p. 1669.

Bouilloux (A.),

- « Le droit de la protection sociale, un modèle? », *SSL* 2011, supp. n° 1494, p. 68.
- « Les indemnités de rupture négociée et l'assiette des cotisations », *SSL* 2008, n° 1373, p. 6.

Boulan (F.), « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive », *JCP* 1973.I.2563.

Bouloc (B.), « De la compétence du juge pénal pour statuer sur l'action civile après extinction de l'action publique », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, Paris, 2008, p. 173.

Boulmier (D.), « Faciliter la conciliation prud'homale… mais pour qui ? », *Dr. soc.* 2013, p. 837.

Bourgeot (S.) et Blatman (M.), « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés », *Dr. soc*. 2006, p. 653.

Bourrié-Quenillet (M.),

- « Pour une réforme conférant un statut juridique à la réparation du préjudice corporel », *JCP* G 1996.I.3919.
- « Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation », *JCP* G 1996.I.3986.
- « Le préjudice moral des proches d'une victime blessée : dérive litigieuse ou prix du désespoir ? », *JCP* G 1998.I.186.
- « Droit du dommage corporel et prix de la vie humaine », *JCP* G 2004.I.136.

Bousez (F.), « Fasc. 2-48 : contrat à durée déterminée. – Cessation », *JCl. Travail Traité*, n° 142.

Boyer (A.),

- « La clause de dédit », *in Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 72.
- « Indemnisation à "prix-unique" », *Gaz. Pal*. 12-13 juillet 2006, p. 2193.

Brenner (C.), « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *RDC* 2008, p. 1422.

Brice (A.) et Guillouet (D.), « Le régime social des indemnités de rupture », *SSL* 2008, n°1358, p. 6.

Brun (Ph).,

- « Personne et préjudice », *Revue générale de droit*, 2003, p. 188.

- « Regards hexagonaux sur les principes du droit européen de la responsabilité civile », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, Paris, 2008, p. 187.
- « Aspects juridiques », *in L'indemnisation du dommage corporel : une réparation à géométrie variable*, *Gaz. pal.* 19 avril 2008, n° 110, p. 7
- Table ronde : L'incidence de la nomenclature sur la qualité de l'indemnisation, *in* Actes du colloque « Autour de la nomenclature des préjudices corporels », *Gaz. Pal.* 27 décembre 2014, n° 361, p. 21.

Brun (Ph.) et Leborgne (F.), « Le principe de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *Lamy Droit de la responsabilité*, n° 170-20.

Bugada (A.),

- « Conciliation(s), prescription(s) et plus encore… », *JCP* S 2013.1290.
- « L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur en matière prud'homale : obligation de moyen ou de résultat ? », *JCP* S 2014.1450.
- « La procédure prud'homale revue par la loi *Macron* », *Cah. soc.* octobre 2015, p. 534.

Buseine (D.), « Le formalisme de la lettre de licenciement "De la forme au fond" », *Dr. ouvr.* 1999, p. 14.

Buy (M.) et Vignal (N.), « Travail temporaire », *Rép. Dalloz Droit du travail*.

Caballero (F.), « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD Civ.* 1985, p. 47.

Cadiet (L.),

- « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *in Le juge entre deux millénaires, Mélange offert à Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, p. 496.
- « Les métamorphoses du préjudice », *in Les métamorphoses de la responsabilité*, 6ème journées R. Savatier, PUF, Paris, 1997, p. 37.

Calais (V.), « Le sens de l'action en requalification du CDD et son dévoiement judiciaire », *JSL* 2013, n° 346-2.

Calais-Auloy (J.), « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ*. 1994, p. 239.

Camerlynck (G.-H.), « L'indemnité de licenciement », *JCP* 1957.I.1391.

Camproux-Duffrene (M.-P.), « Les modalités de réparation du dommage ; apports de la responsabilité environnementale », *in La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation, Colloques*, sous la dir. de C. Cans, Dalloz, Paris, 2009, p. 113.

Canin (P.), « Action civile collective et spécialité des personnes morales », *RSC* 1995, p. 751.

Canivet (G.),

- « Le principe de précaution dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Risques. Les cahiers de l'assurance*, 2004, n° 57.
- « L'approche économique du droit par la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc*. 2005, p. 951.
- « Des obstacles juridiques à l'action de groupe », discours prononcé au colloque « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice », organisé par l'UFC Que choisir, novembre 2005.
- « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 213.

Canivet (G.) et Molfessis (N.), « La politique jurisprudentielle », *in La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 79.

Carbonnier (J.),

- « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ*. 1952, p. 176.
- « Les dommages résultant des accidents corporels en droit français », *in Jean Carbonnier 1908-2003*, Écrits, Textes rassemblés par R. Verdier, PUF, Paris, 2008, p. 538.

Caron (M.) et Verkindt (P.-Y.), « Le droit de la sécurité sociale confronté aux nouveaux risques professionnels », *RDSS* 2010, p. 593.

Casson (Ph.), « Dommages et intérêts », *Rép. Dalloz Droit civil*.

Carval (S.), « La faute délictuelle du débiteur défaillant : quelques observations sur les pistes ouvertes par l'arrêt d'Assemblée plénière du 6 Octobre 2006 », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 229.

Catala (N.), « L'entreprise », *in Traité de droit du travail*, t. 4, G. H. Camerlynck (sous la dir.), Dalloz, 1980, n°115.

Catala (N.) et Soyer (J.-Cl.), « La loi du 6 déc. 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail », *JCP*, 1977.I.2868.

Cesaro (J.-F.),

- « La notion de transfert d'entreprise », *Dr. soc*. 2005, p. 718.
- « Les sanctions pénales de l'insécurité », *Dr. soc*. 2007, p. 729.
- « Du coemploi à la responsabilité, retour au droit civil », *RDT* 2014, p. 661.

Chabas (F.), « La notion de préjudice de contamination », *in Le préjudice : questions choisies, Resp. civ. et assur*. 1998, p. 20.

Chagny (M.),

- « La place des dommages et intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles », *RLDC*, 2005, n° 4, p. 186.
- « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », *JCP* G 2006.I.149.

Champeaux (F.),

- « Le préjudice d'anxiété des mineurs de charbon de Lorraine », *SSL* 2015, n° 1664, p. 2.
- « Et la santé maintenant ! », *SSL* suppl. 2015, n° 1667, p. 70.
- « Amiante : la co-responsabilité de l'État », *SSL* 2015, n° 1675, p. 12.
- « L'obligation de prévention », *SSL* 2015, n° 1697, p. 5.

Champeil-Desplats (V.), « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux » , *RDT* 2007, p. 19.

Charbonneau (A.) et Porta (J.), « Avant-propos », *in* Colloque *Préjudices et Indemnisation en droit social*, *Dr. ouvr*. 2015, p. 437.

Chastel (A.), Day (J.) et Martinet (M.), « Du retour de l'action de groupe et du mythe de Sisyphe », *LPA*, 10 mars 2009, n° 49, p. 6.

Chauchard (J.-P.), « La clause de dédit-formation ou le régime de liberté surveillée appliqué aux salariés », *Dr. soc*. 1989, p. 388.

Chaumette (P.),

- « L'activation du lien réparation-prévention », *Dr. soc*. 1990, p. 724.
- « Le contentieux pénal : entre répression et réparation, les nouveaux contours de la responsabilité », *Dr. ouvr*. 2003, p. 109.

Chazal (J.-P.), note sous Cass. civ., 2ème, 19 juin 2003, n° 00-22302 et n° 01-13289, *D*. 2003, p. 2326.

Chiss (R.), « Les accords d'extinction du procès, point de vue », *JCP* S 2014.1192.

Chouanière (D.), « Prévention des RPS : approche théorique », *SSL* 2012, supp., n° 1535, p. 7.

Ciaudo (O.), « Barèmes et expertise », *in L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels, actes du VIIe colloque du CDSA, Aix-en-Provence du 29 et 30 novembre 2008*, éd. Les études hospitalières, Bordeaux, 2009, p. 151.

Clay (Th.), « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D*. 2015, p. 2588.

Cohen (M.),

- « Les sanctions civiles du licenciement », *RPDS* 1973, p. 292.
- « Le droit de substitution, un cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc*. 1990, p. 790.

Combrexelle (J.-D.), « Un nouveau Code du travail dans quatre ans », *SSL* 2015, n° 1691, p. 3.

Coppens (P.), « La sanction de la règle juridique : de la contrainte à l'incitation », *in* Y. Chaput (sous la dir.), *La sanction : la lecture des économistes et des juristes*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 27.

Cordier (G.), « L'image de marque et le préjudice de contrefaçon », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, Juillet 2007, dossier 25, spéc. note 24.

Corgas-Bernard (C.), « Amiante et préjudice d'anxiété, toujours plus ! », *RCA* 2013, étude 3.

Cornu (G.), « La lettre du Code à l'épreuve du temps », *in Mélanges R. Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 156.

Cosme (C.), « Le stress au travail, une préoccupation mondiale », *SSL* 2016, n° 1721, p. 3.

Coursier (Ph.) et Pichon (J.-G.), « À propos des indemnités de fin de carrière », *SSL* 2007, n° 1332, p. 5.

Couturier (G.),

- « Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », *D*. 1975, chron. XXIV ;
- « Les nullités du licenciement », *Dr. soc.* 1977, p. 215.
- « Responsabilité civile et relations individuelles de travail », *Dr. soc*. 1988, p. 407.
- « La faute lourde du salarié », *Dr. soc.* 1991, p. 105.
- « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », *in* Ghestin (J.) et Fontaine (M.) (sous la dir.), *La protection de partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Paris, 1996, p. 143.
- « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 891.
- « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *in Études J. Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, Paris 2001, p. 290 et s.
- « Petites histoires de nullités du licenciement », *Dr. soc*. 2011, p. 1218.
- « Accords de maintien dans l'emploi », *Dr. soc.* 2013, p. 805.
- « Le droit du licenciement dans la loi Macron », *Dr. soc*. 2015, p. 793.

Crémieux (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », *in Études offertes à P. Kaiser*, PUAM, 1979, p. 263.

Cuche (P.), « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Rev. crit. législ.et jurisp*. 1913, p. 412.

Dabin (J.), « Droit de classe et droit commun », *in Introduction à l'étude du droit comparé, recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, LGDJ, Paris, 1938, t. 3, p. 73.

Dalmasso (R.) et Serverin (E.), « De l'intérêt collectif à l'intérêt personnel : la longue portée d'une action collective en matière d'évaluation des salariés », *RDT* 2013, p. 642.

Daniel (J.), « L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité », *JCP* S 2015.1165.

Defrance (G.), « Pourquoi les assureurs rêvent d'un référentiel », *L'Argus de l'assurance*, janvier 2007, p. 32.

Deguergue (M.), « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit public français ? », *in* Dossier spécial, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, *LPA* 20 novembre 2002, p. 61.

Dejours (Ch.) et Rosental (P.-A.), « La souffrance au travail a-t-elle changé de nature ? », *RDT* 2010, p. 9.

Delpoux (C.), « Assurance et responsabilité : un couple en crise », *Risques*, n° 10, avril-juin 1992, p. 79.

Del Sol (M.), « La prise en considération du retentissement professionnel, parent pauvre de la réparation AT-MP », *Dr. soc*. 2015, p. 300.

Denis (A.) et Sarrazin (M.-C.), « Plan de sauvegarde de l'emploi : le droit public s'invite à la table des négociations », *Dr. ouvr*. 2014, p. 347.

Déprez (J.),

- « La responsabilité des salariés à l'occasion de grèves », *BS F. Lefebvre*, avril 1982, n° 7, p. 117.
- « Les clauses pénales dans les relations de travail et leur révision par le juge », *BS F. Lefebvre*, 1985, p. 267, n° 2.
- « Vers une évolution du régime de la responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur », *RJS* 5/92, p. 319.

Descamps (O.), « Le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 319.

Deshayes (O.),

- « Le dommage précontractuel », *RTD com*. 2004, p. 187.
- « Précisions sur la nature et les fonctions de la règle de l'effet relatif des conventions », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 333.
- « L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle », *RDC* 2010, p. 1139.

Despax (M.), « Groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel », *JCP* 1972.I.2465.

De Vita (A.), « Une nouvelle sorte de dommage, le préjudice biologique », *RTD civ*. 1996, p. 264.

Didry (C.), « La nouvelle jeunesse des conventions collectives : la loi du 24 juin 1936 », p. 129, *in* J.-P. Le Crom (sous la dir.), *Deux siècles de droit du travail*, Les éditions de l'Atelier, Paris, 1998.

Didry (C.) et Broutté (R.), « L'employeur en question, les enjeux de la subordination pour les rapports de travail dans une société capitaliste », *in Les nouvelles frontières du travail subordonné. Approche pluridisciplinaire*, H. Petit, N. Thévenot (sous la dir.), La Découverte, Paris, 2006, p. 47.

Dockès (E.) ,

- « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc*. 1994, p. 227.
- « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc*. 1997, p. 140.
- « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *in Analyse juridique et valeurs en Droit social, Études offertes à J. Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 203.
- « Notion de contrat de travail », *Dr. soc*. 2011, p. 546.

Dockès, (E.) (sous la dir.), Groupe de recherche pour un autre code du travail, « Pour un autre droit du temps de travail », *Dr. soc*. 2016, p. 422.

Donnou (P.), « L'incidence professionnelle dans divers contentieux - Réflexions et témoignage d'un médecin-conseil de victimes », *Dr. soc.* 2015, p. 307.

Dorin (B.), « La perte de chance d'une rémunération à la suite de la rupture du contrat de travail », *Cah. soc.* 2014, p. 383.

Douillet (Ph.), « La prévention des RPS : une opportunité de développer le dialogue sur le travail », *SSL* 2012, supp., n° 1535, p. 26.

Dreveau (C.), « Réflexions sur le préjudice collectif », *RTD civ.* 2011, p. 249.

Dumery (A.), fasc. 10. « Responsabilité civile – Les constantes de la responsabilité civile », *JCl. Encyclopédie des Huissiers de Justice,* V° Responsabilité civile, n° 83.

Dumortier (G.), « L'administration doit-elle vérifier que l'inaptitude du salarié protégé n'a pas été causée par un harcèlement ? Conclusions (contraires) du rapporteur public », *Dr. Soc*. 2014, p. 25.

Dumortier (G.) et Pécaut-Rivolier (L.), « Des principes du droit du travail modernes », *SSL* 2016, n° 1708, p. 3.

Dupeyroux (J.-J.),

- « Avant-propos. Droit civil et droit du travail : l'impasse », *Dr. soc.* 1988, p. 371.
- « Faux problèmes et vraies impasses », *Dr. soc.* 1990, p. 683.
- « Droit civil et droit du travail : l'impasse », *Dr. soc*. 1988, p. 371.
- « Avant-propos : un deal en béton ? », *Dr. soc.* 1998, p. 631.

Durand (P.), « La protection des travailleurs en cas de perte d'emploi en droit français », *in La protection des travailleurs en cas de perte d'emploi*, Services des publications des Communautés européennes, Luxembourg, 1961, p. 253, spéc. p. 268.

Durand (C.) et Ferré (N.), « La portée de la règle de l'inopposabilité à l'employeur des décisions de la CPAM », *SSL* 2014, n° 1637, p. 6 et n° 1638, p. 6.

Durry (G.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ? », *in* Colloque : la responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle, *RCA* 2001, n° 6 bis, p. 19.

Dutheillet de Lamotte (M.),

- « Existe-t-il un droit constitutionnel du travail ? », *JCP* S. 2012.1050.
- Thème n° 2, L'obligation de sécurité, *BICC*, n° 768 du 1er octobre 2012.

Egéa (V.), « L'immunité en droit privé », *Revue de la Recherche Juridique,* 2008-4, p. 1977.

Engel (L.), « Vers une nouvelle approche de la responsabilité – Le droit français face à la dérive américaine », *in Esprit*, Paris, juin 1993, p. 5.

Escande-Varniol (M.-C.), « Salaires (définition –forme) », *Répertoire de droit du travail*, n° 489.

Esmein P.,

- « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », *in Mélanges Capitant*, Dalloz, Paris, 1938, p. 235.
- « La faute et sa place dans le droit de la responsabilité civile », *RTD civ*., 1949, p. 481.
- « L'obligation et la responsabilité contractuelle », *in Mélanges G. Ripert*, t. II, LGDJ, Paris, 1950, p. 101.
- « La commercialisation du dommage moral », *D*. 1954, p. 113.
- « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », *D*. 1964, p. 205.

Espagnon (M.), « La prévision contractuelle et l'action en responsabilité du tiers contre le contractant (de l'arrêt Lamborghini à l'article 1342 du projet de réforme du droit des obligations et de la prescription) », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 377.

Fabre (A.),

- « Manquements contractuels de l'employeur : quelles alternatives à la rupture ? », *SSL* 2014, n° 1640, p. 6.
- « La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce », *RDT* 2014, p. 672.
- « Le contentieux de la violation des engagements en matière d'emploi », *in* Colloque *Préjudices et indemnisation en droit social, Dr. ouvr*. 2015, p. 469.

Fabre-Magnan (M.),

- « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ*. 1996, p. 85.
- « Le contrat de travail défini par son objet, *in* Supiot (A.) (sous la dir.), *Le travail en perspectives*, LGDJ, Paris, 1998, p. 101.
- « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », *SSL* 2002, n° 1095, p. 32.
- « Un remède possible aux abus de la responsabilité (et de l'irresponsabilité) médicale : le filtrage des actions en responsabilité médicale », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 399.
- « Le dommage existentiel », *D.* 2010, p. 2376.
- « Le forçage du consentement du salarié », *Dr. ouvr*. 2012, p. 459.
- « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », *SSL* 2016, n° 1715, p. 5.

Falin (J.), « La réparation du dommage contractuel prévisible », *Rev. droit et patrimoine*, mai 2009, p. 50.

Fantoni-Quinton (S.) et Genty (V.),

- « L'employeur, le médecin du travail et la protection de la santé des travailleurs. Deux acteurs aux responsabilités différentes », *SSL* 2015, n° 1678, p. 6.
- « L'intercurrence d'une inaptitude et d'un projet de rupture du contrat de travail », *SSL* 2015, n° 1701, p. 10.

Fantoni-Quinton (S.), Legros (B.), « La logique de réparation entrave-t-elle la démarche de prévention des lésions professionnelles? », *RDSS* 2010, p. 640.

Fantoni-Quiton (S.) et Verkindt (P.-Y.), « Obligation de résultat en matière de santé au travail. À l'impossible, l'employeur est tenu », *Dr. soc.* 2013, p. 229.

Fasquelle (D.), « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 20 novembre 2002, n° 232, p. 27.

Favennec-Héry (F.),

- « La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 729.
- « L'obligation de sécurité du salarié », *Dr. soc*. 2007, p. 687.
- « Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail ? », *SSL* 2010, n° 1464, p. 10.
- « Réforme de la durée du travail : bouleversement, adaptation ou rupture ? », *SSL* 2016, n° 1714, p. 7

Favre-Rochex (A.), « Prestations indemnitaires forfaitaires ? Ou les subtilités de l'assurance de personne », *Gaz. pal*. 18-19 juin 1999, p. 2.

Fenouillet (D.), « Les bonnes mœurs sont mortes, vive l'ordre public philanthropique », *in Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XXème siècle*, Litec, Paris, 2001, p. 493.

Ferrer (A.), « Pour une nouvelle efficacité des actions collectives en justice », *RDT* 2012, p. 605.

Fifi (M.), « Le rapport d'expertise médicale en matière de responsabilité civile : le voyage d'un librettiste au pays d'Utopie », *in Le dommage corporel et l'expertise, Liber amicorum P. Lucas*, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2009, p. 257.

Fiorentino (A.), « Les dommages-intérêts punitifs en droit américain : fausse polémique ou vraie monstruosité prétorienne ? », *JCP* S 2015.1426.

Florès (Ph.), « Modulation du temps de travail et modification du contrat de travail », *SSL* n° 1472, p. 12.

de Foucould (J.-B.), « Société post-industrielle et sécurité économique », *in* Supiot (A.) (sous la dir.), *Le travail en perspectives*, LGDJ, Paris, 1998, p. 581.

Fraissinier-Amiot (V.), « Faute inexcusable de l'employeur : état des lieux d'un régime de la responsabilité en pleine mutation », *JSL* 2011, 311-312-1.

Franck (J.), « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », *in Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 409.

Francq (S.), « L'influence du droit européen sur la réparation du dommage », Actes du colloque organisé par la Cour de cassation « Incertitude et réparation », disponible sur le site : https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_formations_4/2005_2033/publique_incertitude_8058.html .

Frison-Roche (M.-A.),

- « L'opting-out : un système juridique compatible avec la constitution française et la législation européenne », discours prononcé lors du colloque « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice », organisé par l'UFC Que choisir, novembre 2005.
- « Le modèle du bon juge Magnaud », *in De code en code, Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009, p. 335.

Frouin (J.-Y.),

- « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », *RJS* 1996, p. 137.
- « L'indemnisation des salariés sans autorisation », *RJS* 2001, p. 842.
- « Le régime des sanctions indemnitaires », *SSL* 2003, n° 1133, p. 14.

Gaillot-Mercier (V.) et Boutonnet (M.), « La mise en œuvre de l'action en responsabilité et la réparation du dommage en matière d'environnement », *in Lamy Droit de la responsabilité*, étude 375.

Le Gall (Y.), « Le préjudice moral et l'argent, De la fin du XIXème siècle au milieu du XXème siècle », *in La victime, II- La réparation*, XXVIIIe journées d'histoire du droit de Limoges, 1er-3 octobre 2008, Pulim, Limoges, 2009, p. 119.

Gallage-Alwis (S.) et Massiera (C.), « Le rejet progressif d'une indemnisation automatique et uniforme du préjudice d'anxiété », *LPA* 2014, n° 73, p. 8.

Gamet (L.), « Le préjudice d'anxiété », *Dr. soc.* 2015, p. 55.

Gardin (A.),

- « Les contours de la réparation en cas de faute inexcusable de l'employeur », *RJS*10/12, p. 651.
- « La redéfinition de l'obligation de sécurité de résultat », *RJS* 2/16, p. 99, n° 4.

Gardner (D.), « La réparation : le point de vue nord-américain », travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et les Assurances : www.grerca.univ-rennes1.fr.

Garraud (E.), Étude 381 « La responsabilité contractuelle » *Lamy droit des contrats*, n° 381 et s. spéc. 381-156.

Gaudu (F.),

- « La fraternité dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 134.
- « Les nullités du licenciement et le "principe" pas de nullité sans texte », *Dr. soc.* 2010, p. 151.

Gauriau (B.),

- « La nullité du licenciement et la personne du salarié », *Dr. soc*. 1993, p. 738
- « Les sanctions civiles de l'insécurité », *Dr. soc*. 2007, p. 719.
- « Les accords d'extinction du procès », *JCP* S 2014.1191.
- Fasc. 12, « Syndicat professionnel – Moyens d'actions », *JCl Travail Traité*.
- « Action syndicale : identification de l'atteinte portée à l'intérêt collectif de la profession », *JCP* S 2016.1243.

Gautier (P.-Y.), « Les interactions du droit civil et du droit du travail », *in* B. Teyssié (sous la dir.), *Les sources du droit du travail*, PUF, Paris, 1998, p. 130.

Géa (F.),

- « Vers un nouveau modèle du droit du travail ? A propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », *SSL* 2013, n° 1569, p. 4.
- « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc*. 2013, p. 717.
- « Grands licenciements économiques et plan de sauvegarde de l'emploi après la loi du 14 juin 2013 : les premières décisions du Conseil d'État ? », *RDT* 2015, p. 528.
- « Une meilleure justice du travail ? », *RJS* 3/16, p. 191.
- « Comprendre... ou pas. Art. 30 bis de l'avant-projet de Loi Travail », *RDT* 2016 p. 170.
- « Quand transférer rime avec liquider », *RDT* 2016, p. 341.
- « Chronique de jurisprudence du Conseil d'État sur le PSE », *RDT* 2016, p. 484

Genicon (T.), « Clause limitative de responsabilité : la fin de la révolution, l'heure de la liberté », *RDC* 2014, p. 176.

Ghestin (J.),

- « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », *in Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 77.
- « La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, Paris, 2008, p. 455.

Giacopelli (M.), « Libres propos sur la sanction réparation », *D*. 2007, p. 1551.

Giacuzzo (J.-F.) note sous Cons. const., n° 2015-715 DC, 5 août 2015, *Constitutions* 2015, p.555,

Glenn (H.-P.), « À propos de la maxime "nul ne plaide par procureur " », *RTD civ*. 1988, p. 59.

Gouël (O.), « L'action en justice du CE toujours cantonnée à la défense de ses intérêts propres », *SSL* 2007, n° 1306, p. 13.

Gout (O.) et Porchy-Simon (S.), « Plaidoyer pour la défense des nomenclatures dans le droit du dommage corporel », *D.* 2015, p. 1499.

Grangé (J.) et Singer (G.), « Coemploi : à la recherche d'un employeur ou d'un payeur ? », *Lexbase hebdo*, éd. Soc., 2013, n° 537.

Granger (R.), « L'influence de la sécurité sociale sur la responsabilité civile », *Dr. soc*. 1955, p. 500.

Gratton (L.), « Le dommage déduit de la faute », *RTD civ*. 2013, p. 275.

Grelon (B.), « Syndicats et politiques de l'entreprise », *in L'actualité de la charte d'Amiens*, PUF, Paris, 1987, p. 167.

Grévy (M.),

- « La sanction civile en droit du travail », *Dr. soc*. 2001, p. 598.
- « Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail », *Dr. ouvr*. 2006, p. 114.
- « Syndicats professionnels », *Rép. Dalloz Droit du travail*.

Griffon (R.), *De l'intention en droit pénal*, Th. dactyl., Paris, 1911.

