



**AVIS DE M. HALEM,
AVOCAT GÉNÉRAL REFERENDAIRE**

Arrêt n° 300 du 11 mars 2025 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-16.415

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 25 août 2022

Mme [S] [C]

C/

le syndicat des copropriétaires du [Adresse 1]

Engagée le 25 mars 1983 par le syndicat des copropriétaires de l'immeuble sis [Adresse 1] (ci-après "l'employeur") comme gardienne de celui-ci, copropriété fusionnée avec celle d'un second immeuble situé à la même adresse, Mme [C] (ci-après "la salariée") a été licenciée le 25 juillet 2016.

Le 6 juillet 2018, la salariée a saisi la juridiction prud'homale afin de contester le bien-fondé de son licenciement, d'obtenir des dommages-intérêts pour manquement de l'employeur à ses obligations de sécurité et d'exécution de bonne foi du contrat de travail.

Par jugement du 15 novembre 2019, le conseil de prud'hommes de Paris l'a déboutée de ses demandes.

Par arrêt du 25 août 2024, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement.

Le 30 mai 2023, la salariée a formé un pourvoi en cassation.

ANALYSE SUCCINCTE DES MOYENS

Le pourvoi de la salariée se compose de **deux moyens** de cassation.

* Le **premier moyen**, relatif à la mise en œuvre du régime probatoire du harcèlement moral, est articulé en deux branches et tiré de la violation des articles L. 1152-1, L. 1152-3 et L. 1154-1 du code du travail.

La première branche rappelle que toute rupture du contrat de travail intervenue en violation de l'interdiction d'exposer un salarié à des agissements répétés de harcèlement moral est nulle. Le juge doit à cette fin examiner l'ensemble des éléments produits par le salarié et, s'ils font présumer l'existence d'un harcèlement moral, apprécier si l'employeur prouve que les agissements ne constituent pas un tel harcèlement ou sont justifiés par des éléments étrangers à celui-ci.

Or, il ressortait des propres constatations de l'arrêt que la salariée avait établi des faits précis, notamment un avertissement injustifié le 8 septembre 2015 et une absence de prise de congés payés en 2016, qui, pris dans leur ensemble, laissaient supposer l'existence d'un harcèlement moral, sans que l'employeur n'apporte la preuve contraire ni d'éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. La cour d'appel a cependant jugé que ces deux seuls éléments n'avaient pas eu pour effet de dégrader les conditions de travail de la salariée, ni d'altérer sa santé physique.

La seconde branche fait valoir que la dégradation de l'état de santé n'est pas une condition exclusive et nécessaire de la reconnaissance d'un harcèlement moral. Or la cour d'appel a retenu que les deux éléments constatés pourtant inexpliqués n'avaient pas eu pour effet de dégrader les conditions de travail de la salariée, ni d'altérer sa santé physique, cette dégradation étant postérieure de plus d'un an à la rupture du contrat de travail le 25 juillet 2016, la salariée ayant été hospitalisée le 6 août 2017.

La **salariée** expose qu'il incombe au salarié de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement, à charge pour l'employeur de prouver qu'ils ne sont pas constitutifs de harcèlement ou sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à celui-ci, sans faire peser la charge de la preuve sur le salarié. Pour ce faire, le juge doit examiner l'ensemble des éléments invoqués par le salarié et décider si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'un harcèlement moral. Dans ce cadre, l'altération de la santé physique ou mentale n'est pas une condition de reconnaissance d'une telle qualification. Or, après avoir constaté l'existence matérielle de faits précis de harcèlement moral, la cour d'appel n'a pas retenu la défaillance de l'employeur à apporter la preuve contraire ou de justifications objectives mais a considéré qu'ils n'avaient pas eu pour effet de dégrader les conditions de travail de la salariée.

L'**employeur** objecte que les agissements ne rentrant pas dans la définition légale du harcèlement moral ne peuvent être légalement qualifiés de harcèlement, même s'ils ne sont pas expliqués ou justifiés par l'employeur, ce qui est le cas lorsqu'ils

n'ont eu aucune incidence sur la dégradation de l'état de santé du salarié, apparue après la rupture des relations contractuelles. Cette altération ne peut à elle seule, même lorsqu'elle trouve son origine dans des circonstances professionnelles, laisser présumer l'existence d'un harcèlement moral. La cour d'appel a dès lors souverainement jugé que les deux seuls éléments constatés ne relevaient pas du harcèlement moral en ce qu'ils n'avaient pas eu pour effet de dégrader les conditions de travail de la salariée ni d'altérer sa santé physique.

Le moyen soulève la question suivante : **le juge peut-il, après avoir constaté l'existence de faits présentés par le salarié laissant supposer l'existence d'un harcèlement moral, considérer qu'ils ne relèvent pas d'une telle qualification au motif qu'ils n'ont pas eu pour effet de dégrader les conditions de travail ni d'altérer l'état de santé de celui-ci ?**

* Le **second moyen**, tiré de la violation des articles L. 4121-1, L. 4121-2 et L. 3141-1 du code du travail ainsi que du principe du droit social de l'Union selon lequel chaque travailleur a droit au congé annuel payé, sollicite la reconnaissance d'un préjudice nécessaire en cas de manquement de l'employeur à son obligation de garantir l'effectivité du droit aux congés payés.

Il rappelle l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur de protéger effectivement la santé et la sécurité des salariés dans l'entreprise et que le droit aux congés payés est un principe de droit social communautaire d'une importance particulière. Il incombe dès lors à l'employeur, au vu de la finalité assignée aux congés payés par la directive 2003/88 du 4 novembre 2003, de prendre les mesures permettant au salarié d'exercer effectivement son droit aux congés payés. Il en résulte que le seul constat du non-respect par l'employeur du droit aux congés payés du salarié, comme en l'espèce en 2016, ouvre droit à ce dernier à réparation. Or la cour d'appel a rejeté la demande indemnitaire de la salariée au motif qu'elle ne précisait pas le préjudice en résultant.

La **salariée** fait valoir que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat, doit prouver avoir effectivement garanti la protection du salarié contre les risques pour sa santé et sa sécurité par des mesures de prévention appropriées. Il doit également justifier avoir pris les mesures nécessaires pour lui assurer la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé. La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après "CJUE") fait en outre du droit aux congés payés un principe du droit social de l'Union européenne revêtant une importance particulière auquel il ne saurait être dérogé. En cas de violation de ces principes, il convient donc, pour garantir la sanction de l'employeur et l'indemnisation du salarié, de recourir à la réparation automatique du préjudice nécessaire pour violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale et de censurer la Cour d'appel.

L'**employeur** réplique que la Cour de cassation juge depuis 2016 que l'existence et l'évaluation d'un préjudice relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, de sorte qu'il appartient au salarié de rapporter la preuve d'un tel préjudice et que les pourvois invoquant l'existence d'un préjudice nécessaire sont rejetés. La cour d'appel a donc sans erreur de droit souverainement écarté l'existence d'un préjudice et rejeté la demande de dommages-intérêts de la salariée.

Le second moyen peut être résumé par la question suivante : **le manquement de l'employeur à son obligation de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé est-il, de ce seul fait, de nature à lui causer un préjudice ?**

DISCUSSION

Les moyens relatifs au régime probatoire du harcèlement moral (I - moyen 1) et à la reconnaissance d'un préjudice nécessaire lié aux conditions d'exercice du droit aux congés payés (II - moyen 2) seront successivement étudiés.

I - Sur le régime probatoire du harcèlement moral (moyen 1)

1. L'article L. 1154-1 du code du travail instaure un régime de preuve partagée en matière de harcèlement moral, défini à l'article L. 1152-1 du même code, imposant au salarié, dans une première étape, de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement puis à l'employeur, dans une seconde, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs de harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à celui-ci.

Dans ce cadre, le juge du fond est soumis à une obligation d'appréciation d'ensemble des éléments de preuve versés (Soc, 16 mai 2012, n° 11-11.454 ; Soc, 15 février 2023, n° 21-20.572), étant précisé que cette appréciation est soumise à son pouvoir souverain, dès lors qu'il respecte les différentes étapes de ce mécanisme (Soc, 8 juin 2016, n° 14-13.418 ; Soc, 6 octobre 2017, n° 16-12.743).

2. En l'espèce, la cour d'appel a successivement :

- constaté que la salariée présentait plusieurs faits matériels précis, notamment des bulletins de paie révélant un accroissement de ses tâches, des avertissements et une absence de prise de congés en 2016, laissant supposer un harcèlement moral à son encontre (arrêt attaqué, p. 1, dernier §, et p. 12, § 1) ;
- constaté que l'employeur produisait plusieurs pièces, notamment des avertissements, et avançait plusieurs arguments afin d'établir que ces faits n'étaient pas constitutifs de harcèlement moral (arrêt attaqué, p. 12, § 2 et 3) ;
- procédé à une appréciation d'ensemble des éléments (arrêt attaqué, p. 11, § 3 à 8), avant de conclure :

“Demeurent donc deux manquements, l'avertissement injustifié du 8 septembre 2015, et contesté uniquement dans le cadre de la procédure prud'homale initiée en juillet 2018, et l'absence d'interrogation de la salariée sur ses dates de congés en 2016.

Toutefois, ces deux seuls éléments ne relèvent pas du harcèlement moral en ce qu'ils n'ont pas eu pour effet de dégrader les conditions de travail de [la salariée], ni d'altérer sa santé physique, la dégradation de l'état de santé de la salariée étant bien postérieure à la rupture

du contrat de travail survenue le 25 juillet 2016. En effet, [la salariée] a été hospitalisée le 6 août 2017 ainsi qu'en atteste le certificat médical du 10 août 2017, soit plus d'un an après la rupture de la relation contractuelle (pièce n°31 produite par l'intéressée)" (p. 12, § 1 et 2).

Il apparaît donc que la cour d'appel a bien respecté les différentes étapes du mécanisme probatoire imposé par l'article L. 1154-1 du code du travail, de sorte que la conclusion à l'absence de dégradation de l'état de santé de la salariée au terme de cette analyse ne saurait être considérée comme une violation des règles de preuve du harcèlement moral.

Dans ces conditions, le premier moyen pris de ce chef, dont les deux branches reprochent à tort à l'arrêt de ne pas avoir constaté l'absence de preuve contraire par l'employeur des agissements de harcèlement reprochés par la salariée (première branche) et d'avoir conclu à l'absence d'altération de l'état de santé de celle-ci (seconde branche), ne tendent en réalité qu'à remettre en cause le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Aucune violation des articles L. 1152-1, L. 1152-3 et L. 1154-1 du code du travail n'étant établie, le premier moyen ne pourra qu'être **rejeté** en son entier.

II - Sur la reconnaissance d'un préjudice nécessaire lié aux conditions d'exercice du droit aux congés payés (moyen 2)

Les nombreux développements jurisprudentiels de la théorie du préjudice nécessaire appellent à titre liminaire un bilan d'étape de sa pratique (1) qui, au regard de l'obligation de l'employeur de garantir la prise effective par le salarié de ses congés payés (2), conduira en l'espèce à retenir son application au manquement de l'employeur à celle-ci (3).

1. Bilan d'étape de la pratique du préjudice nécessaire

Créée il y a plus de trente ans en matière de licenciement (1.1) puis largement développée en droit du travail (1.2), la théorie du préjudice nécessaire a connu un coup d'arrêt en 2016 (1.3) avant de réapparaître dans plusieurs domaines (1.4). Son extension récente invite dès lors à une nouvelle tentative de systématisation (1.5), incluant quelques points d'attention pour sa mise en œuvre future (1.6).

1.1. Elaborée au début des années 1990 afin de garantir l'effectivité de certains droits essentiels du salarié, notamment en matière de procédure de licenciement¹, la théorie du préjudice nécessaire **consiste**, pour engager la responsabilité contractuelle de l'employeur, **à supprimer l'exigence d'une preuve par le salarié**

¹ Voir notamment Soc, 28 novembre 1991, n° 90-42.450 (défaut de remise du certificat de travail à l'issue d'un licenciement), Soc, 7 octobre 1998, n° 96-43.276 (non-respect du délai de 5 jours ouvrables entre la lettre de convocation et l'entretien préalable au licenciement), Soc, 7 mai 1998, n° 94-42.115 et n° 96-40.382 (non-respect de la priorité de réembauchage en cas de licenciement économique) et Soc, 7 juillet 1999, n° 97-43.140 (défaut d'indication des critères de licenciement économique).

d'un dommage, requise à côté de celle d'une faute et d'un lien de causalité avec celui-ci selon le droit commun². Il en résulte que la reconnaissance du fait fautif ouvre de ce seul fait droit à la réparation.

Compte tenu du rapport de force inégalitaire propre à la relation de travail, cette présomption irréfragable de préjudice se justifiait selon la Cour de cassation "(...) *par un principe d'effectivité du droit, la sanction automatique de manquements au respect de règles de procédure prévues par le code du travail étant le moyen le plus sûr d'en obtenir le respect pour l'avenir*" ([rapport](#) annuel 2016, p. 247). Elle avait également la vertu de simplifier le contentieux, le salarié pouvant se borner à invoquer l'existence d'un préjudice sans avoir à produire des éléments particuliers ou invoquer des faits précis sauf pour justifier le montant de l'indemnité sollicitée³. Selon certains auteurs, elle traduit également la fonction punitive de la responsabilité civile appliquée au droit du travail⁴.

1.2. Cette réparation automatique s'est alors développée à tous les stades de la relation de travail, à savoir en matière :

- de recrutement, en cas de non-remise d'un document conventionnel confirmant celui d'un salarié (Soc, 27 mars 2001, n° 98-46.119) ;
- d'exécution du contrat, pour manquement à l'obligation de faire passer au salarié une visite médicale d'embauche (Soc, 5 octobre 2010, n° 09-40.913) ou les visites périodiques obligatoires (Soc, 12 février 2014, n° 12-26.241), de non-respect par l'employeur du repos quotidien de 11 heures (Soc, 23 mai 2013, n° 12-13.015), de la législation relative au repos compensateur pour heures supplémentaires (Soc, 8 octobre 2014, n° 13-16.840 ; Soc, 28 janvier 2004, n° 01-46.913) ou lorsque l'employeur empêche un salarié de prendre ses congés payés (Soc, 6 mai 2002, n° 00-43.655), pour harcèlement moral (Soc, 6 mai 2014, n° 12-25.253) ou

² Ainsi, l'article 1231-1 du code civil prévoit qu'en matière contractuelle, "*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure*". Il est donc traditionnellement exigé par la jurisprudence, pour engager la responsabilité de l'auteur d'un manquement contractuel, la preuve d'un préjudice (Civ 3^{ème}, 5 juin 1973, n° 72-10.012 ; Com, 9 avril 2002, n° 98-22.851 ; Civ 1^{ère}, 13 novembre 2002, n° 01-00.377 et n° 01-02.592 ; Civ 1^{ère}, 4 février 2003, n° 00-15.572 ; Com, 19 juin 2007, n° 06-11.907 ; Civ 1^{ère}, 26 février 2002, n° 99-19.053 ; Civ 3^{ème}, 3 décembre 2003, n° 02-18.033).

³ Voir sur ce point P. Florès, *Un retour au droit commun*, Semaine sociale Lamy, 2 mai 2016, n° 1721.