Grimaldi (C.), « Toute faute contractuelle est une faute délictuelle, mais encore faut-il s'entendre sur le préjudice réparable ! », *RDC* 2007, n° 2, p. 563.

Groutel (H.),

- « Le complètement du dispositif par le droit civil », *Dr. soc.* 1998, p. 652.
- « Réparation intégrale et barèmisation : l'éternelle dispute, *Resp. civ. assur*. 2006, Repère 11.
- « Lutte armée contre l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale », *RCA* 2010, chron. n° 8.
- « Réponses en droit français », *in La réparation intégrale en Europe*, *Études comparatives des droits nationaux*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 107.

Groutel (H.) et Lienhard (C.), Les barèmes d'indemnisation, *in* Actes du colloque « États généraux du dommage corporel », *Gaz. Pal*., 2010, n° 100, p. 27.

Grumbach (T.), « Le simple et le complexe dans le droit du travail », *Dr. soc*. 2003, p. 48.

Guégan-Lécuyer (A.),

- « Vers un nouveau fait générateur de responsabilité civile : les activités dangereuses (commentaire de l'article 1362 de l'Avant-projet Catala) » *in Études offertes à G. viney*, *Liber amicorum*, LGDJ, Paris, 2008, p. 499.
- « Le préjudice sexuel aux prises avec le déficit fonctionnel temporaire », *D*. 2015, p. 469.

Guettier (C.), « Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », *Resp. civ. et assur*., n° 11/2002, p. 4 et 12/2002, p. 11.

Guichaoua (H.), « Les droits du salarié victime du travail illégal », *Dr. ouvr*. 2013, p. 510.

Guinchard (S.),

- « L'action de groupe en procédure civile française », *RID comp*. 1990, p. 599.
- « Une class action à la française ? », *D*. 2005, p. 2180.

Guiomard (F.),

- « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *RDT* 2006, p. 222.
- « Quelles réformes pour la justice sociale ? Première partie : les juridictions », *RDT* 2014, p. 129
- « Quelle place faire aux actions de groupe en droit du travail ? », *RDT* 2014, p. 568.
- « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXIème siècle : un texte d'anesthésie ? », *RDT* 2016, p. 52.

Halpérin (J.-L)., « La naissance de l'obligation de sécurité, *in L'obligation de sécurité*, colloque de Chambéry, *Gaz. Pal*. du 21 au 23 septembre 1997, n° 264 à 266, p. 6.

Hardy (J.), « La création d'un fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », *JCP* E 2001.605.

Hauksson-Tresch (N.), « La détermination par le juge du mode de réparation », *LPA* 29 mai 1998, n° 64, p. 4.

Hauser (J.), « Rapport de synthèse », colloque du centenaire de la loi du 9 avril 1898, Univ. Montesquieu-Bordeaux IV, 9 avril 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 669.

d'Hauteville (A.), « Recherche sur la réparation du dommage. Bilan d'activité des fonds d'indemnisation », *Mission de recherche Droit&Justice*, 2009, Montpellier I.

Henriet (B.), « Entreprise éclatée et gestion du travail », *in* Supiot (A.) (sous la dir.), *Le travail en perspectives*, LGDJ, Paris, 1998, p. 199.

Henriot (J.), « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité », *APD*, 1977, p. 59.

Hesse (Ph.-J.),

- « La rénovation des concepts juridiques », *Dr. soc.* 1990, p. 708.
- « La genèse d'une loi : de la révolution industrielle à la révolution judiciaire », *Dr. soc.* 1998, p. 638.

Heuzé (V.), « Une reconsidération du principe de la réparation intégrale », Actes du colloque organisé par la Cour de cassation « Incertitude et réparation », disponible sur le site : https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_formations_4/2005_2033/publique_incertitude_8058.html.

Hontebeyrie (A.), « Prescription extinctive », *Répertoire Dalloz Droit civil*, n° 18.

Houtcieff (D.),

- « Rapport de synthèse : les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *LPA* 10 juin 2005, n° 115, p. 16.
- « Les sanctions de la formations du contrat », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2013, p. 115.

Huet (J.) et Lamarche (T.), « Extinction du droit de créance ou prescription de l'action : *what a question* ! », *JCP* E 2012.1529.

Humbert (T.), « La disparition des effets de l'inopposabilité des accidents du travail en cas de faute inexcusable de l'employeur », *JCP* S 2013.1096.

Humbert (Th.) et Godet (Th.), « La difficile mission de l'employeur de veiller au "bien-être mental" de ses salariés », *JSL* 2011, n° 303-6.

Icard (J.),

- « Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. Compromis historique ou énième concession à l'économicisme ? », *Cah. soc*. juillet 2013, p. 280.
- « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », *JCP* S 2014.393.
- « Requalification-sanction et prescription », *Cah. soc.* avril 2015, p. 242.

Inès (B.), « Salarié protégé : indemnités dues en cas de nullité de la prise d'acte pour harcèlement », *D. actualités*, 1er août 2014.

Ivainer (T.), « Le pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation des indemnités réparatrices », *D.* 1972, p. 7.

Izard (S.), « Les 61 principes disparaissent du Code du travail », *SSL* 2016, n° 1715, p. 2.

Jauffret-Spinosi (C.), « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », *in* Dossier spécial, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage?, *LPA* 20 novembre 2002, p. 8.

Jeansen (E.), « Pour un cantonnement raisonné de l'obligation patronale de sécurité », *RDT* 2016, p. 225.

Jeammaud (A.),

- « Les polyvalences du contrat de travail », *in Mélanges G. Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 1989, p. 299.
- « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron. XXXIV, p. 199.
- « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc*. 2004, p. 694
- « Libertés et pouvoirs. Un double paradoxe et un paradoxe apparent », *SSL* 2011, supp. n° 1508, p. 137.
- « Des principes du droit du travail », *SSL* 2015, n° 1703, p. 9.

Jeammaud (A.), Le Friant (M.), Lyon-Caen (A.), « L'ordonnancement des relations du travail », *D.*1998, p. 359.

Jeammaud (A.) et Véricel (M.), « Échos d'un colloque "Réformer le Code du travail : pour quoi faire ?" », *SSL* 2016, n° 1729, p 5.

Jestaz (Ph.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. XXXII, p. 197.

Josserand (L.), « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932, p. 1.

Jourdain (P.),

- « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », *in 6èmes Journées R. Savatier*, *Les métamorphoses de la responsabilité civile*, Paris, PUF, Paris, 1998, p. 65.
- « Les principes de la responsabilité civile », *D.* 2000, p. 23.
- « Le préjudice et la jurisprudence », *RCA* n° spécial 2001, p. 45 et s.
- « Les dommages-intérêts alloués par le juge : rapport français » *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, LGDJ, Paris, 2001, p. 263.
- « Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle : la responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 2007, n° 139, p. 52.
- « Du critère de la responsabilité civile », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 553.
- « Risque et préjudice : indemnisation des pertes de revenus volontairement subies par des salariés pour échapper à la réalisation du risque créé par l'exposition à l'amiante » *RTD Civ*. 2009 p. 325.
- « Les nouveaux usages de la perte de chance », *RTD civ*. 2010, p. 330.
- « Comment traiter le dommage potentiel ? », *RCA* 2010, dossier 11 : « *L'expression semble paradoxale : si le dommage, pour être réparable, doit être certain, comment le risque pourrait-il être préjudiciable (et réparable) ?*».
- « L'immunité civile du préposé », *RCA* mars 2013, dossier, art. 14.

Juglart (M. de), « L'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD civ*. 1945, p. 1.

Kayser (P.), « Un arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique », *D.* 2001, p. 1889.

Keller (M.),

- « La réparation du préjudice né de la perte d'emploi », *Dr. ouvr.* 1996, p. 224.
- « La compétence du TGI dans les litiges du travail », *Revue générale des procédures*, 1999, p. 444.
- « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques », *Dr. soc.* 2006, p. 861.
- « Ouvrir l'action en justice du comité d'entreprise », *RDT* 2007, p. 431.
- « Les principes du droit civil de la réparation de l'entier préjudice appliqués aux rapports de travail », *Dr. ouvr*. 2011, p. 235.

Keim-Bagot (M.),

- « Le préjudice d'anxiété en questions », *RDC* 2015, p. 15.
- « Les atteintes à la santé – Réflexions sur l'ordonnancement des préjudices », *in* Colloque *Préjudices et indemnisation en droit social*, *Dr. ouvr*. 2015, p. 476.

- « Une réforme des juridictions de sécurité sociale en mouvement », *RDT* 2016, p. 360.

Knetsch (J.), « La désintégration du préjudice moral », *D.* 2015, p. 443.

Lacabarats (A.),

- Préface, *in* Blatman (M.), Verkindt (P.-Y.) et Bourgeot (S.), *L'état de santé du salarié,* Liaisons, Paris, 2014.
- « Compétence des juges des référés », *in Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, Paris, 2014, n° 125.06.
- « Les conseils de prud'hommes », *RJS* 3/16, p. 187.

Lafore (R.), « Droit du travail et Sécurité sociale : la revanche de la protection sociale », *Dr. soc.* 2009, p. 1076.

Lafuma (E.), « Prévention des risques et droit des réorganisations : dans les plis de la loi de sécurisation de l'emploi, la santé cherche son juge », *Dr. ouvr*., 2015, p. 340.

Lagarde (X.), « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », *RTD civ*. 2002, p. 435.

Lagorsse (J.-M.), « L'évaluation du préjudice lors des licenciements intervenus sans cause réelle ni sérieuse », *Dr. ouvr*. 1996, p. 284.

Lahalle (T.),

- « Action en substitution ou action syndicale », *JCP* S 2010.1070.
- « *La justice prud'homale à l'aune des lois du 18 décembre 2014 et du 6 août 2015* », *JCP* S 2015.1324.

Laithier (Y.-M.), « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs », *in Droit et économie du contrat*, LGDJ, Paris, 2008, p. 141.

Lambert-Faivre (Y.),

- « L'évolution de la responsabilité civile, d'une dette de réparation à un créance d'indemnisation » *RTD civ*. 1987, p. 1.
- « Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels », *D*., 1992, p. 165.
- « Fondement et régime de l'obligation de sécurité », *D.* 1994, p. 81.
- « Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthodologie d'indemnisation », *in Responsabilités et assurances, Mélanges R. O. Dalcq*, Larguier, Bruxelles, 1994, p. 352.
- « Le dommage corporel entre l'être et l'avoir », *Resp. civ. et assur.*, 1997, chron., n° 31.
- « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ*., 1998, p. 1.
- « L'indemnisation du dommage corporel: problèmes juridiques et économiques », *D.* 2004, p. 161.
- « Dommage corporel, mieux réparer l'irréparable », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum,* LGDJ, 2008, p. 567.

Langlois (Ph.),

- « Droit civil et contrat collectif de travail », *Dr. soc*. 1988, p. 395.
- « La doctrine de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc*. 2006, p. 1084.

Lanouzière (H.), « La prévention des risques psychosociaux du point de vue du Code du travail », *SSL* 2011, n° 1480, p. 6.

Lapyade Deschamps (C.), « L'avenir de la responsabilité civile, Quelle(s) réparation(s)? », *in* La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle. Bilan prospectif, *RCA* hors -série, juin 2001, p. 62.

Lapérou-Scheneider (B.), « De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail », *Dr. soc*. 2015, p. 256.

Lardy-Pélissier (B.), « La pénibilité : au-delà de l'immédiat et du quantifiable », *RDT* 2011, p. 160.

Laroque (P.), « Contentieux social et juridictions sociales », *Dr. soc.* 1954, p. 271.

Larroumet (C.), « Pour la responsabilité contractuelle », *in Études offertes à P. Catala*, *op. cit*., p. 543.

Lassale (J.-P.), *La constitution américaine*, La documentation française.

Latina (M.), « Contrat (Généralités) », *Répertoire Dalloz de droit civil*, n° 93.

Laulom (S.),

- « L'indépendance affirmée de l'article 9 du Code civil du droit commun de la responsabilité », *D.* 1997, p. 403.
- « Égalité de traitement entre les personnes : une directive de trop ? », *RDT* 2009, p. 8
- « Les droits sociaux fondamentaux rempart des déconstructions des droits du travail », *RDT* 2013, p. 410.

Ledoux (M.) et Quinquis (F.), « L'obligation de sécurité de résultat à l'épreuve du préjudice d'anxiété », *RJS* 6/15, p. 355.

Leduc (F.),

- « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux », *RCA* 2001, hors-série juin 2001, p. 50.
- « Le droit de la responsabilité hors le Code civil », *LPA*¸ 6 juillet 2005, n° 133, p. 3.
- « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ?: point de vue privatiste », *Resp. civ. et assur.*, mars 2010, Dossier 3.
- « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *in Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, Dalloz, Paris, 2014, p. 121.
- « La forme de la réparation », fasc. 296-13, *in* Brun (Ph.) (sous la dir.), *Droit de la responsabilité*¸ Lamy Droit civil.
- « La conception générale de la réparation intégrale », *in La réparation intégrale en Europe*, *Études comparatives des droits nationaux*, p. 31.

Le Gac-Pech (S.), « La figure contractuelle en droit du travail », *D.* 2005, p. 2250.

Légier (G.), « La faute inexcusable de la victime d'un accident de la circulation régi par la loi du 5 juillet 1985 », *D.* 1986, p. 97.

Legros (B.),

- « Le contentieux de l'indemnisation des victimes de l'amiante », *JCP* S 2008.1531.
- « La transposition de l'accord cadre du 8 octobre 2004 sur le stress au travail », *JCP* S 2009.1280.

Lerouge (L.),

- « Les différences de traitement juridique du harcèlement moral dans le secteur privé et la fonction publique: des rapprochements possibles? », *Dr. soc*. 2012, p. 483.
- « Suicide du salarié et faute inexcusable de l'employeur : quelles évolutions juridiques? », *RDSS* 2012, p. 373.
- « "La santé mentale est une composante de la santé" - Considérations juridiques sur les liens indissociables entre travail et santé mentale, sur l'intrication des obligations de sécurité et de prévention », *JSL* 2016, n° 411-1.

Le Roy (M.), « La réparation des dommages en cas de lésions corporelles : préjudice d'agrément et préjudice économique », *D.* 1979, p. 49.

Le Tourneau (Ph.) et Julien (J.), « La responsabilité extra-contractuelle du fait d'autrui dans l'avant-projet de réforme du Code civil », *in Études offertes à G. Viney*, *Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 579.

Leturmy (L.), « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ*. 1998, p. 839.

Levannier-Gouël,

- « L'action syndicale liée à l'action du CE : l'action syndicale sous tutelle », *SSL* 2011, n° 1499, p. 11.
- « Areva NC : la jurisprudence *Snecma* fait-elle pschitt ? », *SSL* 201, n° 1697, p. 6.

Lienhard (C.), « Pour un droit des catastrophes », *D.* 1995, p. 91

Lhuilier (G.), « Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1995, p. 162.

Liedtke (P.-M.), « L'évolution de la responsabilité civile aux États-Unis : leçons pour l'assurance européenne », *Risques*, n° 60, décembre 2004, p. 95.

Lienhard (C.), « L'avenir du droit à réparation », *in La réparation du dommage corporel : le juste prix*, Paris 23 novembre 2006, CNB, *Gaz. Pal.*, 11 et 12 février 2007, p. 52.

Lokiec (P.),

- « Les licenciements boursiers », *Dr. soc*. 2011, p. 1229.
- « Les idéologues de la simplification », *SSL* 2015, n° 1677, p. 4.
- « Les 61 principes ne lèvent en rien les inquiétudes suscitées par le futur code du travail », *SSL* 2016, n° 1708, p. 8.
- « Le motif économique malmené dans le projet de loi Travail », *SSL* 2016, n° 1718, p. 4.

Lokiec (P.), Lyon-Caen (A.), « Contre la violation du droit du licenciement », *SSL* 2012, n° 1532, p. 6.

Lokiec (P.) et Robin-Olivier (S.), « Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi », *RDT* 2006, p. 48.

Loiseau (G.),

- « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dr. Soc*. 2010. p. 297.
- « Des droits humains pour personnes non humaines », *D*. 2011, p. 2558.
- « L'obligation de sécurité », *in Les rencontres de la Chambre sociale 2012*, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 1er octobre 2012, n° 768, p. 31.
- « Les accords de maintien dans l'emploi », *JCP* S 2013.1260.
- « L'identification des effets du co-emploi », *JCP* S 2013.1439.
- « Le co-emploi est mort, vive la responsabilité délictuelle », *JCP* S 2014.1311.
- « Le CHSCT : honni soit qui bien y pense », *SSL* 2015, n° 1698, p. 11.
- « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP* S 2015.1468.

Loiseau (G.) et Martinon (A.), Éditorial « Le préjudice nécessairement causé », *Cah. Soc*. 2015, n° 279, p. 553.

Loquin (E.), « Fasc. 135. Clauses dissuasives des litiges », *JCl Contrats distribution*¸ n° 34.

Lyon-Caen (A.),

- « Le Comité d'entreprise, institution représentative du personnel », *Dr. ouvr*., 1986, p. 355.
- « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 68.
- « La chambre sociale et la consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc*. 1996, p. 484.
- « Une révolution dans le droit des accidents du travail », *Dr. soc.* 2002, p. 445.
- « Géographie du droit du travail », *in Les lieux du droit du travail*, *SSL* 2003 suppl., n° 1140, p. 16.
- « Action de groupe et droit du travail », *RLDC* 2006, n° 33, p. 77.
- « Le pouvoir entre droit du travail et droit des sociétés. À propos du licenciement dans une S.A.S. », *RDT* 2010, p. 94.

- « Plafond », *RDT* 2015, p. 489.
- « Complexité du barème », *RDT* 2016, p. 65.

Lyon-Caen (G.),

- « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. Phil. De Dr.* 1968, t. 13, p. 59.
- « Du rôle des principes généraux de droit civil en droit du travail », *RTD civ*. 1974, p. 231.
- « La recherche des responsabilités dans les conflits du travail », *D*. 1979, p. 255.
- « La concentration du capital et le droit du travail », *Dr. soc.* 1983, p. 287.
- « Les victimes d'accidents du travail, victimes aussi d'une discrimination », *Dr. soc.* 1990, p. 737.
- « Divagations sur un adjectif qualitatif », *in Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 348.
- « L'état des sources en droit du travail », *Dr. soc*. 2001, p. 1031.

Lyon-Caen (G.) et Bonnetête (M.-C.), « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc*. 1973, p. 493.

Maistre du Chambon (P.), fasc. 220 « Régime de la réparation – action en réparation – parties à l'instance », *JCl Civil Code, Art. 1382 à 1386*, n°14.

Maggi-Germain (N.), « La capacité du salarié à occuper un emploi », *Dr. soc*. 2009, p. 1234.

Mainguy (D.), « À propos de l'introduction de la class action en droit français », *D.* 2005, p. 1282.

Mainguy (D.) et Depincé (M.), « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP* E 2014.1144.

Maistre du Chambon (P.), « La responsabilité civile sous les fourches caudines du juge pénal », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle : bilan prospectif, RCA* hors série, juin 2001, p. 25.

Malaurie (Ph.),

- « La jurisprudence combattue par la loi », *in Mélanges offerts à R. Savatier,* Dalloz, Paris, 1964, p. 603.
- « Liberté et responsabilité », *Defrénois*, n° 05/04, p. 351.
- « L'effet prophylactique du droit civil», *in Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 669.

Margeat (H.), « Déclin, rémanence ou renaissance de la responsabilité civile », *Risques*, n° 10, avril-juin 1992, p. 25.

Marquet de Vasselot (L.) et Martinon (A.), « Les comptes du comité d'entreprise », *JCP* S 2015.1168.

Martinez (J.), « Les mouvements d'extension du droit de la santé au travail », *JCP* S 2009, p. 1170.

Martinon (A.),

- « Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? », *LPA*, 28 novembre 2012, n° 238, p. 16.
- « Emploi et licenciements économiques », *Dr. soc*. 2016, p. 324.

Maury (F.), « Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat, *RRJ* 1998-4, p. 1243.

Mayaud (Y.), « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal », *D*. 2000, p. 603.

Maynial (P.), « S'en tenir au droit commun de la procédure », *RDT* 2007, p. 428.

Mazars (J.), « La Cour de cassation et l'indemnisation des préjudices », Actes du colloque organisé par la Cour de cassation, *Incertitude et réparation*, 2005.

Mazaud (J.-P.), « Le nouveau régime des PSE : l'approche du juge administratif », *Dr. ouvr*. 2015, p. 246.

Mazeaud (H.), « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p. 1.

Mazeaud (H. et L.), « L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *DH* 1935, chron. p. 5.

Mazeaud (L.), « L'assimilation de la faute lourde au dol », *DH* 1933, p. 49.

Mazeaud (D.),

- « Les clauses pénales en droit du travail », *Dr. soc*. 1994, p. 343.
- « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de "l'idéologie de la réparation") », *in Le droit privé français à la fin du XX*ème *siècle, Études offertes à Pierre Catala, op. cit*, p. 569.
- « Responsabilité civile et précaution », *in* La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle. Bilan prospectif, *RCA* hors -série, juin 2001, p. 72.
- « La sécurité dans l'entreprise », *Dr. soc*. 2007, p. 739.
- « Les conventions portant sur la réparation », *RDC* 2007, p. 149.
- « À partir d'un petit cas tragique Outre-Rhin : retour sur le désordre de la distinction des ordres de responsabilités… », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 711.

Méadel (J.), « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français », *LPA* 17 avril 2007, p. 6.

Méda (D.), « Flexicurité : quel équilibre entre flexibilité et sécurité ? », *Dr.soc.* 2009, p. 763.

Mekki (M.),

- « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA*, 12 janvier 2005, n° 8, p. 3.
- « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, p. 679.
- « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 739.

Mémenteau (G.), « L'action de vie dommageable », *JCP* G 2000.I.279.

Mésa (R.),

- « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012, p. 2755.
- « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCP* G 2012.625.

Mestre (J.),

- « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », *Dr. soc*. 1988, p. 405.
- « L'activité contractuelle des préposés », *RTD civ.* 1989, p. 307.
- « De quelques avancées de l'obligation de renseignement », *RTD civ*. 1990, p. 465.

Metin (D.) et Doudet (S.), « Délais déraisonnables de la procédure prud'homale : l'État condamné », *SSL* 2012, n° 1529, p. 8.

Meyer (F.),

- « La problématique de la réparation intégrale », *Dr. soc.* 1990, p. 718.
- « Droit à la santé : faute inexcusable et licenciement », *RDT* 2006, p. 103.
- « L'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles : une jurisprudence incohérente », *Dr. ouvr*. 2010, p. 509.

- « Les victimes face à la redéfinition jurisprudentielle de la nature juridique de la rente », *Dr. soc*. 2015, p. 293.

Michalletz (M.), « Les moyens d'inopposabilité opérants en cas de faute inexcusable de l'employeur », *JCP* S 2013.1085.

Milet (L.),

- « Le recours contre l'employeur responsable d'un accident du travail résultant d'un accident de la circulation », *Dr. ouvr*. 1993, p. 205.
- « Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », *RPDS*, 2002, p. 191.
- « Les voies de la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles », *Dr*. soc. 2002, p. 840.
- « La nouvelle faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle », *RPDS*, mars 2002, p. 91.

Mo (C.) et Dahan (A.), « Faute inexcusable et compétence prud'homale : un imbroglio juridique enfin achevé ? », *JSL* 2014 n° 372-1.

Molfessis (N.),

- « Les victimes de l'amiante et le principe de réparation intégrale en quête de cour suprême », *RTD civ*. 2001, p. 229.
- « La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlisement de la Cour de cassation », *in Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, Paris, 2004, p. 495.

Monteillet (I.), « Les arrêts "amiante" de la Cour de cassation du 28 février 2002 », *RJS* 5/02, p. 403.

Morin (M.-L.), « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », *Dr. soc*. 2008, p. 24.

Mornet (B.),

- « L'indemnisation des préjudices en cas de blessures ou de décès », document interne à destination des Cours d'appel, consultable notamment depuis le site http://www.avocats-toulouse.com/spip.php?article52.
- « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel », *Gaz. Pal.*, 2 et 3 juin 2010, p. 8

Morvan (P.),

- « Le "déflocage" de la faute inexcusable », *RJS* 6/02, p. 495.
- « *Securitas omnia corrumpit* ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs », *Dr. soc. 2007*, p. 674.
- « Les recalculés, personnages imaginaires d'un fascinant feuilleton », *JCP* G 2007.86.
- « Le contrat de télé-réalité », *SSL* 2008, n° 1357, p. 8.
- « L'étrange action en justice *Flodor*. Les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ? », *JCP* S 2009.1489.
- « Un *western* juridique : le risque de maladie professionnelle et les employeurs successifs », *Dr. soc.* 2015, p. 554.

Mouly (J.),

- « À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », *D*. 2008, p. 582.
- « Quelle indemnisation pour les salariés protégés irrégulièrement licenciés ? », *Dr. soc*. 2009, p. 1204.
- « Rupture anticipée du CDD pour inaptitude physique : une nouvelle immixtion des règles du CDI dans le CDD », *JCP* S 2011.1497.
- « L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés », *Dr. soc*. 2014, p. 729.

- « L'indemnisation du médecin du travail licencié sans autorisation administrative », *Dr. soc*. 2015, p. 227.
- « Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux ? », *RJS* 7/16, p. 491.

Mouly (J.) et Savatier (J.), « Droit disciplinaire », *Dictionnaire permanent Dalloz*, n° 169.

Muir-Watt (H.), « La modération des dommages en droit anglo-américain », *in* Dossier spécial, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage?, *LPA* 20 novembre 2002, p. 45.

Nasom-Tissandier (H.) et Rémy (P.), « L'action en exécution d'une convention collective par un syndicat non signataire », *D.* 2002, p. 361.

Néher-Schraub (N.), Table ronde : L'incidence de la nomenclature sur la qualité de l'indemnisation, *in* Actes du colloque « Autour de la nomenclature des préjudices corporels », Gaz. *Pal*. 27 décembre 2014, n° 361, p. 21.