⁴ J. Mouly, *Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux ?*, RJS 2016 : "*Il convient d'abord de rappeler que, telles qu'elles sont pratiquées en droit du travail, les présomptions de dommage restreignent singulièrement la fonction du juge, en le réduisant à un rôle purement sanctionnateur. En cela, elles se distinguent, comme on l'a vu, de celles que l'on rencontre dans d'autres domaines, comme le droit des affaires, où le juge est amené à exercer, de manière complémentaire, une fonction régulatrice en déterminant une " police des comportements " (38) illicites. Au contraire, en droit du travail, le juge se borne, par les présomptions de dommage, à assurer l'automatisme de la sanction de la violation d'une obligation légale prédéfinie, dont il peut tout au plus, par interprétation, préciser le contenu. On peut ainsi le constater, les présomptions de dommage, en droit du travail, ne sont rien d'autre que l'expression de la fonction punitive - et dissuasive - de la responsabilité civile. C'est ce qui explique que certains arrêts ne se contentent pas d'une réparation symbolique*".

manquement de l'employeur à son obligation de sécurité (Soc, 9 décembre 2015, n° 14-20.377) ;

- de représentation du personnel, en cas d'absence de mise en place d'institutions représentatives du personnel (Soc, 20 janvier 2015, n° 13-23.431 ; Soc, 17 mai 2011, n° 10-12.852) ;

- de salaire, en l'absence de paiement de la rémunération (Soc, 5 novembre 2014, n° 13-17.831) ou de mention dans le bulletin de paie de la convention collective applicable (Soc, 19 mai 2004, n° 02-44.671) ;

- de rupture du contrat de travail, toutes les fois où l'employeur ne respecte pas la procédure de licenciement (Soc, 17 décembre 2013, n° 12-23.726 ; Soc, 18 novembre 2009, n° 08-41.243 ; Soc, 7 novembre 1991, n° 90-43.151 ; Soc, 23 octobre 1991, n° 88-43.235)⁵.

Le préjudice nécessaire était plus rarement retenu, en droit commun civil, par d'autres chambres de la Cour de cassation, notamment en cas de violation du droit au respect de la vie privée (Civ 1^{ère}, 5 novembre 1996, n° 94-14.798), de propriété (Civ 3^{ème}, 9 septembre 2009, n° 08-11.154), en matière de responsabilité médicale délictuelle (Civ 1^{ère}, 3 juin 2010, n° 09-13.591) ou de concurrence déloyale (Com, 9 février 1993, n° 91-12.258 ; Com, 25 avril 2001, n° 98-19.670).

1.3. Cette théorie, dont les frontières étaient difficiles à appréhender, conduisait à déposséder le juge du fond de son pouvoir d'appréciation du dommage, qu'il ne pouvait retrouver même en allouant une réparation symbolique⁶. Elle incitait également les plaideurs à un pourvoi en cassation systématique dans les domaines d'application déjà identifiés⁷, bénéficiant parfois d'un effet d'aubaine.

⁵ Un préjudice nécessaire avait donc été retenu en cas d'absence de mention du lieu de l'entretien préalable au licenciement dans la lettre de convocation à cet entretien (Soc, 13 mai 2009, n° 07-44.245), de non-respect du délai de cinq jours ouvrables entre la présentation au salarié de la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement et la tenue de celui-ci (Soc, 7 octobre 1998, n° 96-43.27621), de non-respect de la procédure de licenciement (Soc, 18 novembre 2009, n° 08-41.243), de la procédure disciplinaire préalable à la rupture du contrat à durée déterminée pour faute grave (Soc, 27 juin 2001, n° 99-42.216) et en cas d'inobservation de la procédure conventionnelle de mise à la retraite (Soc, 23 novembre 2010, n° 09-43.005).

⁶ Soc, 11 mars 1998, n° 96-41.350 (l'attribution d'un franc symbolique n'est pas suffisant à réparer le préjudice nécessairement lié au non-respect de la procédure de licenciement) ; Soc, 18 novembre 2009, n° 08-43.523 (une somme symbolique allouée à un syndicat qui intervenait pour la défense des intérêts collectifs de la profession ne dispense pas le juge de l'évaluation du préjudice réellement subi).

⁷ Voir J. Mouly, *op. cit.* : *“En réalité, il n'est pas impossible que les présomptions de dommage, en droit du travail, aient été victimes de leur propre succès. En effet, depuis plus de vingt ans, elles n'ont cessé de se multiplier au point de gagner progressivement des domaines où elles n'étaient sans doute pas absolument indispensables. Elles se sont ainsi fragilisées d'autant qu'elles ont constitué pour les travailleurs une incitation à saisir la Cour régulatrice dès lors qu'ils n'avaient pas obtenu satisfaction devant les juges du fond. Grâce à la théorie du “dommage nécessaire”, ils étaient sûrs d'obtenir gain de cause. L'arrêt du 13 avril 2016 constitue très certainement une réaction à cette tendance à l'instrumentalisation des présomptions de dommage”.*

C'est pourquoi **par un arrêt de principe du 13 avril 2016**, la chambre sociale de la **Cour de cassation a abandonné cette doctrine**, jugeant, au sujet de la délivrance tardive des certificats de travail et bulletins de paie, que *“L'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond”* (Soc, 13 avril 2016, n° 14-28.293).

Dans son [rapport annuel](#) précité, la Cour de cassation soulignait les limites d'un développement non maîtrisé de la règle :

“Mais l'effet “boule de neige”, qui affecte parfois une jurisprudence, a eu pour conséquence de multiplier les hypothèses dans lesquelles la chambre sociale retient que tel ou tel manquement de l'employeur a nécessairement causé un préjudice au salarié, transformant ainsi une exception limitée (et pouvant être justifiée dans certains cas) aux règles de la responsabilité civile en une véritable méconnaissance de ces règles par l'effet de sa généralisation” (p. 248).

Outre une meilleure cohérence avec les décisions de ses plus hautes formations⁸, celle-ci entendait ainsi *“rev[enir] à une application plus stricte et plus rigoureuse des principes de la responsabilité civile”* (Ibid.).

Dans un premier temps, la chambre sociale a appliqué la nouvelle règle de manière rigoureuse, écartant le préjudice nécessaire en cas d'absence de visite médicale d'embauche (Soc, 27 juin 2018, n° 17-15.438), périodique (Soc, 12 décembre 2018, n° 17-22.697) ou de reprise (Soc, 17 mai 2016, n° 14-23.138), d'absence de mention de la convention collective applicable sur le bulletin de paie (Soc, 17 mai 2016, n° 14-21.872), d'irrégularité affectant la procédure de licenciement (Soc, 13 septembre 2017, n° 16-13.578 ; Soc, 30 juin 2016, n° 15-16.066), de méconnaissance de l'ordre des licenciements (Soc, 26 février 2020, n° 17-18.136), d'absence de système destiné à contrôler la durée du travail et de manquement à l'obligation de sécurité en résultant (Soc, 20 septembre 2017, n° 15-24.999), de non-paiement des heures supplémentaires (Soc, 29 juin 2017, n° 16-11.280) ou d'inobservation des procédures de consultation des représentants du personnel et d'information de l'administration en matière de licenciement économique (Soc, 21 septembre 2017, n° 16-14.220 ; Soc, 14 juin 2017, n° 16-16.003).

1.4. Cependant, plusieurs arrêts ont révélé qu'il s'agissait moins d'un abandon que d'un **simple reflux de la jurisprudence du “préjudice nécessaire”**. Un commentateur autorisé indiquait en effet, un an après l'arrêt du 13 avril 2016 :

“Il pourra y avoir d'autres exceptions (...). C'est la chambre qui au hasard des affaires qui lui seront soumises déterminera au cas par cas dans quelles hypothèses il peut être considéré que le préjudice subi se présume du seul fait du manquement caractérisé de l'employeur constaté par les juges du fond.

*Il ne pourra, en toute hypothèse, s'agir que d'un manquement (grave) à une obligation essentielle, générateur comme tel et par lui-même d'un préjudice”*⁹.

⁸ Considérant que l'existence ou l'absence de préjudice relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, de même que son évaluation (Ch. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-14.397 ; Ch. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22.981 ; Ass. plén., 26 mars 1999, n° 95-20.640).

Une première brèche à la solution de cet arrêt a ainsi été faite concernant la perte injustifiée de son emploi par le salarié en application de l'ancien article L. 1235-5 du code du travail, dont il a été jugé qu'elle lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue (Soc, 13 septembre 2017, n° 16-13.578, précité). Elle a été confirmée au sujet de l'employeur qui met en œuvre une procédure de licenciement sans avoir accompli les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives et sans que soit établi un procès-verbal de carence (Soc, 17 octobre 2018, n° 17-14.392 ; Soc, 15 mai 2019, n° 17-22.224).

Dans le cadre de cette première vague, il a été encore recouru au préjudice nécessaire en matière d'atteinte à certains droits de la personnalité tels que la vie privée (Soc, 7 novembre 2018, n° 17-16.799 ; dans le même sens : Soc, 12 novembre 2020, n° 19-20.583), le droit à l'image (Soc, 19 janvier 2022, n° 20-12.420, 20-12.421) ou encore en cas de violation des dispositions d'un accord de branche causant un préjudice à l'intérêt collectif de la profession (Soc, 20 janvier 2021, n° 19-16.283).

La variété de ces hypothèses a cependant conduit une partie de la doctrine à s'interroger sur les critères de maintien du préjudice nécessaire ainsi que sur le risque de réduction des dommages-intérêts versés aux salariés¹⁰. La difficulté de les systématiser a été accentuée par la multiplication de nouveaux cas de recours à cette théorie sous l'influence du droit de l'Union européenne, en matière de violation des règles relatives au temps de travail des salariés, comme portant atteinte à leur droit à la santé.

1.5. Dans ce contexte, plusieurs auteurs¹¹ ont proposé une **grille d'analyse de la jurisprudence du préjudice nécessaire** afin de préciser les conditions de la responsabilité de l'employeur en cas de violation des dispositions du code du travail. Si toute classification est par nature imparfaite et vouée à être réactualisée périodiquement, il est néanmoins possible de distinguer en l'état, à la lumière des

⁹ J.-Y. Frouin, *Quel bilan tirer de la jurisprudence 2017 de la chambre sociale, quelles perspectives pour 2018 ?*, FRS 4/18, 26 janvier 2018, p. 29, § 44.

¹⁰ Voir notamment J. Icard, *Le reflux désordonné du préjudice nécessaire. Brefs propos sur la sanctuarisation circonscrite d'une présomption de préjudice*, Revue des contrats, décembre 2019, n°04, p. 98: "En définitive, le domaine du reflux amorcé par la chambre sociale en matière de préjudice nécessaire est pour le moins incertain : la cohérence des critères de maintien du préjudice nécessaire interroge ; leur mise en œuvre surprend. Or, le choix exprès de l'orthodoxie n'est pas, sur ce plan, affaire de pure technique : le quasi-abandon du préjudice nécessaire aura pour conséquence que, dans de nombreuses hypothèses, la méconnaissance des règles travaillistes ne fera l'objet d'aucune sanction. Les débats judiciaires inhérents à l'évaluation du préjudice ne manqueront pas de retentir sur la question de son existence, de sorte qu'il est probable que ce revirement conduise à une forte réduction des dommages-intérêts versés aux salariés".

¹¹ On examinera avec profit les analyses suivantes formulées par : le doyen J.-G. Huglo, *La Cour de cassation et la réparation en droit du travail*, Droit social 2023, 286 ; P. Bailly, *Un retour discret du préjudice "nécessaire" ?*, Semaine Sociale Lamy, n° 1991, 14 mars 2022 ; M. Morand, *Étude relative à la notion de préjudice nécessaire*, Semaine Sociale Lamy, n° 2105, 16 septembre 2024 ; M. Véricel, *Nouvelles décisions sur le préjudice nécessaire : une jurisprudence toujours en décalage avec la réalité sociale*, Semaine Sociale Lamy, n° 2111, 28 octobre 2024.

derniers arrêts rendus par la Cour de cassation, trois principales causes de préjudice nécessaire.

1.5.1. En premier lieu, le non-respect d'une obligation fixée par le code du travail ouvrant droit à réparation¹².

Entre dans cette première catégorie la perte injustifiée de son emploi par le salarié, l'article L. 1235-5 du code du travail dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, octroyant au salarié victime de licenciement abusif "*une indemnité correspondant au préjudice subi*" (Soc, 13 septembre 2017, n° 16-13.578). Pour la même raison, devrait pouvoir y être assimilé le licenciement abusif d'un salarié de moins de deux ans d'ancienneté d'une entreprise de moins de onze salariés, l'article L. 1235-14 du même code ouvrant alors droit à "*une indemnité correspondant au préjudice subi*"¹³.

Tel devrait également être le cas du licenciement injustifié au sens de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui accorde au salarié un montant minimum d'indemnisation en vertu du barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 précitée¹⁴. Il est en outre permis d'y ajouter les situations prévues par le même code de non-respect de la priorité de réembauche en matière de licenciement économique (article L. 1235-13)¹⁵ et de licenciement économique effectué dans une entreprise n'ayant pas respecté l'obligation de mise en place de représentants du personnel (article L. 1235-15), le salarié ayant droit dans les deux cas à une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire¹⁶.

1.5.2. En second lieu, le manquement à une norme européenne ou internationale d'effet direct.

1.5.2.1.

D'une part, le **droit de l'Union européenne** s'est avérée être, dans la jurisprudence récente, la terre d'élection du préjudice nécessaire. Il est en effet apparu à la chambre sociale de la Cour de cassation que "*Pour caractériser l'existence du préjudice nécessaire, une disposition d'une directive de l'Union*

¹² Outre l'étude de P. Bailly, *op. cit.*, voir en ce sens P. Florès, *op. cit.*) : "*La formule employée par la chambre sociale est large et marque l'abandon de la notion de préjudice nécessaire lorsque celle-ci ne résulte pas d'un texte ou d'une règle qui en consacrerait clairement le principe*".

¹³ En ce sens, voir P. Bailly, *op. cit.*

¹⁴ Voir en ce sens le doyen J.-G. Huglo, *op. cit.*

¹⁵ Voir cependant la position divergente de P. Bailly (*op. cit.*), estimant qu'"*Aucune disposition ne leur reconnaît en effet un droit à indemnisation au titre d'un préjudice présumé*" mais que "*La réponse pourrait être différente pour un manquement à l'obligation de réembauche d'un salarié ayant démissionné pour élever un enfant*", "*L'article L. 1225-71 envisage[ant] en effet, en ce cas, l'attribution de dommages-intérêts (C. trav., art. L. 1225-67) (...)*", et de M. Véricel (*op. cit.*), l'incluant dans cette catégorie.

¹⁶ Un auteur ajoute à cette liste le maintien de la jurisprudence antérieure à l'arrêt du 13 avril 2016 selon laquelle le **non-respect du Smic** crée nécessairement un préjudice (Soc, 29 juin 2011, n° 10-12.884), compte tenu de la finalité de ce salaire minimum (voir M. Morand, *op. cit.*).

européenne d'effet direct" devrait être concernée"¹⁷, dans l'objectif d'assurer, grâce au jeu de la responsabilité civile, l'effectivité de la norme européenne lorsqu'elle prévoit une obligation de sanctionner¹⁸. Plusieurs directives, au moyen de différentes modalités de mise en conformité du droit national, ont été mobilisées à cette fin.

Sur le fondement de la directive 2002/14 du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, dont l'article 8, § 1, impose aux Etats membres de prendre des mesures appropriées en cas de non-respect de celle-ci par l'employeur, lorsque celui-ci manque à son obligation de mise en place d'institutions représentatives du personnel sans établissement d'un procès-verbal de carence (Soc, 28 juin 2023, n° 22-11.699 ; Soc, 8 janvier 2020, n° 18-20.591 ; Soc, 15 mai 2019, n° 17-22.224 ; Soc, 17 octobre 2018, n° 17-14.392).

Sur le fondement de la directive 2003/88 du 4 novembre 2003 sur l'aménagement du temps de travail, il a été considéré que causait nécessairement préjudice au salarié le dépassement de la durée hebdomadaire maximale de travail (Soc, 26 janvier 2022, n° 20-21.636), en raison de l'article 6, sous b) de cette directive expressément cité, lui-même reconnu comme étant d'effet direct par la jurisprudence de la CJUE (CJUE, 14 octobre 2010, *Fuß c. Stadt Halle*, [C-243/09](#), § 53 54).