Neyret (L.), « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *D.* 2008, p. 170.

Nguyen Thanh-Bourgeais (D.), « Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place dans la gamme des fautes », *RTD civ*. 1973, p. 496.

Nguyen Thanh Nha (J.), « L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défenseur à l'action en responsabilité », *RTD civ*. 1976, p. 1.

Odoul-Azorey (I.), « De "l'information-consultation anticipée" des IRP... à la refondation du droit commun de l'information-consultation ? », *RDT* 2013, p. 192.

Olszak (N.), « La défense collective des intérêts : la loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels », *in* J.-P. Le Crom (sous la dir.), *Deux siècles de droit du travail*, Les éditions de l'Atelier, Paris, 1998, p. 61.

Oppetit (B.), « Le droit hors la loi », *Droits*, n° 10, 1989, p. 49.

Ortscheidt (J.), « Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international », *in* Dossier spécial, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage?, *LPA* 20 novembre 2002, p. 17.

Orif (V.), « L'identification délicate du juge compétent », *Dr. soc.* 2013, p. 764.

Ouaniche (M.), « Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *JCP* E 2014.1194.

Pachod (J.), Oillic-Tissier (C.) et Antoni (A.), « La prévention, priorité de la branche accidents du travail et maladies professionnelles », *RDSS* 2010, p. 628.

Pagnerre (Y.,)

- « La requalification de l'acte », *in La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2012, p. 158.
- « Le co-emploi à l'épreuve du droit des contrats et du droit processuel : de l'incompétence de l'Administration à reconnaître un co-emploi », *JCP* S 2014.1263.

Pagnerrre (Y.) et Chatard (D.), « Obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement : des précisions insuffisantes », *JCP*S 2015.1457.

Paillet (M.), « L'enfant-préjudice devant le juge administratif et la dignité de la personne », *in Mélanges Bolze*, Economica, Paris, 1999, p. 261.

Paisant (G.) , « Les clauses pénales sont-elles encore licites dans les contrats de bail et de travail ? », *JCP* G 1986.I.3238.

Pasquier (T.),

- « La Cour de cassation gardienne de la prescription », *SSL* 2013, n° 1608, p. 4.

- « Le préjudice à la croisée des chemins », *RDT* 2015, p. 741

Pécaut-Rivolier (L.),

- « Le paradoxe d'un contentieux éclaté », *in 13 paradoxes en droit du travail*, collection Lamy Axe droit, Paris, 2012, p. 383.
- « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel », *Dr. soc*. 2012, p. 469.
- « Discriminations collectives en entreprise : pour une action collective spécifique », *RDT* 2014, p.101.

Pegado Liz (J.), « Le modèle portugais d'opting-out », discours prononcé lors du colloque « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice ».

Pélissier (J.),

- « La réforme du licenciement », *D*., 1973, p. 257.
- « Premières orientations de la cour de cassation sur la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. soc.* 1977, p. 21.
- « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. soc*. 1988, p. 387.
- « La liberté du travail », *Dr. soc*. 1990, p. 19.

Pelletier (F.), « L'ANI sur le harcèlement et la violence au travail : de nouvelles obligations pour l'employeur ? », *JCP* S 2010.253.

Penneau (A.),

- « Regards croisés sur l'action en défense de l'intérêt collectif des syndicats de salariés et des associations de consommateurs », *LPA* 29 avril 2005.
- « Sécurité des personnes : règlementation ou normalisation ? Quelles évolutions, quelles limites ? », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 763.

Pérès (C.), « L'intérêt général et les lois restrictives de responsabilité civile », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 805.

Périer (M.), « Régime de la réparation, Évaluation du préjudice corporel », *JCl responsabilité civile et assurance*, fasc. 202-1-1.

Perotto (J.) et Mathey (N.), « La mise en jeu de la responsabilité de la société mère est-elle une fatalité ? Regards croisés sur les groupes de sociétés et le risque de co-emploi », *JCP* S 2014.1262.

Peschaud (H.), « Le droit de substitution et les garanties des salariés », *Dr. ouvr*. 2000, p.478.

Peskine (E.),

- « L'imputation en droit du travail. À propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », *RDT* 2012, p. 347.
- « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », *RDT* 2013, p. 168.
- « Le coemploi dans l'angle mort », *RDT* 2014, p. 663.

Petit (F.),

- « Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? », *Dr soc*. 2002, p. 1073.
- « L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur », *Dr. soc*. 2004, p. 262.

Petit (S.), « Une nouvelle définition du délit d'imprudence », *Gaz. Pal*., 9-11 juillet 2000, n° 193, p. 2.

Petit (B.) et Rouxel (S.), fasc. 50, « Article 1136 à 1145 », *JCl Code Civil*, n°88.

Picca (G.), « Droit civil et droit du travail: contraintes et légitimité », *Dr. soc*. 1988, p. 426.

Picod (Y.), « Obligations », *Rép. Dalloz Droit civil*.

Piedelièvre (A.), « Quelques réflexions sur la maxime "*Quod nullum est, nullum producit effectum*" », *in Mélanges Voirin*, LGDJ, Paris, 1966, p. 638.

Piedelièvre (S.),

- « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle : bilan prospectif* », Colloque Chambéry, *Resp. civ. et ass.*, Hors-série, juin 2011, p. 68.
- « Étude 330. La faute contractuelle », n° 230-53, *Lamy Droit de la responsabilité.*

Pierchon (M.), « La réparation d'un AT-MP entre le Tass et le CPH », *JCP* S 2007.1666.

Pierre (Ph.),

- « La place de la responsabilité objective, Notion et rôle de la faute en droit français », *RDLC* 2010, n° 3802, p. 16.
- « Le passé de la victime: l'influence de l'état antérieur », *Gaz. pal.* 2011, 9 avril 2011, n° 99, p. 153.
- « Les présomptions relatives à la causalité », *RLDC*, 2007, supp. n° 40, p. 39.
- « La nomenclature : une dynamique ? », *in* Actes du colloque « Autour de la nomenclature des préjudices corporels », *Gaz. Pal.* 27 décembre 2014, n° 361, p. 11.
- « Les dommages et intérêts punitifs ou restitutoires (en droit français et européen) », *Revue juridique de l'Ouest*, 2014, n° 2, p. 23.

Pierre (Ph.) et Leduc (F.), «Introduction », *in La réparation intégrale en Europe, Études comparatives des droits nationaux*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 19.

Pignarre (G.),

- « À la redécouverte de l'obligation de *praestare* », *RTD civ*. 2001, p. 41
- « Souffrance au travail et réparation des risques professionnels », *RDT* 2010, p. 305.
- « Simple réserve, mais grands effets… », *RDT* 2011, p. 186.
- « Robert Badinter, Antoine Lyon-Caen, Le travail et la loi », *RTD civ*. 2015, p. 731.

Pignarre (L.-F.),

- « Regard critique sur le dépassement du droit commun de la responsabilité », n° 214-80, *Lamy Droit de la responsabilité*, 2013.
- « La notion de préjudice », n° 214, *Lamy Droit de la responsabilité*.

Pignarre (G. et L. -F.), « Conditions de travail et droits fondamentaux : naissance d'un préjudice spécifique », *RDT* 2012, p. 297.

Pimont (S.),

- « Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage », *RLDC* oct. 2004, p. 15 et nov. 2004, p. 14.
- « Clause pénale », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

Pinson (A.) et Soukpraseuth (D.), « Retour sur l'ordre public en droit du travail et son application par la Cour de cassation », *BICC* avril 2011, p. 6.

Pizzio-Delaporte (C.), « Libertés fondamentales et droits du salarié le rôle du juge », *Dr. soc.* 2001, p. 404.

Pollaud-Dulian (F.), « Le droit moral en France », *in Le droit moral de l'auteur*, Congrès d'Anvers (19-24 septembre 1993), Association Littéraire et Artistique Internationale, 1993, p. 146.

Poncet (S.), « Le régime social des indemnités transactionnelles versées aux salariés licenciés pour faute grave », *JSL* 2012, n° 319-1.

Pontier (J.-M.), « Le dommage et le préjudice », Actes du colloque, *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, 11 et 12 mai 2001, Sénat.

Porchy-Simon (S.),

- « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », *D*. 1998. chron., p. 379.
- « Indemnisation des salariés victimes de faute inexcusable, la nouvelle donne ? », *in* Colloque Droit du dommage corporel, *Gaz. Pal.*, 19 et 20 décembre 2010, n° 353 à 355, p. 31.
- « L'indemnisation des préjudices des victimes de faute inexcusable à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : réelle avancée ou espoir déçu ? », *D.* 2011, p. 459.
- « Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin », *in Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert, Droit et économie de l'assurance et de la santé,* Dalloz, Paris, 2002, p. 361.

Porta (J.), « Discrimination, égalité et égalité de traitement », *RDT* 2011, p. 290.

Poulain (G.), « Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur », *Dr. soc.* 1981, p. 754

Pradel (J.), « Au confluent des relations de travail et du droit pénal : l'exemple du délit d'entrave à la liberté du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 37.

Prétot (X.),

- « Les sanctions administratives de l'insécurité au travail », *Dr. soc*. 2007, p. 7073
- L'indemnisation de la faute inexcusable de l'employeur est-elle conforme à la Constitution ? » *Dr. soc*. 2011, p. 1208.

Prévost (J.-B.),

- « Justice de la justesse, à propos de la réparation du dommage corporel », *in Réparation du dommage corporel, Gaz. Pal*., 30-31 janvier 2009, p. 6.
- « L'inéluctabilité de la réparation intégrale », *in* Colloque Droit du dommage corporel, *Gaz. Pal.*, 19 et 20 décembre 2010, n° 353 à 355, p. 18.
- « Aspects philosophiques de la réparation intégrale », *in Réparation intégrale : mythe ou réalité ?*, colloque organisé par le conseil national des barreaux, *Gaz. Pal*., 9-10 avril 2010, p. 7.
- « Travail et socialité: une analyse de la valeur travail », *Gaz. Pal*. 2010, n° 222, p. 32

Puigelier (C.), « Peut-on faire confiance aux juristes ? », *in La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 3833.

Quenillet-Bourrié (M.), « L'évaluation monétaire du préjudice corporel: pratique judiciaire et données transactionelles », *JCP* G 1995.I.3818.

Quétant (G.-P.), « Le conseil de prud'hommes, juge des litiges de la sécurité sociale », *SSL* 2008, supp. n° 1352, p. 39.

Quezel-Ambrunaz (C.), « Définition de la causalité en droit français… », *in La causalité dans le droit de la responsabilité civile européenne*, Séminaire du GERC, Genève, 2010.

Quinquis (F.), « Anxiété : remettre la prévention au cœur du débat », *SSL* 2015, n° 1693, p. 11.

Radé (Ch.),

- « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile; 1- L'impasse », *D.* 1999, chron. p. 313.
- « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile; 2- Les voies de la réforme: la promotion du droit à la sûreté », *D*. 1999, chron. p. 323.
- « Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2000, n° spéc., p. 75.
- « Être ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question ! », *RCA* 2001, chron., p. 4.

- « La figure du contrat dans le rapport de trvail », *Dr. soc*. 2001, p. 802.
- « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr. soc.* 2002, p. 931.
- « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.* 2003, chron. p. 2247.
- « Retour sur le phénomène Perruche : vrais enjeux et faux-semblants », *in Mélanges Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 231.
- « L'obligation de sécurité plus forte que le pouvoir de direction », Lexbase, éd. Soc., 2008, n° 297.
- « Autorité et responsabilité au sein de l'entreprise », *RLDC*, n° 51 suppl., 2008, p. 39.
- « Responsabilité et solidarité : propositions pour une nouvelle architecture », *RCA* 2009, dossier 5.
- « Publication du rapport Pécaut-Rivolier sur les discriminations collectives en entreprise », *Dr. soc*. 2014, p. 106.
- « Préjudices et indemnisation : à la croisée des disciplines », *in* Colloque *Préjudices et indemnisation en droit social*, *Dr. ouvr*. 2015, p. 441.
- « Le code a changé », *Dr. soc*. 2016, p. 1
- « Fasc. 10. Droit à réparation. – Conditions de la responsabilité contractuelle. – Dommage », *JCl Civil*, art. 1146 à 1155 », *JCl Civil Code, art. 1146 à 1155*.
- « Fasc. 170. Droit à réparation – Conditions de la responsabilité contractuelle – Dommage », *JCl Responsabilité civile et assurances*.

Radé (Ch.) et Tournaux (S.), « Retour sur le "phénomène" Magnaud et l'influence d'un magistrat hors norme sur l'évolution du droit du travail », *Dr. soc*. 2015, p. 596.

Rage (J.-F.) et Bied-Charreton (C.), « Le point sur les indemnités contractuelles de rupture », *SSL* 2016, n° 1713, p. 5.

Rajot (B.), « Livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel présenté par l'Association Française de l'Assurance : les assureurs parviendront-ils à se faire entendre ? » *Resp. civ. et assur.* 2008, focus n°25.

Ravez (D.) et Zissmann (A.), « Échange sur le thème de la réparation intégrale du préjudice », *Dr. ouvr*. 2001, p. 247.

Ravit (V.) et Sutterlin (O.), « Réflexions sur le destin du préjudice écologique "pur" », *D.* 2012, p. 2675.

Remond-Gouilloud (M.), « Le prix de la nature », *D* 1982, p. 33.

Rémy (Ph.),

- « Critique du système français de responsabilité civile », Droits et cultures 1996, p. 31.
- « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ*. 1997, p. 323 et s.

Rémy (Ph.) et Borghetti (J.-S.), « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2011, p. 68.

Rémy-Corlay (P.), « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005, n° 1, p. 13.

Revet (Th.),

- « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc*. 1992, p. 859.
- « La liberté du travail », *in Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz 2000, p. 587.

Reynès (B.), « L'action en requalification des contrats de travail à durée déterminée sous le feu de la prescription », *JSL* 2014, n° 371-1.

Ricoeur (P.), « Le concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique », *in Esprit*, nov. 1994, p. 28.

Ripert (G.), « Le prix de la douleur », *D.* 1948, p .1.

Rivéro (J.),

- « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1982, p. 422.
- « L'effet dissuasif de la sanction juridique », *in Mélanges P. Raynaux*, Dalloz, Paris, 1985, p. 676.

Robineau (M.), « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices », *JCP* G 1010.612.

Roblot (R.), « De la faute lourde en droit privé français », *RTD civ*. 1943, p. 1-25.

Roca (C.), fasc. 115, « Droit à la réparation », *JCl Responsabilité civile et assurances*.

Rochfeld (J.),

- « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'Homme », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 835.
- « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ*. 2001, p. 671.

Roets (D.), « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition? », *D*. 1997, chron. p. 92.

Rolland (Y.), « Le conseil de prud'hommes entre mythe et réalité », *Dr. soc.* 2013, p. 618.

Roubier (P.), « L'arrêt des Chambres réunies du 2 décembre 1941 et la théorie de la responsabilité civile », *JCP* 1942. I.257.

Rouvière (F.), « La distinction entre restitution et indemnisation », *D*. 2015, p. 657.

Roy-Loustaunau (Cl.),

- « Réflexion sur le rôle du juge dans la requalification-sanction du contrat de travail à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990 », *JCP* E 1991.101.
- « Le sort de l'indemnité de précarité après requalification-sanction du CDD : une opération lucrative inattendue », *Dr. Soc*. 2001, p. 925.

Royez (M.), « Propositions d'évolution de la réparation », *Dr. soc.* 1990, p. 734.

Ruellan (C.) , « La perte de chance en droit privé », *RRJ* 1999, p. 729.

Saada (R.), « Ça ira mieux demain…! Pour agrandir la brèche dans la forfaitisation des préjudices des accidentés du travail », *Dr. ouvr*. 2011, p. 261.

Sachs (T.),

- « Du bon usage de la fraude dans le droit du licenciement pour motif économique », *SSL* 2012, n° 1542, p. 9.
- « Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique », *Dr. soc*. 2015, p. 1019.

Saedi (O.), « Dommages-intérêts ou dommages et intérêts Celle-ci ou celle-là ; ou bien les deux ? » *LPA* 7 juin 2005, n° 112, p. 6.

Saint-Jours (Y.),

- « Prévention et responsabilité en matière d'accidents du travail », *D*. 1977, p. 185.
- « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », *D.*, 1990, p. 113.
- « Une urgence pour les victimes d'accidents du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 690.
- « Les lacunes de la législation des accidents du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 692.
- « Accidents du travail, l'enjeu de la présomption d'imputabilité », *D*. 1995, p. 13

Saint-Pau (J.-Ch.),

- « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », *Mélanges H. Groutel*, Litec, Paris, 2006, p. 405.
- « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *RCA* mai 2013, dossier 23.

Saison-Demars (J.), « Les "troubles dans les conditions d'existence" dans la droit de la réparation des accidents médicaux », *RDSS* 2008, p. 890.

Saleilles (R.),

- « Le risque professionnel dans le code civil », *La réforme sociale*, 1898, p. 640.
- « De l'abus de droit », Rapport présenté à la commission de révision du Code civil, *Bulletin de la société d'études législatives*, 1905, p. 325.

De Salve De Bruneton (J.), « Les principes constitutionnels et la responsabilité civile, in La création du droit jurisprudentiel », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, Paris, 2007, p. 407.

Saramito (F.), « Les domaines respectifs de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle en droit du travail », *Dr. ouvr*. 1987, p. 77.

Sargos (P.),

- « La fixation du point de départ de la prescription en matière d'assurance », *JCP* G 1998.I.130.
- « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP* G 2003.I.104.
- « Deux arrêts "historiques" en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information », *D*. 2010, p. 1522.
- « La saga triséculaire de la faute inexcusable », *D.* 2011, p. 768.

Sauzet (M.), « De la responsabilité des patrons », *Rev. crit. de législ. et de jurisp*., 1883, p. 596 et p. 677.

Savatier (R.),

- « Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile », *in Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offert à M. Laborde-Lacoste*, éd. Bière, Bordeaux, 1963, p. 321
- « Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile ? », *D*. 1966, chron. p. 149.

Savatier (J.),

- « Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile » *in Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à M. Laborde-Lacoste*, éd. Bière, Bordeaux, 1963, p. 321.
- « Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile ? », *D*. 1966, chron. p. 149
- Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise », *in Mélanges offerts à A. Brun*, Librairie sociale et économique, Paris, 1974, p. 257.
- « La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise », *Dr. soc*. 1986, p. 890.
- « À propos de l'action en justice des comités d'entreprise », *Dr. soc*. 1987, p. 101.
- « Réflexions sur les indemnités de licenciement », *Dr. soc.* 1989, p. 125.
- « Conditions d'application de la prescription quinquennale en matière de salaires », *Dr. soc.* 1992, p. 882.

Savaux (E.), « La fin de la responsabilité contractuelle ? » *RTD civ*. 1999, p. 1.

Savaux (E.) et Schütz (R.-N.), « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, Paris, 2005, p. 271, spéc., p. 274.

Sauzet (M.), « De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels », *Rev. crit.*, 1883, p. 59.

Seifert (A.), « L'effet horizontal des droits fondamentaux », *RTD* eur. 2012, p. 801.

Sériaux (A.),

- « Le juge au miroir de l'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », *in Mélanges C. Mouly*, Litec, Paris, 1998, p. 171.
- « L'avenir de la responsabilité civile, Quel(s) fondement(s) ? », *in* La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle. Bilan prospectif, RCA hors -série, juin 2001, p. 58.

Serinet (Y.-M.), « Les domaines respectifs de la remise en état par voie de restitution et de réparation », *in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 867.

Serverin (E.), « Trois définitions pour introduire une réflexion sur la réparation intégrale », *Dr. ouvr*. 2011, p. 227.

Serverin (E.) et Grumbach (T.), « La saga judiciaire Flodor. L'action délictuelle, une nouvelle étape dans le dossier Unichips-Flodor », *RDT* 2009, p. 693.

Simon (J.), « L'introduction de la class action ou action de groupe en droit français, une fausse bonne idée », *in L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, PUF, Paris, 2004, p. 111.

Simon (J.), Foulon (C.) et Ferrer (A.), « Faut-il introduire l'action de groupe en droit du travail ? », *RDT* 2012, p. 603.

Sinay (H.),

- « Un tournant du droit du travail : les arrêts Perrier », *D*. 1974, Chron. p. 237.
- « La neutralisation du droit de grève ? », *Dr. soc.* 1980, p. 250.

Sinay (H.) et Lyon-Caen (G.), « La réintégration des représentants du personnel irrégulièrement licenciés », *JCP* 1970.I.2235, n° 20.

Sirinelli (P.), « L'équilibre dans le contenu du contrat — Dalloz IP/IT (Droit de la propriété intellectuelle et du numérique), 2016, p. 240

Soubiran-Paillet (F.), « De nouvelles règles du jeu ? Le décret d'Allarde (2-17 mars 1791) et la loi Le Chapelier (14-17 juin 1791) », *in* J.-P. Le Crom (sous la dir.), *Deux siècles de droit du travail*, Les éditions de l'Atelier, Paris, 1998, p. 17.

Sousse (M.), Fasc. 30-10, « Expropriation pour cause d'utilité publique – Indemnisation », n° 55**,** *JCl Code Civil.*

Spyropoulos (G.), « Le droit du travail à la recherche d'un nouvel équilibre entre le social et l'économique : réflexions en marge d'un congrès », *Dr. soc*. 1992, p. 259.

Stankoff (S.), « La réparation du préjudice corporel par le juge judiciaire », *in L'indemnisation du dommage corporel : une indemnisation à géométrie variable, Gaz. Pal*., 18-19 avril 2008, p. 17.

Stoffel-Munck (Ph.),

- « Le préjudice moral des personnes morales », *in Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2008, p. 959.
- « Le fait de s'imaginer exposé à un risque dont rien ne démontre l'existence, est-il un préjudice réparable ?… », *JCP* G 2009.I.248.

Struillou (Y.), « Retour vers le futur, l'intervention du juge administratif dans le contentieux du licenciement économique », *SSL* 2013, n° 1592, p. 83.

Supiot (A.),

- « Le juge et le droit du travail », *Dr. soc*. 1980, p. 64.
- « Les pouvoirs de la formation de référé », *Dr. soc*. 1986, p. 535.

- « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc*. 1990, p. 485.
- « L'impossible réforme des juridictions sociales », *Revue française des affaires sociales* 1992, p. 97.
- « L'identité professionnelle », *in Les orientations sociales du droit contemporain, Études offertes au Professeur J. Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 409.
- « Le travail, liberté partagée », *Dr. soc*., 1993, p. 715.
- « L'avenir d'un vieux couple : travail et Sécurité sociale », *Dr. soc*. 1995, p. 823.
- « Autopsie du "citoyen dans l'entreprise" : le rapport Auroux sur le droit des travailleurs », *in* J.-P. Le Crom (sous la dir.), *Deux siècles de droit du travail*, Les éditions de l'Atelier, Paris, 1998, p. 265.

Tabuteau (D.), « Vers une réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles ? », *Dr. soc.* 2001, p. 304.

Taillandier (C.),

- « Chronique des premiers jugements des tribunaux administratifs sur les PSE », *SSL* 2014, n° 1623, p. 6.
- « Le conseil de prud'hommes entre crise et réforme », *SSL* 2015, n° 1696, p. 12.

Tallon (D.),

- « L'inexécution du contrat : pour une autre prestation », *RTD civ*. 1994, p. 223.
- « Pourquoi parler de responsabilité contractuelle? », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard cornu*, PUF, Paris, 1995, p. 429.

Teissonière (J.-P.),

- « Le bouleversement dans les conditions d'existence mérite une indemnisation », *SSL* 2011, n° 1518, p. 5.
- « La faute inexcusable, Achille et la tortue », *Dr. ouvr. 2011*, p. 265.

Terré (F.),

- « Propos sur la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit*, 1977, p. 37.
- « Pitié pour le juriste », *RTD civ*. avril/juin 2002, p. 247.
- « Retour sur la qualification », *in La procédure en tous ses états - Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, LGDJ, Paris, 2004, p. 419.
- « L'hétérarchie juridique », *in La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 449.

Teyssié (B.),

- « L'interlocuteur des salariés », *Dr. soc*. 1982, p. 41.
- « Faut-il brûler le Code du travail ? », *Dr. soc*. 1986, p. 559.
- « Personnes, entreprises et relations de travail », *Dr. soc*. 1988, p. 374.
- « Les restructurations : le rôle du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 23.
- « Sur le droit pénal du travail », *Dr. soc*. 2000, p. 940.
- « Sur la sécurité dans l'entreprise », *Dr. soc*. 2007, p. 671.

Thibierge-Guelfucci (C.),

- « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*., 1997, p. 357.
- « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD* civ. juill.-sept. 1999, p. 561.
- « Au cœur de a norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Arch. Phil. Dr*. 2008, t. 51, p. 341.

Thiébault (H.), « L'employeur et le juge », *Dr. soc*., 1997, p. 133.

Tissandier (H.), « L'action en justice des syndicats », colloque *Pratiques syndicales du Droit*, Montreuil, les 11 et 12 mais 2011, organisé par le Centre d'histoire sociale du XXe siècle et l'Institut CGT d'Histoire sociale.

Tost (J.-P.), « Le manquement contractuel dérelativisé », *in Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, Paris, 2004, p. 479.

Toulemon (M.-A.), « La mathématique et la valeur de la personne humaine », *in Le préjudice corporel et moral en droit commun*, Sirey, 3e éd., Paris, 1968, p. 29.

Tournaux (S.), « L'obligation de sécurité de l'employeur : retour à la case départ », *Lexbase*, La lettre juridique n° 636 du10 décembre 2015.

Treu (T.) et Fiorentino (A.), « Réforme », *RDT* 2012, p. 172.