En tant que les dispositions internes participent de l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise d'un repos suffisant et le respect effectif des limitations de durées maximales de travail concrétisé par la même directive, un préjudice nécessaire a été identifié en cas de non-respect de la durée quotidienne maximale de travail (Soc, 11 mai 2023, n° 21-22.281 et 21-22.912), de la durée hebdomadaire maximale de travail du travailleur de nuit calculée sur une période quelconque de douze semaines consécutives (Soc, 27 septembre 2023, n° 21-24.782) et du repos journalier conventionnel de douze heures entre deux services (Soc, 7 février 2024, n° 21-22.809 et 21-22.994). Par le biais d'une interprétation à la lumière de l'article 4 de la directive n° 2003/88, un préjudice nécessaire a également été admis en cas de manquement au temps de pause d'une durée minimale de vingt

¹⁷ Propos du doyen J.-G. Huglo aux rencontres d'automne de l'AFDT le 30 septembre 2023, cités dans la Semaine Sociale Lamy, n° 2034, 20 février 2023.

¹⁸ Voir J.-G. Huglo, *La Cour de cassation et la réparation en droit du travail*, Droit social 2023, p. 286: "*Il semble possible de discerner un ratio decidendi sous-jacent à cette jurisprudence. Hormis le cas où, comme il a été dit, le législateur français a prévu une sanction spécifique (...), en l'absence de toute sanction spécifique, c'est le régime de la responsabilité civile qui assure cette effectivité de la norme. Or, s'il est loisible au législateur français de ne prévoir de sanctions que par le recours à la responsabilité civile, avec l'exigence dès lors d'un préjudice – de la même manière que la violation de nombreuses règles de procédure civile nécessite l'existence d'un grief –, en revanche, lorsqu'est en jeu une obligation européenne ou internationale de sanctionner, l'abandon de l'évaluation du préjudice au pouvoir souverain des juges du fond risque de conduire à l'absence de toute sanction de la violation de la norme européenne ou internationale considérée et à la priver ainsi de toute effectivité.*

En quelque sorte, c'est l'obligation où se trouve la Cour de cassation de faire respecter nos obligations européennes et internationales qui détermine la reconnaissance d'un préjudice nécessaire lorsqu'une telle obligation de sanctionner existe dans le droit européen ou international".

minutes dès que le temps de travail quotidien atteint six heures (Soc, 4 septembre 2024, n° 23-15.944).

Sur le fondement de l'interprétation du droit interne à la lumière des articles 5 et 6 de la directive 89/391 du 12 juin 1989, il a également été jugé que le seul constat du manquement de l'employeur qui a fait travailler un salarié pendant son arrêt de travail pour maladie ouvre droit à réparation (Soc, 4 septembre 2024, n° 23-15.944, précité), l'employeur étant tenu d'une obligation de sécurité envers les salariés lui imposant de prendre les mesures nécessaires à l'égard des travailleurs malades et des travailleuses enceintes.

Compte tenu toutefois du libellé des dispositions de l'article 14 de la même directive renvoyant aux législations et pratiques nationales, qui *“ne confèrent au salarié de droits subjectifs, clairs, précis et inconditionnels en matière de suivi médical”*, le manquement de l'employeur à son obligation de faire bénéficier la salariée d'un suivi médical et d'une visite de reprise à la suite de son congé de maternité nécessite la démonstration par celle-ci, pour percevoir des dommages-intérêts, d'un préjudice (Soc, 4 septembre 2024, n° 22-16.129). L'absence d'effet direct du même article a conduit à écarter le préjudice nécessaire en cas de défaut d'organisation d'une visite de reprise dès la décision de classement en invalidité de deuxième catégorie (Soc, 4 septembre 2024, n° 22-23.648).

Sur le fondement, enfin, de l'interprétation du droit interne à la lumière de l'article 8 de la directive 92/85 du 19 octobre 1992, il a été considéré que le seul constat que l'employeur a manqué à son obligation de suspendre toute prestation de travail durant le congé de maternité ouvre droit à réparation (Soc, 4 septembre 2024, n° 22-16.129, précité)¹⁹.

1.5.2.2. D'autre part, l'effet direct de certaines normes de **droit international** paraît avoir sous-tendu la décision de la chambre sociale de la Cour de cassation de reconnaître l'existence d'un préjudice nécessaire, par exemple en matière de perte injustifiée de son emploi par le salarié (Soc, 13 septembre 2017, n° 16-13.578, précité)²⁰ ou à l'inverse de l'écarter, comme en cas d'absence d'entretien préalable au licenciement (même arrêt)²¹.

¹⁹ S'agissant de la directive n° 2019/1152 du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, qui permet l'information du travailleur sur la convention collective applicable sous la forme de plusieurs documents fournis dans les sept premiers jours de la relation de travail, le refus d'un préjudice nécessaire en cas de défaut d'indication de sur la convention collective applicable sur les bulletins de paie (Soc, 17 mai 2016, n° 14-21.872, précité) ne devrait, selon le doyen J.-G. Huglo (*op. cit.*), pas être remis en cause dès lors que l'information est mentionnée sur le contrat de travail.

²⁰ Selon le doyen J.-G. Huglo (*op. cit.*), la solution trouve sa justification dans l'obligation de sanctionner clairement instituée par l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT, selon lequel *“si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée”*.

²¹ Selon le doyen J.-G. Huglo (*op. cit.*), cette solution résulte *“résulte de l'absence d'effet direct de l'article 7 de la Convention n° 158 de l'OIT aux termes duquel “un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés*

1.5.3. En troisième et dernier lieu, bien que cette catégorie soit contestée²², l'atteinte à certains droits et libertés fondamentaux.

Il a notamment été jugé que la seule constatation du non-respect de la vie privée (Soc, 12 novembre 2020, n° 19-20.583 ; Soc, 7 novembre 2018, n° 17-16.799) ou du droit à l'image (Soc, 19 janvier 2022, n° 20-12.420 et 20-12.421) du salarié lui ouvre droit à réparation. Tel est encore le cas en présence d'une violation des dispositions d'un accord de branche causant un préjudice à l'intérêt collectif de la profession qui fonde l'intérêt à agir d'un syndicat (Soc, 20 janvier 2021, n° 19-16.283). Un auteur y rattache les arrêts relatifs au manquement de l'employeur à son obligation d'installation d'institutions représentatives du personnel précités²³.

1.5.4. La jurisprudence laisse entrevoir quatre facteurs de pondération dans la reconnaissance ou l'exclusion d'un préjudice automatique.

1.5.4.1. D'abord, le caractère objectif du dommage, c'est-à-dire la faculté de le constater indépendamment de la situation individuelle du salarié.

Tel paraît être le cas des arrêts précités rendus au sujet du dépassement des durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail, la CJUE ayant récemment précisé au sujet des *“exigences découlant, en matière de durée du travail, de l'article 6, sous b), et de l'article 8 de la directive 2003/88”*, que *“(…) [leur] méconnaissance cause, de ce seul fait, un préjudice au travailleur concerné, dès lors qu'il est ainsi porté atteinte à sa santé par la privation de temps de repos dont il aurait dû bénéficier ou par l'imposition d'heures de travail de nuit excessives”* (CJUE, 20 juin 2024, *Artemis security SAS*, [C-367/23](#), § 42).

1.5.4.2. Ensuite, dans les situations où une appréciation subjective du dommage est permise, la gravité du manquement et son incidence sur la situation individuelle du salarié.

Ainsi, si le défaut de mise en place d'institutions représentatives du personnel par l'employeur a justifié l'admission d'un préjudice nécessaire, tel n'est pas le cas, en présence de celles-ci, lorsque des élections partielles doivent être organisées du fait de la réduction du nombre des membres élus de l'une d'elles, les salariés n'étant pas en ce cas privés d'une possibilité de représentation et de défense de leurs

à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité”.

²² Voir le compte-rendu des rencontres de l'automne 2022 de l'Association française de droit du travail à la Semaine sociale Lamy, *Vers une nouvelle jurisprudence sur le préjudice nécessaire ?* (n° 2016, 10 octobre 2022), faisant état de réserves du doyen J.-G. Huglo sur ce point, motivées par le fait que le préjudice du syndicat est spécifique et que les arrêts cités sur l'atteinte à la vie privée se bornent à reprendre la solution des autres chambres en la matière.

²³ M. Morand, *op. cit.* ; voir les arrêts cités *supra* au § 1.5.2.1. : Soc, 28 juin 2023, n° 22-11.699 ; Soc, 8 janvier 2020, n° 18-20.591 ; Soc, 15 mai 2019, n° 17-22.224 ; Soc, 17 octobre 2018, n° 17-14.392.

intérêts (Soc, 4 novembre 2020, n° 19-12.775). Dans un arrêt récent, la chambre sociale a par ailleurs jugé que l'absence de remise par l'employeur des fiches d'exposition à l'amiante et aux autres produits chimiques cancérigènes ne dispensait pas le salarié de justifier du préjudice qui en était résulté pour eux (Soc, 4 septembre 2024, n° 22-20.917, 22-20.919, 22-20.920 et 22-20.921), ces éléments n'étant pas de nature, comme le soulignait l'avocat général dans son [avis](#), à établir de manquements de l'employeur aux mesures de prévention et de protection qui lui incombent de nature à générer une pathologie grave pour la santé, à l'origine du préjudice d'anxiété revendiqué.

1.5.4.3. En outre, le caractère certain et actuel du dommage.

Pour conclure à l'absence de violation de l'article 9, § 1, sous a), de la directive 2003/88, par le choix d'un régime de responsabilité classique, en cas de manquement à l'obligation de visite médicale préalable d'un travailleur de nuit et de suivi médical régulier ensuite, la CJUE a jugé en effet que ce manquement n'engendre pas inévitablement une atteinte à la santé du travailleur concerné ni, dès lors, un dommage réparable dans le chef de celui-ci, la survenance éventuelle d'un tel dommage étant fonction de la situation de santé propre à chaque travailleur et de l'évolution concrète que connaît celle-ci (CJUE, 20 juin 2024, *Artemis security SAS*, [C-367/23](#), précité, § 42).

1.5.4.4. Enfin, l'existence de sanctions alternatives, entendues au sens large, aux dommages-intérêts.

Dans son arrêt du 20 juin 2024 précité, pour exclure la reconnaissance d'un préjudice automatique en matière de suivi médical renforcé des travailleurs de nuit, la CJUE relève notamment que "(...) le droit national applicable comporte des règles spécifiques permettant d'infliger des amendes en cas de violation, par l'employeur, des dispositions nationales ayant assuré la transposition de l'article 9, paragraphe 1, sous a), de la directive 2003/88" et que "De telles règles, qui ont essentiellement une finalité punitive, ne sont, pour leur part, pas subordonnées à l'existence d'un dommage" (§ 36). Par ailleurs, dans son [avis](#), suivi par la Cour de cassation dans son arrêt ayant refusé d'admettre l'existence d'un préjudice nécessaire pour défaut d'organisation d'une visite de reprise dès la décision de classement en invalidité de deuxième catégorie (Soc, 4 septembre 2024, n° 22-23.648, précité), l'avocat général notait l'existence de mécanismes incitatifs autres que l'allocation de dommages-intérêts, tels que la faculté pour le salarié de provoquer une visite de reprise devant le médecin du travail et celle de prendre acte de la rupture du contrat de travail.

1.6. Dans le cadre de cette classification provisoire, la jurisprudence du préjudice nécessaire paraît pouvoir utilement prendre en compte, pour ses futurs développements, deux éléments complémentaires²⁴.

²⁴ Voir sur ce sujet les remarques déjà faites dans l'avis sur Soc, 7 juin 2023, n° 21-23.557, § 2.3, qui demeurent en partie d'actualité.

En premier lieu, **la valeur de l'obligation en cause**, au-delà de la norme juridique qui la fonde²⁵.

Des obligations importantes pour la protection des salariés peuvent en effet relever de normes législatives et mériter que le salarié bénéficie de la facilité probatoire du préjudice nécessaire, ainsi que le révèlent les arrêts rendus au sujet du respect des procédures de licenciement²⁶ ou pourraient le justifier les règles applicables en matière de rémunération, de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs ou de discrimination.

La violation de certains droits fondamentaux du salarié de niveau constitutionnel, d'ailleurs parfois appliqués en combinaison avec des normes européennes²⁷, pourrait également justifier en tant que telle l'admission d'un préjudice automatique²⁸.

Une telle approche a en outre l'intérêt de recouper celle retenue par d'autres chambres de la Cour de cassation, qui semblent privilégier le critère de l'atteinte à un droit fondamental de la victime²⁹.

²⁵ Voir sur ce sujet J. Mouly, *op. cit.* : “Il s'agit alors d'envisager les présomptions de dommage non pas du point de vue du préjudice subi par la victime, mais du point de vue de l'obligation dont la violation est censée avoir nécessairement causé ce préjudice. A cet égard, il faut bien reconnaître que toutes les obligations, même parmi celles ayant déjà donné lieu à l'application de la théorie du “dommage nécessaire”, ne sauraient se voir attribuer la même valeur. En réalité, ne peuvent certainement justifier une présomption de dommage que les obligations auxquelles le juge attache une importance toute particulière, s'agissant des valeurs primordiales que ces obligations sont destinées à défendre”.

²⁶ Voir *supra*, § 1.5.1.

²⁷ Voir par exemple : Soc, 28 juin 2023, n° 22-11.699, dans le cas de l'instauration d'institutions représentatives du personnel.

²⁸ Voir J. Mouly, *op. cit.*, “A chaque fois, l'on constate que la théorie du “dommage nécessaire” est appliquée à la violation de droits fondamentaux. Comment admettre, en effet, que l'atteinte illicite à un droit fondamental puisse ne pas engager la responsabilité de son auteur et ne pas causer un dommage à la victime, ce dommage fût-il purement moral ?

Si l'on s'en tient aux relations de travail subordonnées, force est de constater qu'un certain nombre d'applications de la théorie du “dommage nécessaire” correspondent effectivement à cette hypothèse de violation d'un droit fondamental”.

²⁹ Voir J. Mouly, *op. cit.*, “Ainsi, la Chambre criminelle et la Première chambre civile, dans leurs arrêts précités de 2009 et 2012, n'ont reconnu l'existence d'une présomption de dommage au profit des victimes que parce qu'étaient en cause leurs droits à l'intégrité physique ou au respect de la dignité humaine. On pourrait faire la même observation, s'agissant cette fois d'un autre droit primordial, le droit de propriété, à l'égard de l'arrêt de la troisième Chambre civile du 9 septembre 2009, relatif à la voie de fait. A chaque fois, l'on constate que la théorie du “dommage nécessaire” est appliquée à la violation de droits fondamentaux. Comment admettre, en effet, que l'atteinte illicite à un droit fondamental puisse ne pas engager la responsabilité de son auteur et ne pas causer un dommage à la victime, ce dommage fût-il purement moral ?

Si l'on s'en tient aux relations de travail subordonnées, force est de constater qu'un certain nombre d'applications de la théorie du “dommage nécessaire” correspondent effectivement à cette hypothèse de violation d'un droit fondamental”.

En second lieu, compte tenu des objectifs du revirement de jurisprudence de 2016, **la nécessité de limiter le risque d'un nouvel "effet boule de neige"** dans la mise en œuvre des normes supranationales.

Si l'adoption récente, concernant la directive 89/391/CE du 12 juin 1989, du critère des "*droits subjectifs, clairs, précis et inconditionnels*"³⁰ contribue à sécuriser les conditions d'admission d'un préjudice nécessaire sur le fondement d'une directive correctement transposée, le développement d'une "*interprétation conforme autonome*" à la lumière du droit de l'Union européenne, parfois de la finalité d'une directive sans en reprendre une disposition précise ni une jurisprudence de la CJUE³¹, peut se heurter au champ très large de certaines notions et contraindre la Cour de cassation, par souci de cohérence jurisprudentielle, à devoir admettre des préjudices nécessaires qui ne s'imposeraient pas, au détriment de l'approche "*au cas par cas*" adoptée au lendemain de l'arrêt du 13 avril 2016³².