Tunc (A.),

- « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », *JCP* G 1945.I.449.
- « Responsabilité civile et dissuasion des comportements anti-sociaux », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à M. Ancel*, Pedone, Paris, t. I, 1975, p. 407.

Vacarie (I.),

- « Groupes de sociétés et relations individuelles de travail », *Dr. soc*. 1975, p. 23.
- « La perte d'une chance », *RRJ* 1987, p. 927.

Vachet (G.),

- « L'accident de la circulation au regard de la législation sur les accidents du travail », *RJS* 6/93, p. 339.
- « L'incidence de la loi du 10 juillet 2000 relative aux délits intentionnels sur la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur », *Dr. soc.* 2001, p. 47.
- « Une nouvelle définition de la faute inexcusable », *TPS* juin 2002, chron. 8.
- « Vers un renouveau des catégories de risques professionnels », *JCP* S 2008.1591.
- « Qu'en est-il de la conformité de la loi du 9 avril 1898 à la Constitution ? », *JCP* S 2010.1361.

Vacquin (H.), « Des 30 ans d'ultralibéralisme aux suicides du travail », *Dr. soc*. 2010, p. 255.

Vallée (G.), « La notion d'ancienneté en droit du travail français », *Dr. ouvr*. 1992, p. 871.

Vanuls (C.), « Regards sur la précaution en droit du travail », *RDT* 2016, p. 16.

Vatinet (R.),

- « Reconnaissance de la personnalité morale du comité de groupe et étendue de ses droits d'action en justice », *Rev. sociétés*., 1990, p. 444.
- « L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail », *in Les sanctions en droit du travail*, LGDJ, Paris, 2012, p. 122.

Vedel (G.), préface de la thèse de Ch. Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, Paris, 1974, p. X.

Verdier (J.-M.),

- « Sur le nouveau droit du licenciement », *Dr. soc*. 1976, p. 9.
- « Quelle problématique spécifique pour les droits de l'homme dans l'entreprise ? », *in XXème congrès de l'IDEF, les droits de l'homme dans l'entreprise, Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n° 3 et 4, juillet 1983, p. 314.
- « Au-delà de la réintégration et de l'indemnisation des grévistes: vers une protection spécifique des droits fondamentaux des travailleurs ? », *Dr. soc*. 1991, p. 709.

- « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme *in Les orientations sociales du droit contemporain : Écrits en l'honneur du Professeur J. Savatier*, PUF, Paris,1992, p. 427.
- « La protection des représentants des salariés dans l'entreprise : une logique de statut », *Dr. soc.* 2001, p. 634.
- « Accord collectif et action en justice », *D.* 2002, p. 503.
- « La recevabilité de l'action syndicale exercée dans l'intérêt collectif de la profession après les arrêts Aventis Pharma et Michelin », *Dr. soc*. 2004, p. 848.

Véricel (M.),

- « Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise », *Dr. soc.* 2007, p. 1153.
- « Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ? », *Dr. soc*. 2015, p. 833.

Verkindt (P.-Y.),

- « La santé au travail. Quelques repères pour un droit en mouvement. », *Dr. ouvr*. 2003, p. 82.
- « La montée en puissance du CHST », *SSL* 2007, p. 10.
- « Le rôle des instances de représentation du personnel en matière de sécurité », *Dr. soc*. 2007, p. 697.
- « L'interprétation des accords collectifs », *SSL* 2008, n° 1361, p. 45.
- « Santé au travail : l'ère de la maturité », *JSL* 2008, n° 239-1.
- « L'ANI du 2 juillet 2008 sur le stress au travail : entre lumière et ombre », *JCP* S 2008.483.
- « L'obligation de sécurité de résultat… encore et toujours!! », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2011, n°1, dossier 5.
- « Le bon fonctionnement du CHSCT dépend de la formation de ses membres», *SSL* 2014, n° 1621, p. 3.
- « Un signe fort de la maturité de la jurisprudence sur l'obligation de sécurité de résultat », *SSL* 2016, n° 1726, p. 11.

Vieille (V.), « L'évaluation du préjudice en droit collectif du travail », *Dr. ouvr.* 2011, p. 252.

Vigneau (Ch.), « L'inéquitable procès prud'homal », *RJS* 2013, p. 363.

Vignolle (P.-D.), « La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile punitive ? », *Gaz. Pal.*, 14 janvier 2010, p. 7.

Vignon-Barrault (A.), « Les dommages et intérêts punitifs », *in La réparation intégrale en Europe, Études comparatives des droits nationaux*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 84.

Villey (M.), « Esquisse historique sur le mot responsable », *in La responsabilité, APD*, t. 22, 1977, p. 45.

Viney (G.),

- « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *D.* 1975, p. 263.
- « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », *APD* 1977, p. 5.
- « Responsabilité civile et relations collectives de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 416.
- « Rapport de synthèse », *in Les métamorphoses de la responsabilité, 6ème journée R. Savatier*¸ PUF, Paris, 1997, p. 326.
- « Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français », *JCP* 1996.I.3900.
- « L'avenir des régimes d'indemnisation de la responsabilité civile », *in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, p. 671.
- « La responsabilité contractuelle en question », *in Études J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, LGDJ, Paris, 2001, p. 921.

- « Pour ou contre un “principe général” de responsabilité civile pour faute ? Une question posée à propos de l’harmonisation des droits civils européens », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 563.
- « Exécution de l’obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *in* Fontaine (M.) et Viney (G.), (sous la dir.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 2001, p. 167.
- « Rapport de synthèse », *in* Dossier spécial, *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, *LPA* 2002, n° 232, p. 66.
- « L’indemnisation du dommage corporel : problèmes juridiques et économiques », *D.* 2004, p. 161.
- « L’appréciation du préjudice », *LPA* 2005, p. 89.
- « La responsabilité du débiteur à l’égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle », *D.* 2006, p. 2885.
- « Les relations entre régimes spéciaux de responsabilité contractuelle de droit commun », *RDC* 2007, p. 1125.
- « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *D.* 2007, chron. p. 1542.
- « Le droit de la responsabilité dans l’avant-projet Catala », *in La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l’honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 473.
- « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009, p. 2944.
- « L’évolution du droit de l’indemnisation des victimes d’accidents du travail et de maladies professionnelles », *Dr. soc.* 2011, p. 964.

Voxeur (M.), « Maladies professionnelles : la fin du délai de prise en charge ? », *JCP* S 2010.1295.

Wagner (E.),

- « Le rôle des syndicats et des associations dans la défense des droits et l’accès à la justice des salariés », *Dr. ouvr*. 1990, p. 790.
- « La violation d’une règle légale impérative par l’employeur (à propos de la réintégration des salariés ordinaires) », *Dr. ouvr.* 1995, p. 365.

Waquet (Ph.),

- « La grève, les mouvements illicites et l’abus du droit de grève », *RJS* 9/95, p. 139.
- « Le juge et l’entreprise », *Dr. soc*. 1996, p. 472.
- « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999, p. 383.
- « Cessons de parler de prise d’acte », *Dr. soc*. 2014, p. 97.

Wargon (E.) et Ramain (P.), « L’essor de la négociation sur les questions de licenciement économique » *SSL* 2014, n° 1636, p. 4.

Wester-Ouisse (V.),

- « Le préjudice moral des personnes morales », *JCP* G 2003.145.
- « Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences », *JCP* G 2009.I.137.
- « La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs ! », *RCA* mars 2011, étude n° 3.

Wicker (G.),

- « La légitimité de l’intérêt à agir », *in Mélanges en l’honneur d’Y. Serra, Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2005, p. 455.
- « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l’intégration de l’ordre contractuel à l’ordre juridique général », *RDC* 2007, p. 593.

Wintgen (R.), « “Tout fait quelconque…” : le manquement contractuel saisi par l’article 1382 du Code civil », *RDC* 2007, p. 609.

Witz (C.), « L’obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l’exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », *in* Dossier spécial, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage?, *LPA* 20 novembre 2002, p. 50.

Wolmark (C.), « Réparer la perte d’emploi – A propos des indemnités de licenciement », *in* Colloque *Préjudices et indemnisation en droit social*, *Dr. ouvr.* 2015, p. 450.

Notes, observations

Adam (P.),

- note sous Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43914, *RDT* 2006, p. 245.
- note sous Cass. soc., 28 novembre 2007, n° 06-21964, *RDT* 2008, p. 180.
- note sous Cass. soc., 1er juillet 2009, n° 07-44482, *RDT* 2009, p. 589.
- note sous Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-11740, *RDT* 2013, p. 630.
- note sous Cass. soc., 22 octobre 2015, n° 14-11291 et n° 14-11801, *RDT* 2016, p. 100.

Aldigé (B.),

- avis sous Cass. soc., 17 mai 2011, *Dr. ouvr.* 2011, p. 677.
- avis à propos de Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-19263 à n° 13-19273, *JCP* G 2014.1342.

Andréo (E.), obs. sous Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41647, *RDT* 2007, p. 401.

Antonmattei (P.-H.), obs. sous Cass. soc., 12 juin 2001, n° 00-14435, *Dr. soc.* 2001, p. 1019.

Arbousset (H.), obs. sous CE 20 février 2004, n° 241150, *D.* 2004, p. 973.

Arhab (F.), obs. sous Cass. civ. 1ère, 12 juillet 2007, n° 06-12624, *RDSS* 2007, p. 1108.

Arhab-Girardin (F.), note sous Cass. civ., 1ère, 28 janvier 2010, n° 09-10992, *RDSS* 2010, p. 375

Asquinazi-Bailleux (D.),

- note sous Cass. civ. 2ème, 22 février 2007, n° 05-13771, *JCP* S 2007.1429.
- note sous Cass. soc., 21 novembre 2007, n° 06-44993, *JCP* S 2008.1184.
- note sous Cass. civ. 2ème, 12 mai 2011, n° 10-14461 et n° 10-15311, *JCP*S 2011.1434.
- note sous CA Versailles, 19 mai 2011, n°10-00954, *JCP* S 2011.1289.
- note sous cass. Soc. 8 juin 2011, n° 09-67051, *JCP* S 2011.1441.
- note sous Cass. crim., 2 novembre 2011, n° 10-83219, *JCP* S 2012.1113.
- note sous Cass. soc., 2 avril 2014, n° 12-29825 et n° 12-28616, *JCP* S 2014.1271.
- note sous Cass. soc., 4 février 2015, n° 14-13646, *JCP* S 2015.1138.
- note sous Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-20486, n° 13-20474 et n° 13-26175, *JCP* S 2015.1106.
- note sous Cass. civ., 2ème, 17 septembre 2015, n° 14-24534, *JCP* S 2015.1413.
- note sous Cass. soc., 15 décembre 2015, n° 14-22441, *JCP* S 2016.1052.
- note sous Cass. soc., 27 janvier 2016, n° 15-10640, *JCP* S 2016.1101.
- note sous Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-24350, *JCP* S 2016.1128.

Assié (F.), note sous Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255, *BICC* 1er déc. 2006.

Aubert (J.-L.), note sous Cass. ass. plén., 15 novembre 1985, n° 84-12601, *D.* 1986, p. 81.

Aubert-Montpeyssen (T.), note sous Cass. soc., 22 janvier 1998, n° 95-45400 et n° 95-45402, *D.* 1998, p. 480.

Auzero (G.),

- note sous Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981, *RDT* 2009, p. 507.
- note sous Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-69021, *RDT* 2011, p. 634.
- note sous Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15208, *SSL* 2014, n° 1645, p. 7

Azéma (J.), note sous Cass. com., 28 avril 1982, n° 78-15051, *JCP* 1982.II.19791.

Babin (M.),

- note sous Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-40144, *JCP* E 2008.1834.
- note sous Cass. soc., 11 décembre 2013, n° 12-19408, *JCP* S 2014.1231.
- note sous Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-26909, *JCP* S 2016.1111.

Bacache (M.),

- note sous Cass. civ., 1ère 28 avril 2011, n° 10-15056, *D.* 2011, p. 1725.
- note sous Cass. civ. 1ère, 16 janvier 2013, n° 12-14439 ; *D.* 2013, p. 619.
- obs. sous Cass. civ. 2ème, 14 mars 2013, n° 11-26459, *D.* 2013, p. 2658.
- note sous Cass. civ. 1ère, 23 janvier 2014, n° 12-22123*D.* 2014, p. 590.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 15 janvier 2015, n° 13-21180, *D.* 2015, p. 2283.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 26 mars 2015, n° 14-16011, *D.* 2015, p. 2283.

Bailly (P.),

- note sous Cass. soc., 5 février 2002, n° 99-43896, *D.* 2002, p. 1298.
- note sous Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-40144, *SSL* 2008, n° 1346, p. 6.

Barège (A.),

- note sous Cass. soc., 8 novembre 2011, n° 10-15722, *JCP* S 2012.1110.
- note sous Cass. soc., 26 mars 2014, nos 12-21372, 12-23634, 12-35040 , *JCP* S 2014.1268.

Barthélémy (J.),

- obs. sous Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13187, *JCP* E 1997.II.911.
- obs. sous Cass. soc., 2 mars 2010, n° 09-40914, *Dr. soc*. 2010, p. 714.

Barbieri (J.-F.),

- note sous Cass. soc., 1ère, 25 juin 1991, n° 89-18617 *JCP* G 1992.II.21784.
- note sous Cass. civ., 2ème, 4 février 1982, n° 80-17139, *JCP* G 1982.II.19894.

Béal (S.), note sous Cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-40950, *JCP* S 2008.1283.

Benmakhlouf (A.), concl. sous Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-11793 et n° 99-18390, *JCP* G 2002.II.10053.

Bento de Carvalho (L.), obs. Sous Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-19472, *RDT* 2014, p. 177.

Berr (Cl.-J.) obs. sous Cass. civ., 1ère, 13 novembre 1996, n° 94-16863, *D.* 1998, p. 48.

Bernard (C.), note sous Cass. soc. 11 mai 2010, n° 09-42241 à 09-42257, *D.* 2010, p. 2048.

Bernard de la Gatinois (L.), rapport à propos de Cass. civ. 1ère, 23 janvier 2014, n° 12-22123, *D.* 2014, p. 584.

Bernaud (V.), note sous Cons. const., n° 2007-561 DC, 17 janvier 2008, *Dr. soc*. 2008, p. 424.

Bernheim-Van de Castelle (L.), note sous Cass. civ., 1ère 28 avril 2011, n° 10-15056 *JCP* G 2011.I.752.

Berthier (P.-E), obs. sous Cass. soc. 5 juillet 2006, n° 04-46009, *D.* 2007, p. 179.

Bertrand (I.), obs. sous Cass. soc., 12 mars 2014, n° 12-20108, *D. actu.* 1er août 2014.

Beyneix (I.),

- note sous Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 03-46933, *JCP* S 2006.1102.
- note sous Cass. soc., 12 janvier 2011, n° 08-45280, *JCP* S 2011.1042.
- note sous Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-19472, *JCP* S 2014.1224.

Billiau (M.), note sous Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255, *JCP* G 2006.II.10181.

Blaise (H.), note sous Cass. soc., 17 avril 1991, n° 89-17993, *JCP* E 1991.II.229.

Bloch (C.),

- obs. sous Cass. soc. 11 mai 2010, n° 09-42241 à 09-42257, *JCP* G 2010.1015, n° 1.
- « Chronique de jurisprudence - Responsabilité civile », *JCP* G 2011.1333.

Bloch (L.), « Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle », *RCA*, 2006, n°11, étude 17.

Bœuf (G.), note sous Cass. civ. 2ème, 20 septembre 2012, n° 11-20798, *JSL* 2012, n° 331-2.

Boffa (R.), note sous Cass. com., 18 décembre 2012, n° 11-25567, *D*, 2013, p. 746.

Boillot (Ch.), note sous Cass. civ., 2ème, 24 janvier 2002, n° 99-16576, *JCP* G 2002.II.10118.

Bombled (M.), obs. sous Cass. crim. 6 décembre 2011, n° 10-86829, *D.* 2012, p. 104.

Bonnin (V.),

- obs. sous Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-43866, *RDT* 2008, p. 308.
- obs. sous Cass. soc., 15 septembre 2010, n° 09-40473, *RDT* 2010, p. 710.

Borel (J.-V.), obs. sous CA Versailles, 4 février 2009, n° 08/08775, *SA Bouygues Télécom c/ L*, *JCP* E 2009.1336.

Borenfreund (G.),

- note sous Cass. soc., 6 juin 1989, n° 87-40738, *D*. 1990, p. 169.
- note sous Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-12340, *RDT* 2007, p. 536.

Borghetti (J.-S.)

- obs. Sous Cass. soc. 23 octobre 2007, n° 06-42994, *RDC* 2008, p. 1158.
- note sous Cass. com., 6 septembre 2011, n° 10-11975, *RDC* 2012, p. 81.

Borie (J.-L.), obs. sous Cass. soc., 2 février 2006, n° 03-47481, *Dr. ouvr*. 2006, p. 540.

Borzakian (J.),

- obs. sous CPH Paris, 14 décembre 2010 *Pourre et CGT Energie Paris c/ CNIEG* et a., *Dr. ouvr*. 2011, p. 321.
- note sous CA Paris, chambre de l'instruction, 26 novembre 2015, *RFF et SNCF*, *Dr. ouvr*. 2016, p. 74.

Bossu (B.),

- note sous Cass. soc., 11 juillet 2002, n° 10-15905, *JCP* S 2012.1482.
- note sous Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-45603, *JCP* S 2007, 1701.
- note sous Cass. soc., 6 mai 2009, n° 07-44485, *JCP* S 2009.1372.
- note sous Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-41349, *JCP* S 2010.1454.
- note sous Cass soc., 31 mai 2011, n° 09-71350 et n° 09-71504, *JCP* S 2011.1428.
- note sous Cass. soc., 9 novembre 2011, n° 09-43528, *JCP* S 2012.1123.
- note sous Cass. soc., 28 avril 2011, n° 10-30107, *JCP* S 2011, 1374.
- note sous Cass. soc., 9 novembre 2011, n° 09-43528, *JCP* S. 2012.1123.
- note sous Cass. soc., 12 octobre 2011, n°10-16649, *JCP* S. 2012.1027.
- note sous Cass. soc., 29 octobre 2013, n° 12-22447, *JCP* S 2014.1061

Bougnoux (J.-P.), note sous Cass. soc., 30 septembre 2015, n° 13-27872, *Dr. ouvr*. 2016, p. 100.

Boulmier (D.),

- obs. sous Cass. soc., 8 avril 2010, n° 08-44599, *RDT* 2010, p. 450.
- obs. sous Cass. soc., 6 octobre 2010, n° 09-42283, *JCP* S 2011.1057.
- note sous Cass. soc., 19 octobre 2011, n° 09-68272, *JCP* S 2012.1330.
- obs. sous Cass. soc., 15 janvier 2013, n° 11-27679, *Dr. soc.* 2013, p. 284.
- note sous Cass. soc., 17 décembre 2013, n° 12-23006, *Dr. soc*. 2014, p. 292.

Bouloc (B.),

- note sous Cass. crim., 3 mars 1998, n° 96-85098, *RTD com.* 1998, p. 859.
- note sous Cass. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22981, *RTD com*. 2003, p. 355.

Bourillon (S.), note sous CA Versailles, 4 février 2009, n° 08/08775, *SA Bouygues Télécom c/ L AJDA* 2009, p. 712.

Boussard-Verrecchia (E.) et Masson (Ph.), note sous Cass. soc., 14 décembre 2015, n° 14-17152, *SSL* 2016, n° 1710, p. 7.

Bousez (F.),

- note sous Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-11740, *JCP* S 2013.1385.
- obs. sous Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-40784, *JCP* S 2009.1286.
- obs. sous Cass. soc., 9 décembre 2009, n° 08-41737, *JCP* S 2010.1043.
- note sous Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-12884, *JCP* S 2011.1555.
- note sous Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-19263 à n° 13-19273, *JCP* G 2014.1343.
- note sous Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-26304, *JCP* S 2016.1110, note F. Bousez.

Bouton (J.), obs. sous Cass. soc., 15 décembre 2011, n° 10-15873, *RDT* 2012, p. 291.

Boutonnet (M.),

- note sous CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004, *Roquette-sur-Siagne (Cne)*, *D.* 2004, p. 2678.
- obs. sous CA Versailles, 4 février 2009, n° 08/08775, *SA Bouygues Télécom c/ L D*. 2009, p. 819.

Brèthe de la Gressaye (J.),

- note sous Cass. soc., 9 mars 1957, *D.* 1958, p. 91.
- obs. sous Cass. soc., 27 novembre 1958 *JCP* 1959.II.11143.

Brissy (S.), note sous Cass. soc., 26 octobre 2011, n° 10-20991, *JCP* S 2012.1026.

Brun (Ph.),

- note sous Cass. ass. plén., 25 février 2000, n° 97-17378, *D*. 2000, p. 673.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 24 février 2005, n° 02-11999, *D*. 2006, p. 1929.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 21 mai 2015, n° 14-14873, *D.* 2016, p. 39.

Brun (Ph.) et Gout (O.), obs. sous Cons. Const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *D.* 2011, p. 35.

Brun (Ph.) et Jourdain (P.), obs. sous Cass. civ. 1ère, 12 juillet 2007, n° 06-12624, *D.* 2008, p. 2894.

Bugada (A.),

- obs. sous Cass. soc., 16 mars 2005, n° 03-40251 ; *JCP* E 2005.1851, n° 1.
- note sous Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-23589, *JCP* S 2016.1173.

Cabannes (M.), concl. sous Cass. ass. plén., 9 mai 1984, n° 79-16612, *Fullenwarth*, *D*. 1984, p. 525.

Cabrillac (M.),

- obs. sous Cass. mixte, 14 mars 1980, n° 79-90154, *D.* 1980, p. 434.
- obs. sous Cass. com., 12 janvier 1993, n° 90-17015, *JCP* E 1993.425.

De Caigny (Ph.), concl. sous Cass. soc., 13 février 1997, *La Samaritaine*, n° 95-16648, *Dr. soc.* 1997, p. 249.

Cailloux-Meurice (L.),

- note sous Cass. soc. 25 janvier 2012, n° 10-23516, *JCP* S. 2012.1178, p. 23.
- note sous Cass. soc., 23 septembre 2015, n° 14-13264, *JCP*S 2015.1421.

Camerlynck (G.-H.), note sous Cass. soc., 27 mai 1964, *Bull. civ.*, n° 451, *JCP* 1965.II.14056.

Canut (F.),

- note sous Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-45546, *JCP* S 2006.1575.
- obs. sous Cass. soc. 12 janvier 2011, n° 08-45280, *Dr. ouvr.* 2011, p. 209.
- obs. sous Cass. soc. 25 janvier 2012, n° 10-11590, *SSL* 2012, n°1531, p. 6.

Caron (Ch.),

- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 25 février 2004, n° 02-18081, *D.* 2004, p. 1631.
- note sous CPH Bordeaux, 4 juin 2015, n° 13/02144, *Cah. soc.* octobre 2015, p. 487.

Carsin (X.), Fasc. 17-16 « Période d'essai », *JCl Travail*.

Carval (S.),

- note sous Cass. ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12449, *RDC* 2008, p. 1151.
- note sous Cass. civ. 3ème, 29 mars 2006, n° 05-13119 et Cass. civ. 3ème, 11 mai 2006. n° 07-20250, *RDC* 2006, p. 1235.
- obs. sous Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255, *RDC* 2007, p. 279.

Casado (A.), obs. sous CA Rennes, 10 décembre 2014, n° 14/00134, *Cah. soc.* 2015, n° 273, p. 196.

Casile-Hugues (G.), note sous Cass. civ., 2ème, 19 février 1992, n° 90-19237, *JCP* 1993.II.22170.

Catala (N.), note sous Cass. Soc., 14 juin 1972, n° 71-12745, *Revet-Sol c/ Dal Poz, D.* 1974, p. 114.

Cerf-Hollender (A.), obs. sous Cons. const., 25 mars 2011, n° 2011-111 QPC *RSC* 2011. 404.

Cesaro (J.-F.) et Gautier (P.-Y.), note sous Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981, *D.* 2009, p. 2116.

Chabas (F.) ,

- note sous Cass. ass. plén., 9 mai 1984, n° 79-16612, *Fullenwarth, D.* 1984, p. 525.
- note sous Cass. crim., 5 mars 1992, n° 91-81888, *JCP* G 1993.II.22013.
- note sous Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, n° 97-17359, n° 97-19282 et n° 98-19190, *JCP* 2001. II. 10601.

Chagny (Y.), obs. sous Cass. soc. 14 novembre 2007, n° 05-21239, *RDT* 2008, p. 103.

Champeaux (F.),

- obs. sous TASS Melun, 11 mai 2012, n° 10/00924, *SSL* 2012, n° 1540, p. 13.
- obs. sous TA Melun, 13 juillet 2012, n° 1114146/1005265/11, *SSL*, n° 1548, p. 7.
- Obs. sous CPH Paris, 23 janvier 2015, n° 12/10198, SSL2015, n° 1674, p. 13.
- obs. sous Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-20486, n° 13-20474 et n° 13-26175, *SSL* 2015, n° 1667, p. 10.
- obs. sous Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-23314, *SSL* 2015, n° 1675, p. 11.
- note sous Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24444, *SSL* 2015, n° 1700, p. 11.

- note sous CA Versailles, 1er décembre 2015, n° 15/01203, *SSL* 2015, n° 1702, p. 12.
- obs. sous Cass. soc., 3 février 2016, n° 14-17886, *SSL* 2016, n° 1710, p. 13.
- obs. sous Cons. const., n° 2015-523 QPC, 2 mars 2016, *SSL* 2016, n° 1713, p. 13.
- obs. sous Cass. soc., 15 mars 2016, n° 14-16242, *SSL* 2016, n° 1715, p. 9.
- obs. sous CE 23 mars 2016, n° 389158, *SSL* 2016, n° 1720, p. 8.

Champenois (G.), obs. sous Cass. civ., 1ère, 5 novembre 1991, n° 90-13479, *Defrénois*, 1992, p. 35220.