De plus, le principe d'effectivité³³, qui garantit avec le principe d'équivalence³⁴ la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, implique seulement que les voies de droit nationales permettent d'obtenir une satisfaction adéquate, par exemple par un recours en réparation.

³⁰ Ce pour exclure la reconnaissance d'un préjudice nécessaire en matière de visite de reprise à la suite de son congé de maternité (Soc, 4 septembre 2024, n° 22-16.129) ou dès la décision de classement en invalidité de deuxième catégorie (Soc, 4 septembre 2024, n° 22-23.648).

³¹ Voir sur ce sujet l'étude lumineuse de A. Fabre et du doyen J.-G. Huglo, *Regards croisés sur l'interprétation conforme du droit social national*, Droit social 2021, p. 964.

³² Voir en ce sens la note critique de T. Montpellier sur Soc, 4 septembre 2024, n° 23-15.944 : "*Par conséquent, ici, la volonté de donner pleine efficacité à une disposition d'effet direct d'une directive qui n'aurait pas de sanction paraît très artificielle et opportuniste. Le recours au droit européen, s'il est compréhensible, n'est pas totalement convainquant.*"

En réalité, ce qui est en cause, c'est l'existence d'une obligation essentielle qui pèse sur l'employeur, consacrée par une directive-cadre mais aussi par le droit interne, bien plus que la nécessité d'assurer à une disposition issue de normes européennes une pleine efficacité.

Or, précisément, le président Frouin expliquait dans la droite ligne du rapport annuel de 2016, que désormais le préjudice nécessaire serait appliqué "au cas par cas" en présence d'un "manquement (grave) à une obligation essentielle, générateur comme tel et par lui-même d'un préjudice" (J.-Y. Frouin, Quel bilan tirer de la jurisprudence de 2017 de la chambre sociale ? Perspectives pour 2018 : FRS 4/18, 26 janv. 2018, p. 29).

Il nous semble que ce principe, bien plus en rapport avec la jurisprudence des autres chambres de la Cour de cassation, est bien plus convainquant et fécond que le fait de s'abriter de manière restrictive derrière le paravent du droit européen ou international".

³³ Les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits des justiciables ne doivent pas rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union.

³⁴ Les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits des justiciables ne doivent pas, dans les situations relevant du droit de l'Union, être moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne.

Or la CJUE a récemment rappelé, au sujet du suivi médical des travailleurs de nuit, comme par ailleurs dans d'autres matières³⁵, que la faculté pour le salarié d'obtenir une réparation intégrale du préjudice effectivement subi renforce le caractère opérationnel des règles de protection, de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'imposer à l'employeur le versement de dommages et intérêts punitifs (CJUE, 20 juin 2024, *Artemis security SAS*, [C-367/23](#), précité, § 32 à 35). Ainsi, le caractère finaliste de la jurisprudence de cette Cour, qui s'attache plus à l'effectivité concrète de la protection juridictionnelle du droit de l'Union qu'à ses modalités juridiques, invite à relativiser la fonction de peine privée, au demeurant secondaire, de la responsabilité civile en droit du travail³⁶, ce d'autant que la liquidation du préjudice qui en résulte reste soumise au principe civiliste de réparation intégrale³⁷.

2. L'obligation de l'employeur de garantir la prise effective par le salarié de ses congés payés

L'importance du droit aux congés payés implique pour l'employeur une obligation de diligence renforcée pour en garantir l'effectivité, aussi bien en droit de l'Union européenne (2.1) qu'en droit du travail interne (2.2).

2.1. Le droit de l'Union européenne, en particulier l'article 7, § 1, de la directive 2003/88 du 4 novembre 2003, **accorde à tout travailleur un droit aux congés payés de quatre semaines au minimum.**

2.1.1. La CJUE considère de longue date que ce droit constitue un "*principe de droit social communautaire d'une importance particulière*" qui impose aux Etats membres une obligation de résultat claire et précise, leur interdisant de le subordonner à une quelconque condition (CJUE, 26 juin 2001, *BECTU*, [C-173/99](#), points 34, 43 et 53).

L'article 7, § 1, précité, qui met à la charge des États membres, "*une obligation de résultat précise et qui n'est assortie d'aucune condition quant à l'application de la*

³⁵ Tel est le cas en effet en ce qui concerne les violations du Règlement général sur la protection des données personnelles (RGPD), la CJUE ayant récemment rappelé que "*Compte tenu de la fonction compensatoire du droit à réparation prévu à l'article 82 du RGPD, telle qu'énoncée au considérant 146, sixième phrase, de ce règlement, une réparation pécuniaire fondée sur cet article doit être considérée comme étant « complète et effective » si elle permet de compenser intégralement le préjudice concrètement subi du fait de la violation dudit règlement, sans qu'il soit nécessaire, aux fins d'une telle compensation intégrale, d'imposer le versement de dommages-intérêts punitifs [voir, en ce sens, arrêts du 4 mai 2023, *Österreichische Post* (Préjudice moral lié au traitement de données personnelles), *C-300/21*, *EU:C:2023:370*, points 57 et 58, ainsi que du 11 avril 2024, *juris*, *C-741/21*, *EU:C:2024:288*, point 61]" (CJUE, 20 juin 2024, *AT, BT*, [C-590/22](#), point 42 ; CJUE, 20 juin 2024, *Scalable Capital*, [C-182/22](#) et [C-189/22](#), point 23 ; dans le même sens : CJUE, 11 avril 2024, *GP c. Juris*, [C-741-21](#), points 58 à 61 ; CJUE, 21 décembre 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, [C-667/21](#), point 84 ; CJUE, 4 mai 2023, *Österreichische Post*, [C-300/21](#), points 57 et 58).*

³⁶ Il peut être relevé sur ce point que le projet d'"amende civile" (2 millions d'euros ou décuple du profit pour les personnes physiques, et 10 % du chiffre d'affaires mondial pour les personnes morales), faisant office de dommages-intérêts punitifs, envisagé par le projet de réforme du code civil du 13 mars 2017 (article 1266-1), n'a finalement pas été retenu (voir F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénédé, *Les obligations*, Précis Dalloz, 13^{ème} éd., n° 914, 1)).

³⁷ Lequel exclut toute réparation forfaitaire : Soc, 28 septembre 2022, n° 21-10.848.

règle qu'il énonce", a donc été reconnu comme étant d'effet direct dans les rapports du salarié avec son Etat membre, notamment lorsque celui-ci est employeur (CJUE, 6 novembre 2018, *Bauer et Willmeroth*, [C-569/16](#) et [C-570/16](#), points 72 et 73 ; CJUE, 24 janvier 2012, *Dominguez*, [C-282/10](#), points 34 à 40).

De même, l'article 31, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après "la Charte"), intégrée au droit primaire de l'Union par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007³⁸, a consacré le droit de tout travailleur à une période annuelle de congés payés. La CJUE l'a dès lors qualifié sur ce fondement de "*droit fondamental*" (CJUE, 6 novembre 2018, *Bauer et Willmeroth*, [C-569/16](#) et [C-570/16](#), précité, point 84 ; CJUE, 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft*, [C-684/16](#), précité, points 31, 54 et 73) et admet son invocation, compte tenu du caractère impératif et inconditionnel de la formulation de la Charte, dans les litiges opposant un travailleur à son employeur ayant la qualité de particulier³⁹.

En outre, ce droit fondamental revêt une double finalité : "*permettre au travailleur de se reposer par rapport à l'exécution des tâches lui incombant selon son contrat de travail, d'une part, et disposer d'une période de détente et de loisirs, d'autre part*" (CJUE, 25 juin 2020, *Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria*, [C-762/18](#) et [C-37/19](#), point 57 ; CJUE, 20 juillet 2016, *Maschek*, [C-341/15](#), point 34 ; CJUE, 20 janvier 2009, *Schultz-Hoff e.a.*, [C-350/06](#) et [C-520/06](#), point 25).