Chartier (Y.),

- note sous Cass. ass. plén., 10 novembre 1995, n° 94-13912, *D*. 1995, p. 633.
- note sous Cass. civ. 1ère, 18 juillet 2000, n° 98-20430, *D*. 2000, p. 853.

Chaumette (P.),

- obs. sous Cass. soc., 19 décembre 2002, n° 01-20447, *Dr. soc.* 2003, p. 243.
- note sous CJUE, 3ème ch., 14 juin 2007, C-127/05, *Commission c/ Royaume-Uni*, *Dr. soc*. 2007, p. 1037.
- note sous Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45888, arrêt *Snecma*, *Dr. Soc*. 2008, p. 605.
- obs. sous Cass. soc., 28 janvier 2009, n° 07-44556, *Dr. soc*. 2009, p. 489.
- obs. sous Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-40144, *Dr. soc*. 2008, p. 605.

Chauvy (Y.),

- concl. sous Cass. soc., 25 juin 1992, n° 87-43956, *Dr. soc.* 1992, p. 825.
- obs. sous Cass. soc., 21 mai 1996, n° 92-43874 et 92-43875, *D*. 1996, p. 565.

Chevrier (E.) ,

- obs. sous Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47455, *D*. 2006, p. 1479.
- obs. sous Cass. com., 6 septembre 2011, n° 10-11975, *D*. 2011, p. 2196.

Cohen (M.), note sous TGI Paris, 5 juillet 2011, *Syndicat CGT-FO de l'énergie nucléaire de la Hague et syndicat des travailleurs CGT de Areva NC La Hague c/ SA Areva NC*, *Dr. ouvr*. 2011, p. 633.

Colonna (J.) et Renaux-Personnic (V.)

- note sous Cass. soc. 11 mai 2010, n° 09-42241 à 09-42257, *JCP* G 2010.733.
- note sous Cass. soc., 17 novembre 2010, n° 08-45647, *JCP* G 2011.I.153.
- note sous Cass. soc., 2 avril 2014, n° 12-29825, *JCP* G 2014.686.

Combaldieur (R.), note sous Cass. ch. mixte, 27 février 1970, n° 68-10276, *D.* 1970, p. 201.

Cornesse (I.), note sous Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-44019, *RLDA* 2010/50, n° 2918.

Corrignan-Carsin (D.),

- note sous Cass. ass. plén., 27 novembre 1998, n° 97-40423, *JCP* 1999.II.10019.
- note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-45334, n° 99-45336, n° 00-45387, n° 00-45135, *JCP* E 2002.1511.
- note sous Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-44412, *JCP* G 2005.II.10144.
- note sous Cass. soc., 15 novembre 2006, n° 04-46721, *JCP* G 2007.II.10039.

Costa (J.-L.), note sous Cass. crim., 15 octobre 1970, n° 68-93383, *D.* 1970, p. 733.

Cottin (J.-B),

- note sous Cass. soc., 2 décembre 2009, n° 08-18409, *JCP* S 2010.1049.
- note sous CA Chambéry, 10 avril 2014 n° 13/00779, *Cah. soc.* 2014, p. 357.
- note sous Cass. soc. 3 mars 2015, n° 13-26258 *JCP* S 2015.1149.
- obs. sous Cons. const., n° 2015-500 QPC, 27 novembre 2015, *JSL* 2016, n° 402-3.

Couret (A.) et Dondero (B.), note sous T. com. Orléans, 1er juin 2012, n° 2010-11170, *A. et a. c/ Mme D. et Sté Aurelius AG*, *JCP* E 2012.1494.

Coustet (T.), obs. sous Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87416, *D.* 2014, p. 912.

Couturier (G.),

- note sous Cass. soc., 22 janvier 1998, n° 95-45400, *Dr. soc.* 1998, p. 375.
- obs. sous Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41804, arrêt *Clavaud*, *Dr. soc.* 1988, p. 429.
- note sous Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 88-40618, *Dr. soc.* 1991, p. 105.
- note sous Cass. soc., 13 février 1997, *La Samaritaine*, n° 95-16648, *Dr. soc.* 1997, p. 249.
- note sous Cass. soc., 22 janvier 1998, n° 95-45400, *Dr. soc.* 1998, p. 375.

Couturier (G.) et Ray (J.-E.), note sous Cass. soc., 25 juin 2003, n°s 01-43578, 01-42679 et 01-42335, *Dr. soc.* 2003, p. 817.

Damas (N.), note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-43334 et n° 99-43336, *LPA* 2003, n° 23, p. 16.

Dauxerre (L.),

- note sous Cass. soc., 15 mai 2013, n° 11-24218, *JCP* E 2013.1354.
- obs. sous Cass. soc., 12 mars 2014, QPC, n° 13-23174, *JCP* S 2014.128.
- note sous Cons. const., n° 2015-500 QPC, 27 novembre 2015, *JCP* S 2015.1463.

Debat (O.), note sous sous Cass. civ., 1ère, 18 juillet 2000, n° 99-12135, *LPA* 2003, n° 190, p. 3.

Debbash (Ch.), note sous Cass. ass. plén., 23 février 2001, n° 99-16165, *D.* 2001, p. 1752.

Dedessus-Le-Moustier (N.), obs. sous Cass. soc. 7 déc. 2011, n° 10-22875, *JCP* G 2011.1457.

Défossez (M.), note sous Cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41334, *D.* 1992, p. 390.

Deix-Bauquesne (S.), note sous Cass. civ., 1ère, 13 novembre 2002, n° 00-22432, *D.* 2003, p. 580.

Dejan de la Bâtie (A.),

- note sous Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24444, *JSL* 2016, n° 401-1.
- note sous Cass. soc., 13 avril 2016, n° 14-28293, *JSL* 2016, n° 411-2.

Delebecque (Ph.),

- note sous Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1998, *Tocqueville*, n° 96-21485, *D.* 1999, p. 115.
- note sous Cass. civ., 1ère, 15 novembre 1988, n° 86-18970 et 87-10263, *D.* 1989, p. 349.
- note sous Cass. ass. plén., 30 juin 1998, n° 96-11866, *JCP* G 1998.II.10146.
- obs. sous Cass. ass. plén., 25 février 2000, n° 97-17378, *D* 2000. p. 467.
- obs. sous Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 10-82938, *Erika*, *D.* 2012, p. 2711.
- note sous Cass. civ., 1ère, 2 avril 2014, n° 13-16038, *JCP* G 2014.I.793.

Delpech (X.),

- obs. sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841, *D.* 2010, p. 1707.
- obs. sous Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10278, *D.* 2012, p. 2285.
- obs. sous Cass. civ. 1ère, 15 janvier 2014, n° 11-17196, *D.* 2014, p. 219.
- note sous Cass. soc., 6 mai 2015, n° 13-27535, *D.* 2015, p. 1105.

Déprez (J.), note sous Cass. soc., 22 janvier 1992, n° 89-42841, *JCP* E 1993.II.401.

Deumier (P.), obs. sous Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255, *RTD civ.* 2007, p. 61.

Dondero (B.), note sous Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10278, *D.* 2012, p. 2285.

D'Onorio (J.-B), note sous CE 2 juillet 1982, n° 23141, *D.* 1984, p. 425.

Drai (L.),

- obs. sous Cass. soc. 28 février 2006, n° 04-48280, *JCP* S. 2006.1280.

- obs. sous Cass. soc. 30 mars 2011, n° 09-42105 et n° 10-11488, *JCP* S. 2011.1286.

Dumont (F.),

- obs. sous Cass. soc. 29 mai 2013, n° 12-15974, *JCP S* 2013, p. 1338.
- note sous Cass. soc., 13 décembre 2006, n° 05-44580, *JCP* S 2007.1579.
- note sous Cass. soc., 30 janvier 2008, n° 06-17531, *JCP* S 2008.1221.
- note sous Cass. soc., 18 juin 2008, n° 07-42161, *JCP* S 2008.1493
- note sous Cass. soc. 11 janvier 2012, n° 10-15481, *JCP* S. 2012.1175, p. 18.
- note sous Cass. soc., 15 octobre 2013, n° 12-21746, *D.* 2013, p. 2470 ; *JCP* S 2013.1076.
- note sous Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-18114, *JCP* S 2015.1123.
- note sous Cass. soc., 16 septembre 2015, n° 14-10325, *JCP*S 2015.1420.
- note sous Cass. soc., 6 avril 2016, n° 14-13484, *JCP* S 2016.1190.

Dumortier (G.),

- concl. sous CE 23 décembre 2011, n° 335477, *RFDA* 2012, p. 284.
- concl. sous CE 22 juillet 2015, n° 385816 *RDT* 2015, p. 514.
- concl. sous CE 3 juillet 2013, n° 361066, *RDT* 2013, p. 551.

Dupeyroux (J.-J.),

- note sous Cass. soc., 27 mai 1970, n° 69-40070, *Abisse*, *D.* 1971, p. 187.
- note sous Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13187, *Dr. soc.* 1996, p. 1067.

Duplas (J.), Avis, sous Cass. soc. 11 mai 2010, n° 09-42241 à 09-42257, *Dr. soc*. 2010, p. 839.

Dupont, (N.), note sous Cass. civ., 1ère, 18 sept. 2008, n° 06-22038, *JCP* G, 2008.II.10200.

Duquesne (F.),

- note sous Cass. soc., 25 juin 2002, n° 00-13375, *Dr. soc.* 2002, p. 1027.
- note sous cass. crim. 23 avril 2003, n° 02-84375, *Boano et Moala*, *Dr. soc.* 2003, p. 994.
- note sous Cass. crim., 11 octobre 2005, n° 05-82414, *Dr. soc.* 2006, p. 43.
- note sous Cass. crim., 7 janvier 2015, n° 12-86653, *JCP* S 2015.1182.

Durry (G.),

- obs. sous Cass. civ. 1ère, 4 février 1969, *Société des comédiens français*, *RTD civ*. 1969, p. 708.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 23 mai 1977, n° 75-15627, *RTD civ*. 1977, p. 768.
- obs. sous Cass. com., 25 juin 1980, n° 78-15121, *RTD civ*. 1981, p. 157.

Duval-Arnould (D.), Rapport n° Z1312310 à propos de Cass. mixte, 19 décembre 2014, n° 13-12310.

Ecoutin (H.), concl. sous Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41804, arrêt *Clavaud*, *Dr. soc.* 1988, p. 429 et s.

Edelman (B.), note sous Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981, *D.* 2009, p. 2517.

Epstein (A.-S.), note sous Cass. crim. 22 mars 2016, n° 13-87650, *D.* 2016, p. 1236.

Escande-Vaniol (M.), note sous Cass. soc., 2 avril 1998, n° 95-43541, *D.* 1999, p. 33.

Esmein (A.)

- note sous Cass. civ., 16 juin 1896, *S.* 1897, 1, p. 17.
- note sous Ch. réunies, 13 février 1930, *S.* 1930, 1, p. 121.

Esmein (P.), note sous Cass. civ., 8 mai 1964, *JCP* 1965.II.15140.

Evade (J.-L.), note sous Cass. civ., 2ème , 20 janvier 1993, n° 91-16715 *Gaz. Pal*. 1993, 2, p. 491.

Fabre (A.),

- note sous Cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-40950, *RDT* 2008, p. 33 et *D*. 2008, p. 447.
- obs. sous Cass. civ. 2ème, 22 février 2007, n° 05-13771, *D*. 2007, p. 791.
- obs. sous Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69175, *RDT* 2011, p. 503.
- note sous Cass. soc., 8 juillet 2014, n° 13-15573 et n° 13-15470, *RDT* 2014, p. 672.
- note sous Cass. soc., 23 mars 2016, n° 14-22950, *RDT* 2016, p. 263.

Fages (B.),

- obs. sous Cass. ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12449, *RTD civ*. 2008, p. 485.
- obs. sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841, *RTD civ*. 2010, p. 555.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 1er décembre 2010, n° 09-13303, *RTD civ.* 2011, p. 122.
- obs. sous Cass. com., 18 septembre 2012, n° 11-19629, *RTD civ*. 2012, p. 721.

Fatrez (M.),

- obs. sous Cass. soc. 1er mars 2011, n° 09-69616, *Cah. soc*., 2011, n° 230, p. 135.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 4 avril 2012, n° 11-15393, n° 11-18014, n° 11-14311, n° 11-12299, n° 11-14311 et 11-14594, *Cah. soc.* 2012, n° 242, p. 204.

Favennec-Héry (F.),

- obs. sous Cass. soc., 30 novembre 1994, n° 93-40422 et n° 93-40368, *Dr. soc*. 1995, p. 60.
- note sous Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-44412, *JCP* S 2005, 1154.
- obs. sous Cass. soc. 5 juillet 2006, n° 04-46009, *Dr. soc*. 2006, p. 1069.

Favre (A.), obs. sous Cass. soc., 20 décembre 2006, n° 06-40864, *D*. 2007, p. 446.

Flament (L.), obs. sous Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-18603, *JCP* S 2015.1191.

Flauss (J.-F.), note sous CEDH 6 avril 2000, n° 35382/97, *Comingersoll SA c./ Portugal*, *AJDA* 2000, p. 526.

Flores (Ph.),

- note sous Cass. soc., 29 mai 2013, n°11-20074, *D*. 2013, p. 1768.
- note sous Cass. soc., 22 octobre 2015, n° 14-11291 et n° 14-11801, *D*. 2016, p. 144.

Forest (G.), obs. sous Cass. civ., 3ème, 8 juin 2011, n° 10-15500, *D*. 2011, p. 1691.

François (G.),

- note sous Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-23106, *JCP* S 2014.1215.
- note sous Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-23861, *JCP* S 2016.1174.

Franck (P.), concl. sous Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-42270 et 89-40380,*Dr. soc*. 1991, p. 621.

Frier (P.-L.), obs. sous CE 20 février 2004, n° 241150, *D*. 2005, p. 26.

Frouin (J.-Y.), « La période d'essai après la loi du 25 juin 2008 », *RJS* 2010, p. 419.

Gallage-Alwis (S.) et Massiera (C.), obs. sous Cass. soc., 2 avril 2014, n° 12-29825 et n° 12-28616, *JSL* 2014, n° 366-1.

Gallmeister (I.),

- obs. sous Cass. mixte, 28 novembre 2006, n° 06-12307, *D*. 2008, p. 3079.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 3 juin 2010, n° 09-13591, *D*. 2010, p. 1484.

Garand (O.) et Rozec (Ph.), note sous Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-11793 et n° 99-18390, *SSL* 2002, n° 1077, p. 6.

Gariazzo (A.), concl. sous Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255, *BICC* 1er déc. 2006.

Gaudu (F.), note sous Cass. soc., 13 février 1997, n° 96-41874 et n° 96-41875, *JCP* 1997.II.22843.

Gauriau (B.),

- note sous Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 07-10095, *JCP* S 2008.1599.
- note sous Cass. soc., 26 mars 2013, n°s 11-27964 et 11-27996, *Dr. soc*. 2014, p. 44.
- note sous Cass. soc., 3 février 2016, n° 14-17000, *JCP* S 2016.1165.

Gautier *(*P.-Y.),

- concl. sous Cass. soc., 9 novembre 1982, n° 80-13958, 80-14046 et 80-14097, *JCP* 1983.I.13971.
- note sous Cass. civ., 3ème, 30 janvier 2002, n° 00-15784, *RTD civ.* 2002, p. 321.
- note sous Cass. soc., 23 janvier 1992, n° 88-43275, *RTD civ.* 1992, p. 788.

Géa (F.),

- obs. sous Cass. soc., 13 janvier 2010, n° 08-15776, *RDT* 2010, p. 230.
- note sous Cass. soc., 26 mars 2014, n°s 12-21372, 12-23634, 12-35040, *SSL* 2014, n° 1625, p. 10.

Gervais (A.), note sous CE 7 juillet 1950, *Dehaene*, *D.* 1950, p. 538.

Ghestin (J.), note sous Cass. com., 22 octobre 1991, n° 89-20490, *D.* 1993, p. 181.

Gouël (O.), note sous Cass. crim., 11 octobre 2005, n° 05-82414, *SSL* 2005, n° 1240, p. 10.

Gout (O.).

- note sous Cass. civ., 1ère, 16 janvier 2007, n° 06-13983, *D.* 2007, p. 1119.
- obs. sous Cass. soc. 11 mai 2010, n° 09-42241 à 09-42257, *D.* 2011, p. 35.
- obs. sous Cass. civ., 1ère 28 avril 2011, n° 10-15056, *D.* 2012, p. 47.

Grangé (J.), note sous Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15208, *SSL* 2015, supp. n° 1667, p. 25.

Grangé (J.) et Guinchard (R.), obs. sous QPC du 2 mai 2016, n° M 16-40.209, *SSL* 2016, n° 1723, p. 12.

Gréau (F.), note sous Cass. civ., 2ème, 26 mars 2015, n° 14-16011, *D.* 2015, p. 1475.

Grévy (M.),

- obs. sous Cass. soc. 5 juillet 2006, n° 04-46009, *RDT* 2006, p. 327.
- note sous Cass. soc., 11 juin 2013, n° 12-12738, *RDT* 2013, p. 573.
- obs. sous CA Versailles, 1er décembre 2015, n° n° 15/01203, *RDT* 2016, p. 286.

Gridel (J.-P.), note sous Cass. civ., 1ère, 2 mai 2001, n° 99-10709, *D.* 2001, p. 1973

Grinsnir (J.), note sous Cass. soc., 17 avril 1991, n° 89-17993, *Dr. ouvr*. 1992, p. 139.

Grosser (P.),

- note sous Cass. civ., 3ème, 22 mai 2013, n° 12-16217, *JCP* G 2013.I.974.
- note sous Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 03-46933, *JCP* E 2006.1417.

Groutel (H.),

- note sous Cass. soc., 27 mai 1970, n° 69-40070, *Abisse*, *JCP* 1971.II.16773.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 4 juillet 1990, n° 89-12228, *RCA*, 1990, comm. 357.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 13 novembre 2002, n° 00-22432, *Resp. civ. et assur*. 2003, comm. n° 50.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 23 octobre 2003, n° 02-15424, *RCA*, 2004, comm. 25.
- obs. sous Cass. civ. 2ème, 21 septembre 2004, n° 03-15451, *RCA* 2005, comm. 2.
- note sous Cass. civ. 2ème 19 avril 2005, *RCA* 2005, comm. n° 211.
- note sous Cass. civ., 2ème, 12 février 2015, n° 14-10947, *Resp. civ. et assur.* 2015, comm. 150.

Guedes da Costa (S.) et Lafuma (E.), « Le CHSCT dans la décision d'organisation du travail », *RDT* 2010, p. 419.

Guégan-Lécuyer (A.),

- note sous Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-12883 et n° 12-20157, *D*. 2013, p. 2954.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 11 décembre 2014, n° 13-28774, *D*. 2015, p. 469.

Guiomard (F.), obs. sous Cass. soc., 20 février 2008, n° 06-40085, *RDT* 2008, p. 330.

Guyon (J.), note sous Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-43277, *Dr. ouvr*. 2010, p. 608.

Guyot (H.), note sous Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 10-12278, *JCP* S 2011.1548.

Haller (M.-C.), note sous Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-11793 et n° 99-18390, *SSL* 2002 n° 1079, p. 5.

Hardy (J.), note sous T. confl., 14 février 2000, n° 2929, *JCP* G 2001.II.10584.

Hauser (J.),

- obs. sous Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, n° 94-14798, *RTD civ*. 1997, p. 632.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 19 février 1997, n° 94-21111, *RTD civ.* 1997, p. 648.
- note sous Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13701, *RTD civ*. 2001, p. 103.
- obs. sous Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, n° 97-17359, n° 97-19282 et n° 98-19190, *RTD civ.* 2001, p. 850.
- note sous Cass. civ.1ère, 6 décembre 2007, n° 06-19301, *RTD civ*. 2008, p. 272.
- obs. sous Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10278, *RTD civ*. 2013, p. 85.

Hautefort (M.),

- note sous Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-11793 et n° 99-18390, *JSL* 2002, n° 98-2.
- note sous Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981, *JSL* 2009, n° 258-2.
- obs. sous Cass. soc., 30 novembre 2010, n° 08-70390, *JSL* 2011, n° 292-2.
- note sous Cass. civ., 2ème, 9 décembre 2010, n° 09-17449, *JSL* 2011, n° 394-5.
- note sous Cass. soc., 16 septembre 2015, n° 15-40027, *JSL* 2015, n° 396-4.
- note sous Cass. soc., 6 octobre 2015, n° 13-26052, *JSL* 2015, n° 398-2.
- obs. sous CE 9 novembre 2015, n° 342468, *JSL* 2016, n° 402-6.

Héas (F.), note sous Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24444, *Dr. ouvr.* 2015, p. 10.

Hébraud (P.), obs. sous Cass. civ., 5 mars 1957, *Bull. civ*. I, n° 117, *RTD civ* 1957, p. 720.

Hocquet-Berg, (S.), note sous Cass. civ., 2ème, 12 septembre 2012, n° 11-15534 et n° 11-19371, *Dr. soc.* 2013 p. 90.

Houssier (J.), obs. sous Cass. civ., 1ère, 15 janvier 2015, n° 13-21180, *JCP* G 2015.719.

Houtcieff (D.),

- obs. sous Cass. com., 20 octobre 2009, n° 08-20274, *D*. 2009, p. 2971.
- obs. sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841, *JCP* G 2010.787.

Hovasse (H.), obs. sous Cass. civ., 3ème, 8 juin 2011, n° 10-15500, *JCP* E 2011, 1762.

Huet (J.),

- obs. sous Cass. civ., 2ème, 12 décembre 1984, *RTD civ*. 1986, p. 119.
- obs. sous Cass. ass. plén., 15 novembre 1985, n° 84-12601, *RTD civ.* 1986, p. 128.

Icard (J.),

- Cass. soc., 19 février 2014, n° 12-24929, *Cah. soc*. 2014, p. 239.
- note sous Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-23106, *Cah. soc.* 2014, n° 262, p. 245.
- obs. sous Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15208 et s., *Cah. Soc*. 2014, p. 511.

- obs. sous Cass. soc., 22 octobre 2014, n° 13-16936 et n° 13-17209, *Cah. soc.* janvier 2015, p. 18.
- obs. sous Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-21272, *Cah. soc*. 2016, p. 22.
- obs. sous Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24444, *Cah. soc*. 2016, p. 23.

Inès (B.), obs. sous Cass. soc., 30 janvier 2008, n° 06-17531, *D*. 2008, p. 490.

Jamin (Ch.),

- note sous Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1998, *Tocqueville*, n° 96-21485, *D.* 1999, p. 197.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 20 février 2001, n° 99-15170, *D*. 2001. 1568.

Jault-Seseke (F.), obs . sous Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42551, *RDT* 2007, p. 543.

Jeansen (E.), note sous Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28799, *JCP*S 2013.1359.

Jéol (M.), concl. sous Cass. ass. plén., 10 novembre 1995, n° 94-13912*JCP* G 1996.II.22564.

Jestaz (P.),note sous Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13701 *RTD civ*. 2001, p. 547.

Jeuland (E.), note sous Cass. soc., 1er février 2000, n° 98-46201, *JCP* G 2001.II.10451.

Joseph (D.), note sous Cass. soc., 6 octobre 2010, n° 09-42283 et Cass. soc., 30 novembre 2010, n° 09-66210, *Dr. ouvr*., 2011, p. 517.

Jourdain (P.)

- note sous Cass. crim., 22 mars 1988, *RTD civ*., 1988, p. 774.
- note sous Cass. ass. plén., 19 mai 1988, no 87-82654, *RTD civ.* 1989, p. 89.
- note sous Cass. soc., 1ère, 25 juin 1991, n° 89-18617, *RTD civ*. 1991, p. 753.
- obs. sous Cass. crim., 5 mars 1992, n° 91-81888, *RTD civ.* 1993, p. 137.
- note sous Cass. civ., 1ère, 4 novembre 1992, n° 90-21535, *RTD civ.* 1993, p. 364.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 6 janvier 1993, *RTD civ.* 1993, p. 587.
- note sous Cass. civ., 1ère, 17 novembre 1993, n° 91-15867, *RTD civ.* 1994, p. 115.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 12 janvier 1994, n° 91-17389, *RTD civ*. 1994, p. 614.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 22 février 1995, n° 92-18731 et 93-12644, *RTD civ*. 1995, p. 620.
- obs. Sous Cass. civ., 1ère, 30 octobre 1995, n° 93-20544 93-20579 93-20786, *RTD civ.* 1996, p. 636.
- note sous Cass. civ., 1ère, 26 mars 1996, *RTD civ*. 1996, p. 623.
- note. sous Cass. civ., 2ème, 16 avril 1996, n° 94-13613, *RTD civ*. 1996, p. 627.
- obs. sous Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, n° 94-14798, *D.* 1997, somm. p. 289.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 19 février 1997, n° 94-21111, *D.* 1997, p. 265 et *RTD* civ. 1997, p. 668.
- obs. sous Cass. ass. plén., 30 juin 1998, n° 96-11866, *RTD. Civ.* 1999, p. 119.
- note sous Cass. civ., 2ème, 27 mai 1999, n° 97-19234, *RTD civ*. 1999, p. 637.
- obs. sous Cass. ass. plén., 25 février 2000, n° 97-17378, *RTD civ*. 2000. 582.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 20 juin 2000, n° 98-23046, *D*. 2000, p. 471.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 18 juillet 2000, n° 99-12135, *RTD civ.* 2001, p. 146.
- note sous Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13701, *D.* 2001, p. 332.
- note sous Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13701 *RTD civ*. 2001, p. 149.
- obs. sous Cass. civ. 1ère, 30 janvier 2001, n° 98-14368, *RTD civ*. 2001, p. 376.
- note sous CJCE, 10 mai 2001, C-203/99, *Henning Veedfald c. Amtskommune*, *RTD civ*. 2001, p. 898.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 7 juin 2001, n° 99-15645, *D*. 2002, p. 1313.
- note sous Cass. soc., 12 juillet 2001, n° 99-18375, *D.* 2002, p. 1311.
- note sous Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, n° 97-17359, n° 97-19282 et n° 98-19190, *D.* 2001, p. 2325.
- note sous Cass. com., 9 octobre 2001, n° 99-16512, *RTD civ.*, 2002, p. 304.

- obs. sous Cass. ass. plén., 14 décembre 2001, *Cousin*, n° 00-82066, *RTD civ*. 2002, p. 109.
- note sous Cass. civ., 2ème, 24 janvier 2002, n° 99-16576, *RTD civ*. 2002, p. 306.
- note sous Cass. civ., 3ème, 30 janvier 2002, n° 00-15784, *RTD civ.* 2002, p. 816.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 28 février 2002, 23 arrêts , *RTD civ*. 2002, p. 310.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 9 avril 2002, n° 00-21014 **,** *RTD civ.* 2002, p. 516.
- obs. sous Cass. civ. 1ère, 1er avril 2003, n° 01-00575, *RTD civ.*, 2003, p. 506.
- obs. sous Cass. civ. 2ème, 19 juin 2003, n° 00-22302 et n° 01-13289, *RTD civ.* 2003, p. 716.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 19 juin 2003, n° 00-22302 et n° 01-13289, *RTD civ*. 2003, p. 716.
- obs. sous Cass. civ. 3ème, 3 décembre 2003, n° 02-18033, *RTD civ.*, 2004, p. 295.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 27 janvier 2004, n° 02-30693, *RTD civ*. 2004, p. 296.
- obs. sous CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004, Roquette-sur-Siagne (Cne), *RTD civ*. 2005, p. 146.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 24 février 2005, n° 02-11999, *RTD* civ. 2005, p. 404.
- obs. sous Cass. com., 5 avril 2005, n° 03-19370, *RTD civ.* 2005, p. 602.
- obs. sous Cass. civ., 3ème, 28 septembre 2005, n° 04-14586*RTD civ.*, 2006, p. 129.
- obs. sous Cass. crim. 28 mars 2006, n° 05-82975, *RTD civ*. 2007, p. 135.
- obs. sous Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255, *RTD civ.* 2007, p. 123.
- obs. sous CE, avis du 4 juin 2007, n° 303422 et 304214, *RTD civ*. 2007, p. 577.
- obs. sous Cass. civ. 1ère, 12 juillet 2007, n° 06-12624, *RTD civ*. 2008, p. 109.
- obs. sous Cass. civ. 2ème, 11 octobre 2007, n° 06-14611, *RTD civ*. 2008, p. 111.
- obs. sous Cass. civ.1ère, 6 décembre 2007, n° 06-19301, *RTD civ*. 2008, p. 303.
- obs. sous Cass. civ. 2ème, 20 décembre 2007, n° 07-13403, *RTD civ*. 2008, p. 315.
- obs. sous CA Versailles, 4 février 2009, n° 08/08775, *SA Bouygues Télécom c/ L RTD civ.* 2009, p. 327.
- note sous Cass. civ., 2ème, 28 mai 2009, n° 08-16829, *RTD civ*., 2009, p. 534.
- note sous Cass. civ., 2ème, 11 juin 2009, n° 07-21768 et 08-17581, *D.* 2009, p. 1789, et *RTD* civ. 2009, p. 545.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 22 octobre 2009, n° 08-19576, *RTD civ*. 2010, p. 119.
- obs. sous Cass. soc. 11 mai 2010, n° 09-42241 à 09-42257, *RTD civ*. 2010, p. 564.
- note sous Cass. civ., 1ère 28 avril 2011, n° 10-15056, *RTD*. Civ., 2011, p. 547.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 22 mars 2012, n° 11-10935 et n° 11-11.237, *RTD civ.* 2012 p. 529.
- note sous Cass. civ., 2ème, 4 avril 2012, n° 11-14311 et 11-14594, *RTD civ*. 2012, p. 539.
- note sous Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 10-82938, *Erika*, *RTD civ*. 2013, p. 119.
- obs. sous Cass. crim., 23 octobre 2012, n° 11-83770, *D*. 2013, p. 1993.
- obs. sous Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-12883 et n° 12-20157, *RTD civ.* 2013, p. 844.
- note sous Cass. com., 10 décembre 2013, n° 11-22188, *RTD Civ*. 2014 p. 386.
- note sous Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87416, *RTD civ*., 2014, p. 389.
- note sous Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-20486, n° 13-20474 et n° 13-26175, *RTD civ*. 2015, p. 393.

Julien (J.), note sous Cass. ass. plén., 14 décembre 2001, *Cousin*, n° 00-82066, *D*. 2002, p. 1230.

Kapp (T.), note sous Cass. soc., 27 novembre 2013, n°12-20301, *SSL* 2014, n° 1614, p. 6.

Karaquillo (J.-P.), note sous Cass. soc., 5 juin 1986, *D*. 1986, p. 558.

Kayser (P.), note sous CJCE, 10 mai 2001, C-203/99, *Henning Veedfald c. Amtskommune*, point 27, *D*. 2001, p. 3065.

Keim-Bagot (M.) , note sous Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-20486, n° 13-20474 et n° 13-26175, *Dr. soc.* 2015, p. 360.

Kenfack (H.), note sous Cass. ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12449, *JCP* G 2008.II.10183.

Kerbouc'h (J.-Y.),

- note sous Cass. soc., 10 octobre 2006, n° 04-47623, *JCP* S 2006.1987.
- note sous Cass. soc. 3 mai 2011, n° 09-71950, *JCP* S. 2011.1377.
- note sous Cass. soc., 17 mai 2011, n°10-12852, *JCP* S 2011.1419.
- note sous Cass. soc. 18 nov. 2011, n°11-40067, *JCP* S 2012.1183.
- note sous CE, 27 mars 2015, n° 371174, *JCP* S 2015.1333.

Kessous (R.), concl. sous Cass. civ., 2ème, 19 février 1997, n° 94-21111, *JCP* G 1997.II.22848.

Khodri (F.), note sous Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-13824, *JCP* G 2011.692.

Knetsch (J.), entretien à propos des arrêts Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-20486, *D*. 2015, p. 968.

Kobina Gaba (H.),

- obs. sous Cass. soc., 2 avril 2003, n° 00-21768, *D*. 2003, p. 1724.
- note sous Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-44175, *D*. 2010, p. 724.
- obs. sous Cass. soc., 4 avril 2012, n° 11-10570, *JSL* 2012, n° 324-6.

Kocher (M.),

- note sous Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15208, *RDT* 2014, p. 625.
- note sous Cass. soc., 15 avril 2015, n° 13-21306 et 13-22469, *à paraître*, *RDT* 2015, p. 541.

Lahalle (T.),

- note sous Cass. soc., 26 mars 2013, n°s 11-27964 et 11-27996, *JCP* S 2013.1254.
- note sous Cass. civ., 2ème, 11 février 2016, n° 14-10614 et n° 15-10168, *JCP* S 2016.1120.

Laithier (Y.-M.),

- obs. sous Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-19419, *RDC* 2010, p. 575.
- obs. sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841, *RDC* 2010, p. 1220.

Lalanne (F.), note sous Cass. soc., 25 juin 2013, n° 12-13968, *JSL* 2013, n° 350-5.

Lalou (H.), note sous Cass. civ., 13 fév. 1923, *D.P*, 1923, 1, p. 52.

Lamazerolles (E.), obs. sous Cass. civ., 2ème, 27 mai 2004, n° 02-15700, *D*. 2004, p. 2931.

Lanquetin (M.-T.), obs. Cass. soc., 29 octobre 1996, n° 92-43680, *D*. 1998, p. 259.

Lapin (R.), note sous Cons. const., n° 2015-517 QPC, 22 janvier 2016, *RDT* 2016, p. 276.

Lardy-Pélissier (B.),

- obs. Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-41695, *Peccoud*, *D*. 2001, p. 3011.
- obs. sous Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47455, *RDT* 2006, p. 94.
- obs. sous Cass. civ. 2ème, 22 février 2007, n° 05-13771, *RDT* 2007, p. 306.

Larroumet (C.) note sous Cass. ass. plén., 19 mai 1988, n° 87-82654, *D.* 1988, p. 513.

Lasserre Capdeville (J.), note sous Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87416, *D.* 2014, p. 912.

Laulom (S.), note sous Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, n° 94-14798, *D*. 1997, p. 403.

Laydu (J.-B.), note sous Cass. civ. 2ème, 21 février 2008, n° 06-21182, *D*. 2008, p. 2125.

Leborgne-Ingelaere (C.),

- note sous Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43914, *JCP* S 2006, 1566.
- note sous Cass. soc., 19 octobre 2011, n° 09-68272, *JCP* S 2011.1569.
- note sous Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-27694, *JCP* S 2012.1418.
- note sous Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-27766, *JCP* S 2012.1462.

- note sous CE 4e et 5e sous-section réunies, 20 novembre 2013, n° 340591, *JCP* S 2014.1129.

Lebreton (M.-Ch.), obs. sous Cass. civ., 1ère, 6 mars 1996, n° 93-18647, *D.* 1997, p. 93.

Leclerc (O.), obs. sous Cass. soc., 2 février 2006, n° 03-47481, *RDT* 2006, p. 42.

Le Corre (P.-M.) et Lucas (F.-X.), obs. sous Cass. soc., 8 juillet 2014, n° 13-15573 et n° 13-15470, *D.* 2014, p. 2147.

Ledoux (M.) et Nicolas (A.), note sous Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-20.074, *JCP* S 2013.1368.

Leduc (F.), note sous Cass. civ. 1ère, 16 janvier 2013, n° 12-14439 , *RCA* 2013, comm. 108.

Legeard (P.), note sous Cass. soc., 18 juin 2008, n° 07-42161**,** *Dr. ouvr.* 2008, p. 578.

Legeais (D.),

- note sous .Cass. com., 4 juillet 2006, n° 04-19577, *RTD com.* 2006, p. 901.
- obs. sous Cass. com., 10 juillet 2012, n° 11-11891, *RTD Com*. 2012, p.826.

Léger (N.), obs. sous Cass. crim., 27 mai 2014, n° 13-80849, *JCP* S 2014.214.

Le Couviour (K.), note sous Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 10-82938, *Erika*, *JCP* 2012.1243.

Lerouge (L.),

- note sous Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45888, *Snecma*, *RDT* 2008, p. 316.
- note sous Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-40144, *RDT* 2008, p. 316.

Leroy (Y.), note sous CA Paris, Pôle 6, ch. 1, 28 janvier 2013, *Dr. ouvr*., 2013, p. 378.

Lescot (R.), note sous Cass. civ., 7 juillet 1924, *S*. 1925, 1, p. 321.

Le tourneau (Ph.), note sous Cass. soc., 1ère, 25 juin 1991, n° 89-18617, *D.* 1991, p. 566,

Levannier-Gouël (O.), note sous Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-12340, *Dr. soc*. 2008, p. 571.

Levasseur (G.), note sous Cass. civ., 2ème, 28 janvier 1954, n° 54-07.081, *D.* 1954, p. 217.

Lhernould (J.-Ph.),

- note sous Cass. soc. 13 novembre 2008, n° 07-41700, *Dr. soc.* 2009, p. 69.
- obs. sous Cass. soc. 17 novembre 2010, n° 09-42389, *JSL* 2011, n° 291-3.
- obs. sous cass. soc. 7 février 2012, n° 10-18686, *JSL* 2012, n° 319-2.
- note sous Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-23942, *RJS* 2014, n° 361-2.
- obs. sous Cass. soc., 24 juin 2014, n° 12-24623, *JSL* 371-3.
- obs. sous Cass. soc., 22 octobre 2015, n° 14-11291 et n° 14-11801, *JSL* 2015, n° 399-400-3.
- obs. sous Cass. soc., 15 décembre 2015, n° 14-10522, *JSL* 2016, n° 403-2.
- obs. sous Cons. const., n° 2015-523 QPC, 2 mars 2016, *JSL* 2016, n° 407-2.
- obs. sous Cass. soc., 15 mars 2016, n° 14-16242, *JSL*2016, n° 408-3.
- obs. sous Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19702, *JSL* 2016, n° 413-2.

Lhuilier (J.-M.), obs. sous Cass. ass. plén., 25 février 2000, n° 97-17378, *RDSS* 2001, p. 134.

Libchaber (R.), note sous Cass. civ., 2ème, 24 janvier 2002, n° 99-16576, *Rép. Def.*, 2002, p. 789.

Licari (X.), note sous Cass. civ., 1ère, 1er décembre 2010, n° 09-13303, *D.* 2011, p. 423.

Lieber S.-J., concl. sous CE 23 mars 2016, n° 389158, *SSL* 2016, n° 1720, p. 4.

Lindon (R.),

- note sous Cass. soc., 27 novembre 1958, *D.* 1959, p. 20.
- concl. sous Cass. ch. mixte, 27 février 1970, n° 68-10276, *JCP* 1970.II.16305

Lokiec (P.), obs. sous Cass. soc. 11 mai 2010, n° 09-42241 à 09-42257, *D.* 2012, p. 901.

Lokiec (P.) et Porta (J.),

- obs. sous Cons. const., n° 2011-111 QPC, 25 mars 2011, *D.* 2012, p. 901.
- obs. sous Cass. soc., 11 sept. 2012, n° 11-22014, *D.* 2012, p. 2622.
- obs. sous Cass. soc. 29 mai 2013, n° 12-15974, *D.* 2013, p. 2599.

Loir (R.), note sous Cass. civ., 2ème, 22 janvier 2009, n° 07-20878 et n° 08-10392, *D.* 2009, p. 1114.

Loiseau (G.),

- note sous Cass. soc., 16 mai 2012, n° 11-10760, *JCP* S 2012.1329.
- note sous Cass. soc., 11 septembre 2012, n° 11-22014, *JCP* S 2012.1521.
- note sous Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15208 et s., *JCP* S 2014.1311.
- note sous Cass. soc., 8 juillet 2014, n° 13-15573 et n° 13-15470, *JCP* S 2014.1311.
- note sous CA Paris, 20 mars 2015, n° 09/09794, *Cah. Soc*. 2015, p. 422.
- note sous Cass. soc., 30 septembre 2015, n° 13-27872, *JCP* S 2015.1414.
- note sous Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19702, *JCP* S 2016.1220.

Luchaire (F.), note sous Cons. Cons., 22 octobre 1982, n° 82-144 NC, *D.* 1983, p. 189.

Lyon-Caen (G.), note sous Cass. Soc., 14 juin 1972, n° 71-12745, *Revet-Sol c/ Dal Poz, JCP* 1972.II.17275.

Lyon-Caen (A.),

- obs. sous Cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41334, *D.* 1992, p. 294.
- note sous Cass. soc., 13 février 1997, n° 96-41874 et n° 96-41875, *D.* 1997, p. 171.
- note sous Cass. civ., 2ème, 28 février 2002, 23 arrêts , *Dr. soc.* 2002, p. 445.
- obs. sous Cass. soc., 1er juin 1994, n° 91-43935 et 91-43936, *Dr. soc*. 1994, p. 715.
- obs. sous Cass. soc., 18 juillet 1996, n° 93-43581, *D.* 1998 p. 253.
- note sous Cass. soc., 16 avril 1996, *SIETAM*, n° 94-11660, 94-14915 et 94-14916, *Dr. soc*. 1996, p. 489.
- note sous Cass. soc., 29 octobre 1996, n° 92-43680, *Dr. soc*. 1996, p. 1013.
- obs. sous Cass. soc., 18 mars 1997, *D.* 1998, Somm. p. 256.

Malabat (V.), note sous Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83031, note *RDT* 2013, p. 767.

Malaurie (Ph.), note sous Cass. civ., 1ère, 20 mars 1989, n° 87-16011, *D.* 1989, p. 381.

Marie (H.), note sous Cass. soc., 10 juillet 1990, nos 87-44981 et 87-44982, *Cassini et Bourdon*, et n° 86-43699, *Dr. soc.* 1990, p. 794.

Markesinis (B.), Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13701, *RTD civ*. 2001, p. 77.

De la Marnierre (E.-S.), note sous Cass. com., 27 mars 1990, n° 88-13967, *D.* 1990, p. 390.

Marraud (C.), obs. sous Cass. soc., 19 mai 1998, n° 97-41814, *Dr. soc.* 1998, p. 723.

Martinez (J.) et Giudicelli (J.-J.), note sous CE 22 juillet 2015, n° 385816, *JCP* S 2015.1346.

Martinon (A.),

- note sous Cass. crim., 11 octobre 2005, n° 05-82414, *JCP* S 2006.1166.
- note sous Cass. soc., 20 février 2008, n° 06-44964, *JCP* S 2008.1235.
- note sous Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-42830 *JCP* S 2010.1113.
- note sous Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-71000, *JCP* S 2011.1416
- obs. sous CA Montpellier, 14 mai 2014, n° 13/06647, *Cah. soc.* 2014, n° 264, p. 359.

Marty (G.), note sous Cass. civ., 27 juillet 1937, *Méténier*, *S.* 1938, 1, p. 321.

Mayaux (L.), note sous Cass. civ., 3ème, 6 mars 2002, n° 99-20637, *RGDA* 2002, p. 386.

Mazeaud (H.), note sous Cass. req., 1er juin 1932, *S.* 1933, 1, p. 49.

Mazeaud (H. et L.), note sous Cass. civ., 2ème, 28 octobre 1954 Bull. civ., II, n° 328, *Gaz. Pal*. 1955, 1, p. 10.

Mazeaud (J.), note sous Cass. civ., 4 février 1969, *Société des comédiens français*, *D*. 1969, p. 601.

Mazeaud (D.),

- obs. sous Cass. civ., 2ème, 19 février 1997, n° 94-21111, *D*. 1997, p. 290.
- obs. sous Cass. ass. plén., 30 juin 1998, n° 96-11866, *D*. 1999, p. 262.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 15 décembre 1998, n° 96-21905 et 96-22440, *Defrénois* 1999, p. 745.
- note sous Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13701, *Perruche*, *D*. 2001, p. 336.
- obs. sous Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, n° 97-17359, n° 97-19282 et n° 98-19190, *D*. 2002, p. 1314.
- obs. sous Cass. ass. plén., 14 décembre 2001, *Cousin*, n° 00-82066, *D*. 2002, p. 1317.
- note sous Cass. civ., 2ème, 24 janvier 2002, n° 99-16576, *D*. 2002, p. 2559.
- note sous Cass. civ., 3ème, 30 janvier 2002, n° 00-15784, *D*. 2003, p. 458.
- note sous Cass. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22981, *D*. 2002, p. 2963.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 19 juin 2003, *D*. 2004, p. 1346.
- obs. sous Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-10243, *RDC* 2004, p. 257.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 19 juin 2003, n° 00-22302 et n° 01-13289, *D*. 2004, p. 1346.
- obs. sous Cass. com., 5 avril 2005, n° 03-19370, *RDC* p. 687.
- obs. sous Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255, *RDC* 2007, p. 269.
- obs. Sous Cass. civ., 1ère, 16 janvier 2007, n° 06-13983, *RDC* 2007, p. 719.
- note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841, *D*. 2010, p. 1832.
- note sous Cass. civ., 1ère, 15 décembre 2011, n° 10-17691, *D*. 2012, p. 659.
- obs. sous Cass. soc., 27 mai 2015, n° 14-11155, *Dr. soc*. 2015, p. 650.

Mazeaud (A.),

- obs. sous Cass. soc., 11 sept. 2012, n° 11-22014, *Dr. soc*. 2012, p. 1065.
- obs. sous Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-20256, *Dr. soc*. 2014, p. 79.

Mazières (A.), obs. sous Cass. soc., 2 mars 2010, n° 09-40914 à 917, *Dr. ouvr*. 2010, p. 537.

Mekki (M.), note sous Cass. civ., 1ère, 16 janvier 2007, n° 06-13983, *JCP* G 2007.I.161.

Mémeteau (G.), obs. sous Cass. ass. plén., 14 décembre 2001, *Cousin*, n° 00-82066, *RDSS* 2002, p. 526.

Ménard (C.), note sous Cass. soc., 24 juin 2008, n° 07-11411, *Dr. ouvr*. 2008, p. 626.

Mendoza-Caminade (A.), note sous Cass. com., 12 février 2008, n° 06-17501, *LPA* 2008, n° 209, p. 4.

Mestre (J.),

- obs. sous Cass. soc., 14 mai 1987, n° 85-41349, *RTD civ*. 1998, p. 531.
- obs. sous Cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41334, *RTD civ*. 1992. 760.
- obs. sous Cass. ass. plén., 2 avril 1993, n° 89-15490, *RTD civ*. 1993, p. 820.
- obs. sous Cass. com., 5 avril 1994, no 92-14582, *RTD civ*. 1994, p. 857.
- obs. sous Cass. soc., 22 janvier 1998, n° 95-45400 et n° 95-45402, *RTD civ*. 1999, p. 379.
- obs. sous Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1998, *Tocqueville*, n° 96-21485, *RTD civ*. 1999, p. 394,
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 15 décembre 1998, n° 96-21905 et 96-22440, *RTD civ*. 1999, p. 623.

Mestre (J.) et Fages (B.),

- obs. sous Cons. const., n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *RTD civ*. 2000, p. 109.
- note sous Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-10243, *RTD civ*. 2004, p. 80.

- obs. sous Cass. civ. 1ère, 10 mai 2005, n° 02-15910, *RTD civ.* 2005, p. 594.
- obs. sous Cass., ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13255, *RTD civ*. 2007, p. 115.
- note sous Cass. civ., 1ère, 16 janvier 2007, n° 06-13983, *RTD civ*. 2007, p. 342.

Meyer (F.),

- note sous Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-11793 et n° 99-18390, *Dr. ouvr*., 2002, p. 166.
- obs. sous Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47455, *RDT* 2006, p. 103.
- obs. sous CJUE, 3ème ch., 14 juin 2007, C-127/05, *Commission c/ Royaume-Uni*, *RDT* 2008, p. 113.
- note sous Cass. soc., 30 septembre 2010, n° 09-41451, *Dr. ouvr*., 2010, p. 662.
- note sous Cass. soc., 8 juin 2011, n° 09-67051, *Dr. Ouvr*. 2011, p. 684.
- obs. sous Cass. soc., 27 janvier 2016, n° 15-10640, *RDT* 2016, p. 272.

Michalletz (M.), note sous Cass. civ., 2ème, 19 décembre 2013, n° 12-25661, *JCP* S 2014.1154.

Mihura (J.), npte sous Cass. ch. Réunies, 15 juillet 1941, *JCP* G 1941.II.1705.

Milet (L.), note sous Cass. soc., 15 avril 2015, n° 13-24182, *Dr. ouvr.* 2016, p. 20.

Miné (M.),

- note sous Cass. soc., 16 mars 2005, n° 03-40251, *JCP* G 2005.II.10125.
- note sous Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43914, *D.* 2006, p. 2831.
- obs. sous Cass. soc., 28 janvier 2009, n° 07-44556, *RDT* 2009, p. 167.

Mislawski (R.), note sous Cass. civ., 1ère, 3 juin 2010, n° 09-13591, *LPA* 17-18 août 2010, n° 164, p. 9.

Mo (C.),

- obs. sous Cass. soc., 27 janvier 2016, n° 15-10640, *JSL* 2016, n° 405-5.
- obs. sous Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-26909, *JSL*2016, n° 406-1.

Molfessis (N.), obs. sous Cass. civ., 1ère, 15 mai 2001, n° 99-20597, RTD Civ. 2001 p. 699.

Montas (A.) et Roussel (G.), note sous Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 10-82938, *Erika*, *AJ pénal* 2012, p. 574.

Morand (M.),

- note sous Cass. soc., 28 septembre 2010, n° 08-43161, *JCP* S, 2010.1466.
- note sous cass. soc. 7 décembre 2010, n° 09-42626, *JCP* S 2011.1060.

Morin (J.), note sous Cass. mixte, 9 janvier 2015, n° , n° 13-12310, *RDT* 2015, p. 345.

Moreau (J.-P.), note sous Cass. civ., 3ème , 25 mars 1987, n° 85-10457, *JCP* N 1988.II.98.

Morvan (P),

- note sous Cass. soc., 7 juin 2005, n° 02-47374, *JCP* S 2005.1158.
- note sous Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30038, *JCP* S 2005.1056. et *JCP* E 2005.1201.
- note sous Cass. civ., 2ème, 18 janvier 2006, n° 05-14202, *JCP* S 2006.1454.

Mouly (J.),

- note sous Cass. soc., 27 octobre 1998, n° 95-43308, *D.* 1999, p. 186.
- note sous Cass. soc., 27 octobre 1998, n° 95-43308, *D.* 1999, p. 186.
- note sous Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47455, *JCP* G 2006.II.10153.
- obs. sous Cass. soc., 15 novembre 2006, n° 04-46721, *Dr. soc*. 2007, p. 241.
- note sous cass. soc., 5 juillet 2005, n° 03-45048, *JCP* G 2005.II.10155.
- note sous Cass. soc. 5 juillet 2006, n° 04-46009, *D*. 2007, p. 54.
- obs. sous Cass. soc., 20 décembre 2006, n° 05-45365, *Dr. soc*. 2007 p. 372.

- obs. sous Cass. civ. 2ème, 11 octobre 2007, n° 06-14611, *D*. 2008, p. 582.
- note sous Cass. civ. 2ème, 20 décembre 2007, n° 07-13403, *D*. 2008, p. 1248.
- note sous Cass. soc., 4 mars 2008, n° 06-45221, *JCP* G 2008.II.10095.
- note sous Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-42640, *D*. 2009, p. 528.
- Cass. soc., 14 avril 2010, n° 08-45247, *Dr. soc*. 2010, p. 815.
- obs. sous Cass. soc., 23 juin 2010, n° 08-70233, *Dr. soc.* 2010, p. 1254.
- note sous Cass. soc., 1er juillet 2010, *JCP* G 2010.321.
- obs. sous Cass. soc., 23 janvier 2013, n° 11-23428, *Dr. Soc*. 2013, p. 275.
- obs. sous Cass. soc. 29 mai 2013, n° 12-15974, *Dr. soc*. 2013, p. 647.
- obs. sous Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-19472, *Dr. soc.* 2014, p. 288.
- obs. sous Cass. soc., 29 octobre 2013, n° 12-22447, *Dr. soc*. 2014, p. 81.
- obs. sous Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-23643, *D*. 2014, p. 2412; *Dr. soc*. 2015, p. 93.
- note sous Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-18603, *Dr. soc*. 2015, p. 384.
- obs. sous Cass. soc., 15 avril 2015, n° 13-21306 et 13-22469, *Dr. soc*. 2015, p. 559.
- obs. sous Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-23861, *Dr. soc.*, 2016, p. 470.
- note sous Cass. soc., 13 juillet 2016, n° 16-40209, *Dr. soc*. 2016, p. 864.

Muller (F.), « Périple au royaume des préjudices indemnisables. Impact de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 », *SSL* 2013, n° 1576, p. 4

Nési (F.), obs. sous Cass. civ., 3ème, 9 juin 2010, n° 09-11738, *D.* 2010, p. 2614.

Noblo (C.), note sous Cass. civ., 3ème, 28 septembre 2005, n° 04-14586, *JCP* G 2006.II.10010.

Noël (L.), obs. sous Cass. civ., 2ème, 27 janvier 2004, n° 02-30693, *D.* 2004, p. 2185.

Odoul-Asorey (I.),

- obs. sous Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-23899, *RDT* 2015, p. 126.
- obs. sous Cass. soc., 16 décembre 2014, n° 13-22308, *RDT* 2015, p. 200.
- obs. sous Cass. soc. 3 mars 2015, n° 13-26258, *RDT* 2015, p. 415.

Olivier (J-M.), note sous Cass. soc., 2 février 2006, n° 03-47481, *JCP* S 2006.1700.

Omarjee (I.), obs. sous Cass. soc., 26 septembre 2002, n° 00-42581, *D*. 2003, p. 1223.

Orif (V.), obs. sous Cass. soc., 29 mai 2013, n°11-20074, *Dr. soc*. 2013, p. 764.

Ottan (A), note sous Cass. soc., 10 décembre 2015, n° 14-19316, CA Nîmes, 15 avril 2014 et CA Montpellier 29 septembre 2015, *Dr. ouvr*. 2016, p. 89.

Pacotte (Ph.) et Halimi (G.),

- obs. sous Cass. soc., 9 juillet 2015, n° 14-12834, *JSL* 2015, n° 395-7.
- obs. sous Cass. crim., 12 janvier 2016, n° 14-87695, *JSL* 2016, n° 404-2.
- obs. sous Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-23861, *JSL* 2016, n° 408-2.

Pacotte (Ph.) et Bernardeschi (M.),

- obs. sous Cass. soc., 15 avril 2015, n° 13-24182 et n° 13-27211, *JSL* 2015, n° 389-5.
- obs. sous Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-23521, *JSL* 2015, n° 386-3.

Pacotte (Ph.) et Layat-Le Bourhis (J.), obs. sous Cass. soc., 3 février 2016, n° 14-17886, *JSL* 2016, n° 406-3.

Pagnerre (Y.), Gacouin (V.) et Verdier (D.), note sous CA rouen, 24 septembre 2015, n° 14/04955, *Cah. soc*. 2015, n° 280, p. 624.

Pansier (F.-J.),

- note sous Cass. soc. 30 mars 2011, n° 09-41583, *Cah. soc.* 2011, n° 230, p. 150.
- note sous Cass. soc. 18 mai 2011, n° 09-42741, *Cah. soc*. 2011, n° 232, p. 191.
- note sous de Cass. soc. 31 mai 2011, n° 09-71350, *Cah. soc.* 2011, n° 232, p. 202.

- note sous Cass. soc. 17 novembre 2012, n° 09-42389, *Cah. soc.* 2011, n° 226, p. 6.

Parance (B.),

- note sous Cass. civ., 1ère, 2 mai 2001, n° 99-10709 ; *JCP* G 2008.II.10020.
- note sous CA Chambéry, 4 février 2010, n° 09/00731, *JCP* G 2010. 531.

Pécaut-Rivolier (L.),

- obs. sous Cass. soc., 16 février 2011, n° 10-10592, *Dr. soc*. 2011, p.724.
- Cass. soc., 4 avril 2012, n° 10-20845, *Dr. soc*. 2012, p. 469.

Pélissier (J.),

- note sous Cass. soc., 18 décembre 1975, n° 74-40477, *D* 1976, p. 210.
- obs. sous Cass. soc., 26 mars 1980, n° 78-41369, *D.* 1980, p. 547.
- obs. sous Cass. soc., 25 juin 1987, n° 85-40250, *D.* 1998, p. 99.
- note sous Cass. soc., 25 juin 2003, nos 01-43578, 01-42679 et 01-42335, *D.* 2003, p. 2396.
- note sous Cass. soc., 15 novembre 2006, n° 04-46721, *RDT* 2007, p. 95.

Penneau (J.),

- obs. sous Cass. crim., 13 décebre 1983, n° 80-93708, *D*. 1984, somm., p. 459.
- note sous Cass. civ. 1ère, 7 février 1990, n° 88-14797, *D*.1991, somm., p. 183.
- obs. sous Cass. civ. 1ère, 12 juillet 2007, n° 06-12624, *D*. 2008, p. 506.

Peskine (E.), note sous Cass. soc., 10 décembre 2015, n° 14-19316, *Dr. ouvr*. 2016, p. 177.

Petit (D.), note sous Cass. soc., 23 novembre 2005, n° 03-40826, *Dr. ouvr*. 2006, p. 101.

Petit (F.), note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-43334 et n° 99-43336 *JCP* 2002.I.10162.

Petit (B.) et Picq (M.), note sous Cass. soc., 7 novembre 1995, *JCP* G 1996.II.22626.

Perrin (L).,

- obs. sous Cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-40950, *D*. 2007, p. 2874.
- note sous Cass. soc., 23 janvier 2013, n° 11-23428, *D*. 2013, p. 313.

Perrot (R.), Cass. civ., 2ème , 7 décembre 2000, n° 98-16399, *RTD civ*. 2001, p. 209.

Picca (G.), concl. sous Cass. soc., 25 septembre 1991, n° 88-45660 et n° 88-41251, *Dr. soc.* 1991, p. 762.

Picca (G.) et Sauret (A.), note sous Cass. soc., 6 juin 2000, n° 98-42860 et n° 98-42861, *LPA* 20 juillet 2000 n° 144, p. 7.

Picard (E.), note sous Cass. civ., 20 mai 1936, Mercier, *D*. 1936, p. 88.

Picod (Y.),

- obs. sous Cass. com., 18 janvier 1994, n° 92-11224, *D*. 1996, p. 253.
- note sous Cass. com. 12 février 2008, n° 06-17501, *D*. 2008, p. 2573.

Pierre (Ph.), note sous Cass. civ., 1ère 3 juin 2010, n° 09-13591, *RDC* 2011, n° 1, p. 357.

Pignarre (G. et L. - F.), Cass. soc. 4 avril 2012, n° 10-28818 et s., *RDT* 2012, p. 297.

Pignarre (G.),

- note sous Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43914, *RDT* 2006, p. 150.
- obs. sous Cass. soc., 11 juillet 2007, n° 06-42128 à 06-42152, *RDT* 2007, p. 661.
- note sous Cass. soc., 21 octobre 2008, n° 07-40809, RDT 2009, p. 112,
- note sous Cass. civ. 2ème, 27 novembre 2014, n° 13-26327, *RDT* 2014, p. 764.

Pillet (C.), obs. sous Cass. soc., 24 juin 2009, n° 08-42762 , *RDT* 2010, p. 32.

Pinna (A.), note sous Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-45546, *JCP* G 2006.I.192.

Pola (B.), obs. sous Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45888, *Snecma , SSL* 2008, n° 1346, p. 12.

Pollaud-Dulian (F.), obs. sous Cass. soc., 12 juillet 2007, n° 06-40344, *RTD com*. 2008, p. 88.

Porchy-Simon (S.),

- obs. sous Cass. civ. 1ère, 13 février 2007, n° 06-12372, *D*. 2008, p. 2765.
- note sous Cass. civ. 1ère, 12 juillet 2007, n° 06-12624, *D*. 2007, p. 2908.
- note sous Cass. civ., 1ère, 3 juin 2010, n° 09-13591, *JCP* G 2010.788.
- note sous Cass. civ., 2ème, 4 avril 2012, n° 11-14311, *D*. 2012, p. 1098.
- obs. sous Cass. civ. 2ème, 11 juillet 2013, n° 12-15402, *D*. 2013, p. 2658.
- obs. sous Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 11-20948 et n° 12-17667, *D*. 2013, p. 2658.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 16 janvier 2014, n° 13-10566, *D*. 2014, p. 2362.
- obs. sous Cass. soc., 25 mars 2015, n° 13-21716, *D*. 2015, p. 2283.

Porta (J.) et Lokiec (P), obs. sous Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15208, *D*. 2015, p. 829.

de la Pradelle (G.), obs. sous Cass. civ., 1ère, 11 octobre 1966, *JCP* 1967.II.15193.

Pradel (J.),

- obs. sous Cass. crim., 6 février 2001, n° 00-81526, *D*. 2002, p. 1457.
- obs. sous Cass. crim., 30 avril 2002, n° 01-85219, *D*. 2003, p. 30.

Pradel (C.-F.), Pradel-Boureux (P.) et Pradel (V.), note sous CE 9 novembre 2015, n° 342468, *JCP* S 2015.1474.

Prieur (R.), note sous Cass. civ. 1ère, 4 février 1969, *Société des comédiens français*, *JCP* 1969.II.16030.

Prétot (X.),

- note sous Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-11793 et n° 99-18390, *D.* 2002, p. 2696.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 27 janvier 2004, n° 02-30693, *D*. 2004, p. 436.
- note sous CE 20 février 2004, n° 241150, *Dr*. soc. 2004, p. 369.
- note sous Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30038, *Dr. soc.* 205, p. 1067 et *D.* 2005, p. 1067.

Puigelier (C.),

- note sous Cass. soc., 16 mars 1999, n° 96-45247, *D*. 2000, p. 297.
- note sous Cass. soc., 23 octobre 2012, n°11-19210, *JCP* S 2013.1037.
- note sous Cass. soc. 7 février 2012, n° 10-27525, *JCP* S 2012.1177, p. 22.

Radé (Ch.),

- note sous Cass. civ., 2ème, 19 février 1997, n° 94-21111, *D.* 1997, p. 279.
- obs. sous Cass. soc., 27 janvier 1999, n° 96-43342, *Dr. soc.* 1999, p. 308.
- note sous Cass. Civ., 1ère, 9 avril 2002, n° 00-21014**,** *RCA* 2002, chron. 13.
- note sous Cass. civ. 2ème, 21 septembre 2004, n° 03-15451, *Lexbase Hebdo* 2004, Éd. sociale, n° 136.
- obs. sous CA Bordeaux, 26 octobre 2004, RCA 2005. comm. 3.
- obs. sous Cass. soc., 11 janvier 2005, n° 02-45.608 *Dr. soc.* 2005, p. 323.
- note sous Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43914, *Dr. soc.* 2006, p. 826.
- obs. sous Cass. soc., 21 février 2007, n° 05-43136, *Dr. soc.* 2007, p. 647.
- note sous CA Dijon, 29 janvier 2008, *RCA* mai 2008, comm. 158.
- note sous Cass. soc., 20 février 2008, n° 06-40085, *Dr. soc*. 2008, p. 530.
- obs. sous Cass. soc., 16 décembre 2008, n° 06-45262, *Dr. soc*. 2009. 363.
- note sous Cons. const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *Constitutions* 2010, p. 413.
- obs. sous Cass. soc., 15 novembre 2011, n° 10-10687, 10-18417 et 10-30463; *Dr. Soc*. 2012, p. 103.
- obs. sous Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-27694, *Dr. soc*. 2012, p. 845.

- note sous Cass. soc., 20 février 2013, n° 12-40095, QPC, *Constitutions*, 2013, p. 240.
- note sous Cass. soc., 13 juillet 2016, n° 16-40209, *Lexbase* 28 juill. 2016.

Ravanas (J.),

- note sous Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, n° 94-14798, *JCP* 1997.II.22805.
- note sous Cass. Civ. 1ère , 25 février 1997, n° 95-13545, *JCP* G 1997.II.22873.

Ray (J.-E.),

- note sous Cass soc., 26 septembre 1990, n° 88-41375, *Dr. soc*. 1991, p. 60.
- note sous Cass. soc., 16 novembre 1993, n° 91-41024, *Dr. soc.*1994, p. 35.
- obs. sous Cass. soc., 1er avr. 1997, n° 95-45.284, *Dr. soc*. 1997, p. 646.
- obs. sous Cass. soc., 22 janvier 1998, n° 95-45400 et n° 95-45402, *Dr. soc*. 1998, p. 292.
- note sous Cass. soc. 5 juillet 2006, n° 04-46009, *Dr. soc*. 2006, p. 815.

Rémy-Corlay (P.) note sous Cass. civ., 1ère, 1er décembre 2010, n° 09-13303, *RTD civ.* 2011, p. 317.

Renard-Payen (O.), note sous Cass. civ., 1ère, 10 juillet 2007, n° 06-20452, *JCP* A 2007.2333.

Renaud (S.), obs. sosu CA Lyon, ch. soc., 18 décembre 2015, n° 14/05156, *Cah. soc*. février 2016, p. 71.

Reynès (B.),

- obs. sous Cass. soc., 3 juillet 2003, n° 01-44522, 01-44717 et 01-44718, *D*. 2004, p. 180.
- note sous Cass. soc., 6 novembre 2013, n° 12-15953, *RDT* 2014, p. 35.

Riefa (Ch.), note sou Cass. 9 mars 2004, n° 01-11296, *D*. 2004, p. 1727.

Ripert (G.), note sous Ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, *D*. 1930.1.57.

Robert (A.), obs. sous Cass. civ., 2ème, 21 mai 1997, n° 95-19688, D. 1988, p. 61.

Robineau (M.), note sous Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-4274, *D*. 2011, p. 1955.

Roche-Dahan (J.), note sous Cass. civ., 1ère, 26 mars 1996, n° 94-13145, *D*. 1997, p. 35.

Rodière (R.), note sous Cass. com., 16 février 1954, *D*. 1954, p. 534.

Rome (F.), Édito à propose de Cass. civ., 1ère 28 avril 2011, n° 10-15056, *D*. 2011, p. 1745.

Rouast (A.), note sous Cass. ch. Réunies, 15 juillet 1941, *DC* 1941, p. 117.

Rouvière (F.), note sous Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, *D*. 2015, p.657.

Roux (J.-A.), concl. sous Cass. crim., 13 février 1937, *S*. 1937, 1, p. 153.

Roy-Loustanau (Cl.),

- obs., sous Cass. soc., 1er juillet 1998, n° 96-40398, *Dr. soc*. 1998, p. 943.
- obs. sousCass. soc., 19 janvier 1999, n° 96-42884, *Dr. soc.* 1999, p. 399.
- obs. sous Cass. soc., 9 mars 1999, n° 96-41586, *Dr. soc.* 1999, p. 519.
- obs. sous Cass. soc., 1er février 2000, n° 98-46201, *Dr. soc.* 2000, p. 516.
- obs. Cass. soc., 9 mai 2001, n° 98-44090 et 98-46205, *Dr. soc*. 2001, p. 925.

Rozec (Ph.), note sous Cass. crim. 26 octobre 2010, n° 09-87671, *JCP* S 2011.1051.

Rzepecki (N.), note sous Cass. civ., 1ère, 3 juin 1998, n° 95-16887, *JCP* G 1999.II.10010.

Sabotier (N.), obs. sous Cass. soc., 6 octobre 2015, n° 13-26052, *D*. 2016, p. 148.

Saint-Jours (Y.),

- note sous Cass. soc., 12 juillet 2001, n° 99-18375, *D*. 2001, p. 3390.
- note sous Cass. soc., 11 avril 2002, n° 00-16.535, *D*. 2002, p. 2212.
- note sous Cass. soc., 31 octobre 2002, n° 00-18359, *D*. 2003, p. 644.

- note sous Cass. soc., 19 décembre 2002, n° 01-20447, *D.* 2003, p. 1792.
- note sous Cass. civ., 2ème, 2 novembre 2004, n° 03-30206, *D.* 2005, p. 823.
- note sous Cass. civ. 2ème, 8 mars 2005, n° 02-30998, *D.* 2005, p. 1838.
- note sous Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30038, *D.* 2005, p. 2375.
- note sous Cass. civ. 2ème, 22 novembre 2005, n° 04-11447, *D.* 2006, p. 840.
- note sous Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47455; *Dr. ouvr.* 2006, p. 505.

Sainte-Rose (J.) , concl. Sous Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, n° 97-17359, n° 97-19282 et n° 98-19190, *JCP* 2001. II. 10601.

Saleilles (R.), note sous Cass. civ., 16 juin 1896, arrêt *Teffaine, D.* 1897.I.433.

Salomon (R.), obs. sous Cass. crim., 11 avril 2012, n° 11-85224, *Dr. soc.* 2012, p. 720.

Saltzmann (C.), obs. sous Cass. Soc. 17 mai 2011, n° 10-12852, *Dr. Ouvr*. 2011, p. 677.

Saramito (F.),

- note sous Cass. soc., 9 novembre 1982, n° 80-13958, 80-14046 et 80-14097, *Dr. ouvr*. 1983, p. 276.
- note sous Cass. soc., 30 janvier 1991, n° 89-17332, *Dr. ouvrier* 1991, p. 107.

Sargos (P.),

- concl. sous Cass. civ., 1ère, 18 juillet 2000, n° 99-12135; *JCP* G 2000.II.10415.
- note sous Cass. civ., 2ème, 28 février 2002, 23 arrêts , *JCP* G 2003.I.104.
- note sous Cass. soc. 28 février 2006, n° 05-41555, *JCP* S 2006.1278.
- note sous Cass. civ. 1ère, 6 décembre 2007, n° 06-19301, *D.* 2008, p. 192.
- note sous Cass. civ., 1ère, 3 juin 2010, n° 09-13591, *D.* 2010, p. 1522.

Sarrut (L.),

- concl. sous Cass. civ., 18 juin 1896, arrêt *Teffaine, D.* 1897.I.433.
- note sous Cass. civ., 21 novembre 1911, *Cie générale transatlantique, DP* 1913.I.249.

Savatier (R.),

- note sous Cass. crim., 7 juin 1945, *D.* 1945, p. 149.
- note sous Cass. civ., 2ème, 28 octobre 1954 *Bull. civ*., II, n° 328, p. 222, *JCP* 1955.II.8765.
- note sous Cass. crim., 3 novembre 1955, *D.* 1956, jur., p. 558.
- note sous Cass. soc., 27 mai 1970, n° 69-40070, *Abisse*, *Dr. soc*. 1971, p. 132.
- note sous Cass. civ. 1ère, 27 mars 1973, n° 71-14587, *JCP* G 1974.II.17643.
- note sous Cass. ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91225, *Perrier, D.* 1975, p. 219.
- note sous Cass. civ. 1ère, 1er juin 1976, *JCP* 1976.II.18483.

Savatier (J.),

- note sous Cass. soc., 8 février 1972, n° 71-40285, *D.* 1972, p. 656.
- note sous Cass. Soc., 14 juin 1972, n° 71-12745, *Revet-Sol c/ Dal Poz, Dr. soc.* 1972, p. 465.
- obs. sous CE, 22 juin 1973, *Compagnie internationale des Wagons-Lits*, *Dr. soc*. 1974, p. 42.
- note sous Cass. crim., 23 janvier 1975, n° 73-92615, *D.* 1976, p. 375.
- note sous Cass. soc., 9 novembre 1982, n° 80-13958, 80-14046 et 80-14097, *Dr.* soc. 1983, p. 177.
- note sous Cass. soc., 14 avril 1983, n° 81-40459 et n° 81-40471, *Dr. soc.* 1983, p. 644.
- note sous Cass. soc., 4 mai 1988, *Dr. soc.* 1989, p. 132.
- obs. sous Cass. soc., 8 octobre 1987, n° 84-41902, *Raquin*, *Dr. soc.* 1988, p. 135.
- note sous Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 88-44308, *Dr. soc*. 1991, p. 99.
- note sous Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42636, *Dr. soc.* 1991, p. 485.
- note sous Cass. soc., 23 octobre 1991, n° 88--41495, *Dr. soc.* 1992, p. 227.
- obs. sous Cass. soc., 13 janvier 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 279.

- note sous Cass. soc., 18 juin 1998, n° 96-41558, *Dr. soc*. 1998, p. 1000.
- obs. sous Cass. soc., 15 décembre 1998, n° 95-43630, *Dr. soc*. 1999, p. 187.
- obs. sous Cass. soc., 17 octobre 2000, n° 98-42018, *Dr. soc.* 2000, p. 1147.
- note sous Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-46319, *Dr. soc.* 2001, p. 774.
- obs. sous Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-41695, *Peccoud*, *Dr. soc*. 2001, p. 899.
- obs. sous Cass. soc., 9 avril 2002, n° 99-45155, *Dr. soc*. 2002, p. 665.
- obs. sous Cass. soc. 21 mai 2002, n° 00-42909, *Dr. soc*. 2002, p. 902.
- obs. sous Cass. soc. 30 septembre 2005, *Dr. Soc*. 2006, p. 102.
- note sous Cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-40950, *Dr. soc*. 2008, p. 126.
- obs. sous Cass. soc. 19 décembre 2007, n° 06-43918, *Dr. Soc*. 2008, p. 388.
- obs. sous Cass. soc., 23 janvier 2008, n° 05-16492, *Dr. soc*. 2008, p. 503.

Savaux (E.) , obs. sous Cass. civ., 1ère, 18 novembre 1997, n° 95-19516, *Defrénois* 2002, p. 759.

Seguin (L.), obs. sous Cass. soc., 5 juin 2001, n° 99-41186, *JSL* 2001, n° 83-5..

Seillan (H.), entretien sous Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-26321, *Société Fnac Relais*, *D.* 2015, p. 2496.

Seiller (B.), obs. sous CE 23 décembre 2011, n° 335477, *Danthony*, *AJDA* 2012, p. 1609.

Sériaux (A.),

- note sous .Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42636, *JCP* G 1991.II.21724.
- note sous Cass. ass. plén., 2 avril 1993, n° 89-15490, *D.* 1993, p. 229.

Serinet (Y.-M.), note sous Cass. com., 13 mars 2012, n° 11-13.077, *JCP* G 2012.561.

Serna (M.), note sous Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981, *D.* 2009, p. 1530,

Serra (Y.),

- note sous Cass soc., 24 janvier 1979, *D.* 1979, p. 619.
- obs. sous Cass. soc., 5 juin 1996, n° 92-42298, *D.* 1997, p. 101.
- note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-43334 et n° 99-43336 *D.* 2002, p. 2491.

Serverin (E.), note sous Cass. soc., 5 décembre 2012, n° 11-20004, *RDT* 2013, p. 124.

Signoretto (F.),

- obs. sous Cass. soc., 31 octobre 2002, n° 00-18359, *D.* 2003, p. 382.
- obs. sous Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 06-42269, *RDT* 2009, p. 51.

Sommer (J.-M.) et Nicoletis (C.),

- note sous Cass. civ. 2ème, 20 décembre 2007, n° 07-13403, *D.* 2008, p. 648.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 20 mars 2008, n° 07-15807 à 07-15809, *D.* 2008, p. 2373, n° 13.

Spire (R.), Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28734, *Dr. ouvr*. 2013, p. 716.

Stoffel-Munck (Ph.),

- « Chronique de responsabilité civile », *JCP* G 2001.1333.
- note sous Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-10243, *JCP* E, 2004.3.738.
- obs. sous Cass. civ. 3ème, 3 décembre 2003, n° 02-18033, *RDC* 2004, p. 280.
- obs. sous Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255, *JCP* G 2007.I.115, n° 4.
- « Chronique de jurisprudence », *JCP* G 2006.I.111, n° 4.
- « Chronique de responsabilité civile », *JCP* G 2006.I.166.
- obs. sous cass. civ., 2ème, 22 février 2007, n° 06-10131, *JCP* G 2007.I.185, n°1.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 11 octobre 2007, n° 06-14611, *JCP* G 2008.I.125.
- note sous Cass. civ., 1ère, 28 novembre 2007, n° 06-19405, *JCP* G 2008.I.125, n° 7.
- obs. sous Cass. civ. 2ème, 15 mai 2008, n° 07-13483, *JCP* G 2008.I.186.
- « Chronique de responsabilité civile », *JCP* G 2008.I.186, n° 2.

- obs. sous Cass. civ., 1ère, 13 novembre 2008, n° 07-15000, *JCP* G 2009.I.123, n° 2.
- « Chronique de responsabilité civile », *JCP* G 2010.1015.
- « Chronique de jurisprudence de responsabilité civile », *JCP* G 2011.1333.
- note sous Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12852, *JCP* S 2011.1419, *JCP* G 2011.1333.
- note sous Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10278, *Rev. des soc*., 2012, p. 620.
- « Chronique de responsabilité civile », *JCP* G 2010.1015.

Strebelle (G.), note sous Cass. civ., 2ème, 28 février 2002, 23 arrêts , *JCP* E 2002.643.

Taquet (F.),

- note sous Cass. soc., 31 mars 1993, n° 89-43708, *JCP* 1993.II.22130.
- obs. sous Cass. soc., 8 juillet 2014, n° 13-15470, *JSL* 2014, n° 375-2.
- note sous Cass. mixte, 9 janvier 2015, n° 13-12310 *JCP* E 2015.1081.
- note sous CJUE, 1er octobre 2015, C-432/14, Aff. *O. c. France*, *JSL* 2015, n° 397-6.

Tauran (T.),

- note sous Cass. civ., 2ème, 21 décembre 2006, n° 05-21633, *JCP* S 2007.1146.
- obs. sous Cass. civ. 2ème, 18 novembre 2010, n° 09-17275, *JCP* S 2011.1128.

Teissonière (J.-P.), obs. sous Cass. soc. 11 mai 2010, n° 09-42241 à 09-42257, *Gaz. Pal*. 21 déc. 2010, p. 46.

Teyssié (B.), note sous CPH Montauban, 14 septembre 2015, n° 14/00246, *JCP* S 2015.1450.

Thiellay (J.-Ph.), concl. sous CE 5 mars 2008, *AJDA* 2008, p. 941.

Thomas (V.), note sous Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-19263 à n° 13-19273, *Rev. sociétés* 2015, p. 292.

Thullier (B.), obs. sous Cass. ass. plén., 14 décembre 2001, *Cousin*, n° 00-82066, *D*. 2002, p. 2117.

Tissandier (H.),

- obs. sous Cass. soc., 2 décembre 2008, n° 07-44132, *RDT* 2009, p. 116.
- note sous Cass. soc., 9 décembre 2014, n° 13-21766, *RDT* 2015, p. 269.
- obs. sous Cons. const., n° 2015-517 QPC, 22 janvier 2016, *JSL* 2016, n° 405-3.
- obs. sous Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-24350, *SSL* 2016, n° 1717, p. 11.
- note sous Cass. soc., 23 mars 2016, n° 14-22950, 14-22960 et 14-22963, *JSL* 2016, n° 409-4.

Touffait (A.), concl. sous Cass. ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91225, *Perrier*, *D*. 1974, p. 593.

Tourneaux (S.), obs. sous Cass. soc., 25 juin 2013, n° 11-22646, *Dr. soc*. 2014, p. 11.

Tourreil (J.-E),

- obs. sous Cass. soc. 12 juin 2001, n° 00-14435, *JSL* 2001, n° 83-4.
- obs. sous Cass. soc., 24 juin 2008, n° 07-11411, *JSL* 2008, n° 241-5
- obs. sous Cass. soc. 12 janvier 2011, n° 08-45280, *JSL* 2011, n° 294-6.
- obs. sous Cass. soc., 17 mai 2011, n°10-12852, *JSL* 2011, n° 302-5.
- obs. sous Cass. soc. 9 novembre 2011, n° 09-43528, *JSL* 2011, n° 313-5.
- obs. sous Cass. soc. 7 fév. 2012, n° 10-17393, *JSL* 2012, n° 319-4.
- obs. sous Cass. soc., 11 juin 2013, n°12-12738, *JSL* 2013 n°348-4.

Tournaux (S.), note sous Cass. soc., 6 novembre 2013, n° 12-15953, *Dr. soc*. 2014, p. 11.

Trébulle (F.-G).,

- note sous Cass. civ., 2ème, 24 février 2005, n° 04-10362, *JCP* G 2005.II.10100.
- note sous Cass. civ., 3ème, 9 juin 2010, n° 09-11738, *D*. 2010, p. 2476.

Tricoit (J.-P.), obs. sous Cass. soc. 21 mars 2012, n° 04-47532, *JCP* S 2012.1271.

Vachet (G.),

- obs. sous Cass. civ. 2ème, 22 novembre 2005, n° 04-11447, *JCP* E 2006.1316.
- note sous Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47455, *JCP* S 2006.1538.
- obs. sous Cass. soc. 11 mai 2010, n° 09-42241 à 09-42257, *JCP* S 2010.1261.
- note sous Cons. Const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *JCP* S 2010.1361.

Vatinet (R.),

- note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-43334 et n° 99-43336 *Dr. soc*. 2002, 949.
- note sous CE 7e et 2e ss-section, 3 mars 2006, n° 287960, n° 287964, n° 288809, *JCP* S 2006.1490.
- obs. sous Cass. soc. 14 mars 2007, n° 06-41647 *JCP* S 2007.1943.
- note sous Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-12340, *JCP* S 2007.1918.
- note sous Cass. mixte, 9 janvier 2015, n° 13-12310, *JCP* G 2015.186.

Verdier (J.-M.),

- note sous Cass. crim., 26 octobre 1967, n° 67-91098, *JCP* 1968.II.15475.
- note sous Cass. soc., 30 avril 2002, n° 99-44995, *Dr. soc*. 2002, p. 724.

Véricel (M.),

- note sous Cass. soc. 15 mars 2006, n° 03-48027, 05-42946, 04-50504, 04-41935, *RDT* 2006, p. 96.
- note sous Cass. soc. 14 mars 2007, n° 06-41647, *Dr. soc*. 2007, p. 1153.
- obs. sous Cass. soc., 1er juillet 2010, *JCP* G 2010.321, *RDT* 2010, p. 303.
- note sous Cass. soc., 19 octobre 2011, n° 09-68272, *RDT* 2012, p. 44.
- note sous Cass. civ. 1ère, 19 décembre 2013, n° 12-25056, *RDT* 2014, p. 191.
- obs. sous Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-24350, *RDT* 2016, p. 425.
- obs. sous Cons. const., n° 2015-523 QPC, 2 mars 2016, *RDT* 2016, p. 352.

Vérin (J.), « La réparation du préjudice causé aux victimes d'infractions pénales », *RSC* 1983, p. 717.

Vernac (S.), note sous CJCE 10 septembre 2009, Aff. C-44/08, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry e.a. c. Fujitsu Siemens Computers Oy*, *RDT* 2005, p. 285.

Vidal (J.), note sous Cass. ch. mixte, 27 février 1970, n° 68-10276, *JCP* 1971.I.2390.

Verdun (F.), rapp. sous Cass. civ. 1ère, 19 décembre 2013, n° 12-25056, *Dr. soc*. 2014, p. 280.

Verkindt (P.-Y.),

- obs. sous Cass. soc., 23 mars 1994, n° 91-43735, *Dr. soc*, 1994, p. 711.
- note sous Cass. soc., 23 octobre 1997, n° 95-19444, RDSS 1998, p. 339.
- note sous Cass. soc., 28 octobre 1997, n° 95-40272 et n° 95-40509, *RDSS* 1998, p. 121.
- obs. sous Cass. soc., 28 octobre 2003, n° 01-40762, *Dr. soc*. 2004, p. 117.
- note sous Cass. soc., 14 février 2007, n° 05-40213, *Dr. soc.* 2007, p. 561.
- note sous Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45888, *Snecma*, *SSL* 2008, n° 1346, p. 11 et *Dr. soc*. 2008, p. 519.
- note sous Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-40144, *Dr. soc*. 2008, p. 519.
- note sous Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-40347, *JCP* S 2011.1031.
- note sous Cass. civ., 2ème, 1er juillet 2010, n° 09-15469, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2011, dossier n° 5.
- note sous Cass. Soc. 29 juin 2011, n°10-11699, *JCP* S 2011.1443.
- note sous Cass. soc., 30 juin 2015, n° 13-28201, *JCP S* 2015.1344.

Verkindt (P.-Y.) et Mole (A.), note sous Cass. soc., 28 novembre 2007, n° 06-21964, *SSL* 2007, n° 1332, p. 10.

Vernac (S.), note sous Cass. soc., 6 juillet 2016 n° 14-27266 à 14-27946, n° 15-15481 à 15-15545 et n° 14-26.541, *RDT* 2016, p. 560.

Vigneau (Ch.), obs. sous Cass. soc., 14 décembre 2015, n° 14-17152, *RDT* 2016, p. 195.

Viney (G.),

- note sous Cass. ass. plén., 15 novembre 1985, n° 84-12601, *JCP* 1986.II.20568.
- note sous Cass. ass. plén., 10 novembre 1995, n° 94-13912, *JCP* G 1996.II.22564.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 30 octobre 1995, n° 93-20544 93-20579 93-20786, *JCP* G 1996.I.3944, n° 13.
- obs. sous Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, n° 94-14798, *JCP* 1997.I.4025, n° 1.
- note sous Cass. civ., 2ème, 19 février 1997, n° 94-21111, *JCP* G 1997.II.22848.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 2 décembre 1997, n° 95-21907, *JCP* G 1998.I.144.
- obs. sous Cass. ass. plén., 26 mars 1999, n° 95-20640, *JCP* G 2000.I.199, n° 12.
- note sous Cass. civ., 2ème, 27 mai 1999, n° 97-19234 ; *JCP* G 2000.I.197.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 18 juillet 2000, n° 99-12135 *JCP* G 2001.I.338 n° 8.
- obs. sous Cass. ass. plén., 23 février 2001, n° 99-16165, *JCP* G 2001.I.340.
- obs. sous Cass. civ. 1ère, 30 janvier 2001, n° 98-14368, *JCP* 2001.I.338, n° 4.
- note sous Cass. civ., 2ème, 24 janvier 2002, n° 99-16576, *JCP* G 2003.152.
- obs. sous Cass. civ., 3ème, 17 décembre 2002, n° 01-14179, *JCP* G 2004.I.101, n° 5.
- obs. sous Cass. soc., 29 avril 2003, n° 01-42026, *JCP* G 2004.I.101, n° 8.
- note sous Cass. civ., 2ème, 23 octobre 2003, n° 01-15391, *JCP* G 2004.I.163, n°11.
- obs. sous Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-10243 *JCP* 2004. I. 163, n° 18.
- obs. sous Cass. civ. 3ème, 3 décembre 2003, n° 02-18033, *JCP* G 2004.I.163.
- obs. sous Cass. civ., 3ème 25 janvier 2006, n° 04-18672, *RDC* 2006, p. 818.
- note sous Cass. ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13255, *D.*, 2006, p. 2825.
- note sous Cass. mixte, 28 novembre 2006, n° 06-12307, D. 2009, p. 461.

Voxeur (M.),

- note sous Cass. civ. 2ème, 7 octobre 2010, n° 09-15950, *JCP* S 2011.1085.
- note sous Cass. soc., 4 décembre 2012, n° 11-26294, *JCP* E 2013.1061.

Wagner (E.), note sous Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41804, arrêt *Clavaud*, *D.* 1988, p. 437.

Waquet (Ph.),

- rapp. sous Cass. Soc., 24 janvier 1990, n° 89-41003, *Dr. soc*. 1990, p. 328.
- rapp. sous Cass soc., 26 septembre 1990, n° 88-41375, *Dr. soc*. 1991, p. 60.
- Rapp. sous Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-42270 et 89-40380, *Dr. soc*. 1991, p. 619.
- avis sous Cass. soc., 16 novembre 1993, n° 91-41024, *Dr. soc.*1994, p. 35.
- obs. sous Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40273, *Dr. soc.* 2003, p. 808.
- note sous Cass. soc., 23 janvier 2007, n° 05-43473, *RDT* 2007, p. 176.
- note sous Cass. soc. 23 octobre 2007, n° 06-42994, *D*. 2007, p. 3107.

Wester-Ouisse (V.),

- obs. sous Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87416, *JCP* G 2014.I.449.
- note sous Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10278, *JCP* G 2012.1012.

Willmann (Ch.), note sous Cass. soc., 2 avril 2014, n° 12-29825 et n° 12-28616, *D.* 2014, p. 1312.

Wurtz (E.) ,

- note sous Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28799, *D*. 2013, p. 1768.
- note sous Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-19263 à n° 13-19273, *D*. 2015, p. 104.
- obs. sous Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24444, *D*. 2016, p. 147.
- obs. sous Cass. sic., 25 mars 2015, n° 13-21716, *D*. 2015, p. 1384.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS 3
ABRÉVIATIONS 5
AVERTISSEMENT 7
SOMMAIRE 9
INTRODUCTION 11
§1. Définition « positive » de la réparation 18
A. L'« *objet de la responsabilité* » 19
B. La disparition du préjudice 20
§2. Définition « négative » de la réparation 24
A. Une réaction au comportement illicite 24
1) L'exécution forcée d'une obligation contractuelle 25
2) Une peine privée 27
B. Une réaction au dommage 29
1) La cessation de l'illicite 29
2) L'annulation d'un acte juridique. 31
3) La prévention du dommage 33
C. Une indemnisation déconnectée du préjudice 34
1) L'indemnisation au-delà de la réparation 35
a) L'indemnité compensatrice de préavis 37
b) L'indemnité de précarité. 39
2) La solidarité au-delà de la réparation 40
PARTIE I . LE PRÉJUDICE RÉPARABLE 43
TITRE I. L'ANALYSE DES QUALITÉS DU PRÉJUDICE RÉPARABLE 45
Chapitre 1. L'analyse civiliste adoptée 47

Section 1.L'appréhension extensive de la légitimité 47
§1. La légitimité, une condition de fond du droit à réparation 48
§2. La légitimité, une condition appréciée avec souplesse 50
A. Un affaiblissement de la dimension morale 51
B. Un affaiblissement de la dimension légale 53
Section 2.La mise à l'écart de la prévisibilité 55
§1. La prévisibilité, une condition du préjudice réparable en matière contractuelle 56
A. Un élément de la réparation 56
B. Un élément de la réparabilité 57
§2. La prévisibilité du préjudice, une condition écartée 60
A. La prévisibilité, une limite relative 60
B. La prévisibilité du dommage et non du préjudice réparable. 62
Chapitre 2. L'analyse civiliste adaptée 65
Section 1.La remise en cause du caractère certain du préjudice 65
§1. La perte de chance 67
A. Perte de chance et autonomie du préjudice 68
1) Perte de chance et obligation d'information 69
a) L'autonomisation de l'obligation d'information 70
b) La réponse du droit du travail 72
2) Perte de chance et conclusion du contrat 74
a) La perte de chance de conclure le contrat 74
b) La perte de chance de bénéficier du contrat pour l'avenir 75
B. Perte de chance et risque de dommage 77
1) Le risque, une notion saisie par le droit 78
2) Le risque de dommage 79
§2. La perte d'emploi et la recherche d'un préjudice certain 82
A. La perte injustifiée de l'emploi, un dommage préjudiciable 82
1) La rupture du contrat de travail involontaire et injustifiée 83
2) La rupture du contrat de travail en cours de période d'essai 84
B. La perte justifiée de l'emploi, l'absence de préjudice réparable 86
1) Le licenciement avec cause réelle et sérieuse, une perte involontaire mais justifiée 86
a) La question de l'existence d'un préjudice 87
b) L'absence de préjudice réparable 90
2) La rupture conventionnelle, une perte d'emploi justifiée et volontaire 93
a) La recherche du préjudice subi à l'occasion d'un départ consenti 94

b) Le fait de la victime dans la réalisation de son préjudice 95

Section 2.La remise en cause du caractère personnel du préjudice 97

§1. Le préjudice réfléchi 97

A. L'apparente extension du fait générateur de responsabilité 99

B. La réelle question du préjudice réparable 102

1) Le simple intérêt lésé contre l'intérêt juridiquement protégé 103

2) Pour le simple intérêt lésé 105

§2. Le préjudice à dimension collective 107

A. Le préjudice à l'intérêt collectif de la profession 108

1) L'appréciation extensive de l'intérêt collectif de la profession représentée par les syndicats 109

2) L'appréciation encore restrictive de l'intérêt des institutions représentatives du personnel 116

B. L'absence de préjudice collectif objectif 121

Titre II. La démonstration du caractère réparable du préjudice 129

Chapitre 1. La réparabilité présumée 131

Section 1.Une présomption de préjudice, en tant qu'aménagement de la preuve 132

§1. Présumer le dommage préjudiciable 133

A. L'évident lien de causalité 133

B. Le dommage présumé 135

§2. Présumer le préjudice réparable 138

A. Le manquement contractuel en général 139

1) En droit commun 139

2) En droit du travail 140

a) La faveur à l'égard du préjudice « nécessairement » causé 140

b) Un retour à la rigueur 143

B. Le manquement à l'obligation de sécurité de résultat en particulier 144

1) Une reconnaissance facilitée des préjudices 145

a) L'obligation de sécurité de résultat et l'assurance d'une réparation des préjudices 145

b) La critique du « résultat » inatteignable 150

c) Pour une obligation générale de sécurité 154

2) Une connaissance inédite du préjudice d'anxiété 158

Section 2.Un postulat de préjudice, en tant que peine privée 165

§1. La protection des droits subjectifs 166

A. En droit commun 166

B. En droit du travail 169
§2. Une instrumentalisation du préjudice 171
A. Un préjudice comme prétexte 171
1) Un préjudice absent 171
2) Un préjudice sans fait générateur dommageable 176
B. Une peine privée comme objectif 177
Chapitre 2. La réparabilité entravée 183
Section 1.Les obstacles au caractère réparable du préjudice 183
§1. Des obstacles supposés 184
A. Les clauses d'exonération 184
B. L'influence de la prescription 185
1) Mise en œuvre accélérée de l'action en réparation 188
a) Le contentieux de l'amiante 189
b) Le contentieux de la requalification 190
2) Effets atténués de l'action en réparation 192
§2. Des obstacles avérés 195
A. L'immunité du salarié, obstacle au préjudice réparable de l'employeur 196
1) Immunité et exécution du contrat de travail 196
2) Immunité et exercice du droit de grève 198
B. L'immunité de l'employeur offerte par le Code de la sécurité sociale 199
Section 2.Les remèdes à ces obstacles 201
§1. L'appréciation stricte de la faute lourde commise par le salarié 202
A. Une condition du préjudice réparable 202
1) La faute lourde non intentionnelle du droit commun 203
a) La notion d'intention 204
b) La faute lourde exclusive de l'intention de nuire 206
2) L'intention de nuire du salarié 208
B. Préjudice réparable et exercice du droit de grève des salariés 213
1) Prouver le comportement dommageable 213
2) Prouver le préjudice réparable 217
§2. L'appréciation modérée de la faute inexcusable commise par l'employeur 219
A. Le droit de la sécurité sociale contre lui-même 219
1) Une stricte définition jurisprudentielle 220
2) La libération 224
B. Le droit commun au secours du droit de la sécurité sociale 226
C. Une condition à l'avenir incertain 229

PARTIE II. LE PRÉJUDICE RÉPARÉ 235
Titre I. Les moyens de la réparation 237
Chapitre 1. Les outils classiques de la réparation 241
Section préliminaire. La réparation intégrale du préjudice comme objectif 241
§1. Le dynamisme du principe de réparation intégrale 242
§2. Les limites du principe de réparation intégrale 246
Section 1.La place réduite de la réparation en nature 251
§ Préliminaire. Les mesures de réparation en nature 251
§1. La cessation manifeste de l'illicite 254
A. La remise en l'état en nature comme réaction à la nullité d'un acte juridique 254
1) La disparition de la sanction nulle 255
2) La disparition des effets du licenciement nul 255
a) Les obstacles à la réintégration 257
b) Les limites de la réintégration 259
B. La remise en l'état en nature comme réponse à la violation de la loi 261
1) Le non-respect du formalisme de certains contrats 261
2) Le non-respect des règles relatives à la rupture du contrat de travail 263
3) La violation de la loi contractuelle 264
§2. La discrète réparation du préjudice 268
A. La réparation du préjudice par incidence 268
B. La réparation en nature du préjudice 271
1) La réintégration du salarié, rarement réparatrice 271
2) La présence de la réparation en nature 274
Section 2.La préférence pour la réparation pécuniaire 275
§1. La réparation pécuniaire, le choix des juges 277
A. L'évaluation souveraine de la réparation pécuniaire du préjudice 278
1) Le principe de l'appréciation souveraine du préjudice 278
2) La critique de l'appréciation souveraine du préjudice 280
3) L'harmonisation souhaitée de l'appréciation du préjudice 282
a) La nomenclature des postes de préjudices, un outil méthodologique 283
b) La nomenclature des postes de préjudice, un outil de contrôle (de la réparation intégrale) 285
B. Les limites de la réparation pécuniaire 287
1) La réparation du préjudice moral des personnes morales 288
2) L'influence du moment de l'évaluation 288
3) La disparité des conséquences pécuniaires de la rupture du contrat de travail 290
§2. La réparation pécuniaire, un choix stratégique 292

A. Le cumul d'indemnités 292
1) La volonté de sanctionner la violation du statut protecteur 293
2) La volonté de protéger certains droits du salarié 296
a) Le droit à la santé du salarié 297
b) Le droit à l'exécution loyale du contrat de travail 299
B. L'admission des dommages-intérêts punitifs. 301
1) L'admission limitée des dommages et intérêts punitifs 302
2) L'extension souhaitée des dommages et intérêts punitifs 304
Chapitre 2. La réparation du préjudice instrumentalisée 309
Section 1.Des outils de réparation au service d'une indemnisation prévisible 310
§1. Anticiper la mesure de réparation 310
A. Le plafonnement, outil de « sécurisation » de la réparation 311
1) Limiter la réparation, une sécurité 312
2) S'affranchir du plafond, une insécurité relative 315
B. Le barème, un indice pour l'évaluation de la réparation 316
1) La pratique controversée des barèmes 318
a) Le préjudice symbolique 319
b) Le préjudice, impossible standard 320
c) Le recours au barème encore fragile 321
2) Vers une reconnaissance officielle 323
a) Une adoption critiquée 324
b) Une pratique à confirmer 326
§2. Assurer la mesure de réparation 330
A. La loi de 1898, un compromis novateur 330
1) Un lien d'imputabilité difficile à prouver 331
2) Une réparation de l'accident assurée 332
B. La loi de 1898, un compromis réducteur 334
Section 2.Des outils de réparation au service d'une indemnisation punitive 338
§1. L'indemnité forfaitaire, une punition prononcée par le juge 338
A. Le forfait, un outil de dissuasion 339
B. Le forfait, un outil de punition 341
1) La création d'une indemnité forfaitaire par les juges 341
2) La consécration d'une peine privée 344
§2. Le forfait conventionnel, une punition décidée par les parties 347
A. La force de la loi contractuelle, une appréciation forfaitaire du préjudice *a priori* 347
1) L'approche classique de la clause pénale dans le contrat de travail 348

a) L'affirmation de la validité de la clause pénale dans le contrat de travail 348

b) La présence de la clause pénale dans le contrat de travail 351

c) Le refus de qualification de clause pénale dans le contrat de travail 353

i. L'absence d'effet comminatoire..... 353

ii. L'absence de montant forfaitaire 354

iii. L'absence de prévision des parties 355

2) L'approche spécifique de la clause pénale dans le contrat de travail..... 356

a) Une qualification d'opportunité 357

b) Une qualification commandée par la loi 359

c) Une qualification remise en cause..... 363

B. Le rôle du juge, une appréciation du préjudice *a posteriori*..... 364

§3. Le plancher de réparation, un outil polyvalent..... 366

A. L'outil offert par le Code du travail 368

B. La logique poursuivie par les juges..... 369

C. Un avenir en suspens..... 371

Titre II. Les acteurs de la réparation en droit du travail 379

Chapitre 1. Les juges de la réparation..... 381

Section 1.La concurrence entre certains juges 383

§1. Une concurrence pour la réparation du dommage corporel 383

A. La conquête du juge prud'homal 385

1) La réparation des préjudices extrapatrimoniaux 386

2) La réparation des préjudices patrimoniaux 389

B. La résistance du juge de la sécurité sociale 392

C. Dépasser la concurrence..... 395

§2. Une concurrence pour la cohérence de la procédure de licenciement..... 397

A. Le juge administratif et le licenciement collectif pour motif économique..... 397

B. Le juge administratif et le licenciement des salariés protégés..... 402

1) Le licenciement pour inaptitude 403

2) Le licenciement pour motif économique dans le cadre d'une procédure collective ... 405

Section 2.Une pluralité de juges..... 408

§1. Une mission subsidiaire de réparation..... 408

A. L'œuvre du juge des référés, la « cessation du dommage »..... 408

1) Sa mission principale, la cessation de l'illicite 409

2) Sa mission accessoire, la « cessation du préjudice » 410

B. La réparation du préjudice après la punition par le juge pénal..... 413

§2. Une mission de réparation à révéler 415
A. L'action de groupe française 416
B. L'action de groupe en droit du travail 419
1) Des actions collectives insuffisantes 419
2) Une action de groupe à créer 421
a) La cessation de l'illicite par l'action de groupe en matière de discrimination 423
b) La véritable action de groupe réparatrice 425
Chapitre 2. Les débiteurs de la réparation 431
Section 1.Les techniques de l'indemnisation collective 431
§1. Adopter un nouveau mécanisme de réparation collective 434
A. La mise en place d'un fond d'indemnisation 434
1) Une réponse politique à une catastrophe sanitaire 435
2) Une réponse inappropriée au risque professionnel dans son ensemble 438
B. La mise en place d'une assurance obligatoire 440
1) Les vertus de l'assurance obligatoire 440
2) Le cas particulier de l'assurance des accidents de la circulation 441
a) Une indemnisation intégrale et automatique 441
b) Un modèle impossible à transposer 443
§2. Instaurer une responsabilité objective 444
A. Pour une réparation intégrale et automatique 444
B. L'obstacle économique 446
§3. Assurer une meilleure prévention 448
Section 2.La place de la responsabilité individuelle 450
§1. La recherche de l'imputabilité 451
A. La recherche d'un employeur responsable 451
1) L'identification de l'employeur 452
2) La recomposition de l'employeur responsable de la perte d'emploi 454
a) La recherche de la responsabilité du groupe 454
i. Le co-emploi 455
ii. La responsabilité délictuelle de la société mère pour faute de gestion 459
b) L'approche du groupe renouvelée 463
3) La recomposition de l'employeur responsable d'un dommage corporel 464
B. L'employeur débiteur 468
1) L'immunité des salariés bénéficiant d'une autonomie dans leurs fonctions 469
2) L'immunité à conquérir pour certains salariés 472
a) Les salariés investis d'un mandat représentatif 472

b) La responsabilité du médecin du travail 474

§2. L'individualisation de la réparation 476

A. La réparation comme moyen de punition 477

B. La réparation comme moyen de prévention 478

CONCLUSION GÉNÉRALE 487

INDEX 493

BIBLIOGRAPHIE 497

Ouvrages généraux, traités et manuels 497

Mélanges 501

Ouvrages spéciaux, thèses et monographies 502

Articles, chroniques et rapports 510

Notes, observations 547

TABLE DES MATIÈRES 575