2.1.2. Cette importance implique que l'employeur mette le salarié en mesure d'exercer effectivement son droit au congé annuel payé, notamment grâce à une information appropriée, sauf à l'en indemniser :

"À cet effet, et ainsi que M. l'avocat général l'a également relevé aux points 41 à 43 de ses conclusions, l'employeur est notamment tenu, eu égard au caractère impératif du droit au congé annuel payé et afin d'assurer l'effet utile de l'article 7 de la directive 2003/88, de veiller concrètement et en toute transparence à ce que le travailleur soit effectivement en mesure de prendre ses congés annuels payés, en l'incitant, au besoin formellement, à le faire, tout en l'informant, de manière précise et en temps utile pour garantir que lesdits congés soient encore propres à garantir à l'intéressé le repos et la détente auxquels ils sont censés contribuer, de ce que, s'il ne prend pas ceux-ci, ils seront perdus à la fin de la période de référence ou d'une période de report autorisée.

*En outre, la charge de la preuve à cet égard incombe à l'employeur (voir, par analogie, arrêt du 16 mars 2006, *Robinson-Steele e.a.*, [C-131/04](#) et [C-257/04](#), *EU:C:2006:177*, point 68). À défaut pour celui-ci d'être en mesure d'établir qu'il a fait preuve de toute la diligence requise pour que le travailleur soit effectivement en mesure de prendre les congés annuels payés auxquels il avait droit, il y a lieu de considérer qu'une extinction du droit auxdits congés à la fin de la période de référence ou de report autorisée et, en cas de cessation de la relation de travail, l'absence corrélative de versement d'une indemnité financière au titre des congés annuels non pris, méconnaîtraient, respectivement, l'article 7, paragraphe 1, et l'article 7,*

³⁸ L'article 6, § 1, du Traité sur l'Union européenne reconnaît à la Charte la même valeur juridique que les traités (CJUE, 22 novembre 2011, *KHS*, [C-214/10](#), point 37).

³⁹ CJUE, 6 novembre 2018, *Bauer et Willmeroth*, [C-569/16](#) et [C-570/16](#), points 85 et 92 ; CJUE, 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft*, [C-684/16](#), points 74 et 81.

paragraphe 2, de la directive 2003/88” (CJUE, 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft*, [C-684/16](#), points 45 et 46 ; CJUE, 6 novembre 2018, *Kreuziger*, [C-619/16](#), points 51 et 52).

Si l'article 7, § 1, de la directive 2003/88 précitée ne s'oppose pas à une réglementation nationale prévoyant la perte du droit aux congés annuels payés à la fin d'une période de référence ou de report, par exemple en limitant à une période de quinze mois le cumul des droits à congé d'un travailleur en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives (CJUE, 22 novembre 2011, *KHS AG*, [C-214/10](#), points 43 et 44), c'est à la condition que le travailleur concerné ait effectivement eu la possibilité d'exercer ce droit (CJUE, 22 septembre 2022, *LB*, [C-120-21](#), point 25 ; CJUE, 6 novembre 2018, *Kreuziger*, [C-619/16](#), précité, point 42 ; CJUE, 20 janvier 2009, *Schultz-Hoff e.a.*, et [C-520/06](#), précité, point 43).

Lorsque le défaut d'exercice du droit à congés résulte du comportement de l'employeur, notamment d'un refus de rémunérer ces congés, il doit en assumer les conséquences et le salarié pouvoir reporter, le cas échéant en cumulant, jusqu'au moment où sa relation de travail prend fin, les droits au congé annuel payé non exercés au titre de plusieurs périodes de référence consécutives. La circonstance selon laquelle l'employeur a considéré par erreur que le salarié n'y avait pas droit ou que celui-ci n'aurait déposé aucune demande en ce sens sont sans pertinence, l'employeur devant rechercher toute information relative à ses obligations en la matière (CJUE, 29 novembre 2017, *King*, [C-214/16](#), points 61 à 65).

2.2. Selon le code du travail, les congés payés, dont le droit est prévu en son principe (article L. 3141-1) et s'élevant à deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur (article L. 3141-3), peuvent être pris entre le 1^{er} mai et le 31 octobre de chaque année (article L. 3141-13) ou à défaut dans une période fixée par accord collectif (L. 3141-15). Ils **peuvent être reportés**, lorsque la durée du travail est décomptée à l'année, dans les conditions également fixées par accord (L. 3141-22).

Les dispositions réglementaires du code du travail assurent l'effectivité de ce droit, en prévoyant que l'employeur qui emploie un salarié pendant la période fixée pour le congé légal est considéré comme ne le donnant pas (D. 3141-1) et s'expose alors au paiement de dommages-intérêts cumulables avec ceux dus au titre du régime d'assurance chômage (D. 3141-2). Leur méconnaissance est également assortie de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe (R. 3143-1).

Dans ce contexte, la chambre sociale de la Cour de cassation a, par un arrêt du 13 juin 2012, aligné sa jurisprudence sur celle de la CJUE, jugeant qu'*“eu égard à la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, il appartient à l'employeur de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé, et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement”* (Soc, 13 juin 2012, n° 11-10.929 ; Soc, 22 septembre 2021, n° 19-17.046), la même règle de preuve s'appliquant sauf dispositions contraires aux congés d'origine légale ou conventionnelle, s'ajoutant

aux quatre semaines garanties par le droit de l'Union (Soc, 21 septembre 2017, n° 16-18.898).

La même chambre en a déduit, s'agissant du régime de prescription de l'indemnité de congés payés, que le point de départ du délai de celle-ci doit être fixé à l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés payés auraient pu être pris dès lors que l'employeur justifie avoir accompli les diligences qui lui incombent légalement afin d'assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé (Soc, 13 septembre 2023, n° 22-11.106 et 22-10.529)⁴⁰.

3. Le manquement de l'employeur à ses obligations de garantir l'effectivité des droits à congés payés cause nécessairement préjudice au salarié

Au vu des précédents développements, plusieurs raisons invitent à reconnaître, en cas de manquement de l'employeur à son obligation de diligence, l'existence d'un nouveau cas de préjudice nécessaire (3.1), contrairement à ce que la cour d'appel a jugé en l'espèce (3.2).

3.1. Le régime des congés payés conduit ainsi à constater que l'atteinte au droit aux congés payés du fait d'un comportement de l'employeur rencontre plusieurs critères de reconnaissance d'un préjudice nécessaire, selon la grille d'analyse précédemment exposée⁴¹.

Le droit aux congés payés constitue en effet un droit fondamental du salarié, fondé à la fois sur une disposition d'une directive d'effet direct vertical (l'article 7, § 1, de la directive 2003/88) et une disposition du droit primaire de l'Union (article 31, § 2, de la Charte) d'effet direct horizontal, ce qui constitue, dans la jurisprudence la plus récente de la chambre sociale de la Cour de cassation, un critère déterminant de l'admission d'une présomption de préjudice.

Compte tenu de cette importance, le droit de l'Union comme la jurisprudence de la Cour de cassation font peser sur l'employeur une obligation de diligence renforcée, lui imposant de créer par anticipation toutes les conditions d'exercice de ce droit, en s'informant à l'avance de la réglementation légale et conventionnelle applicable ainsi que des souhaits du salarié, qu'il doit si nécessaire inviter à exprimer.

L'effectivité du droit aux congés payés étant, en droit de l'Union, consubstantielle à son existence, le régime probatoire qui en découle est donc particulièrement exigeant. Ainsi, l'obligation de l'employeur de garantir le bon exercice du droit aux congés payés relève en quelque sorte de l'obligation de résultat allégée⁴²,

⁴⁰ Autrement dit, la prescription ne court pas à la date-limite à laquelle le salarié aurait dû prendre ses congés si l'employeur n'est pas en mesure d'établir qu'il a accompli toutes les diligences nécessaires à ce que le congé soit effectivement pris.

⁴¹ Voir *supra*, § 1.5. et 1.6.

⁴² Sur cette notion, voir F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 850.

l'intéressé, sur simple constat du défaut d'exercice du droit aux congés payés, devant pour s'exonérer de toute responsabilité et déclencher le cours du délai de prescription de l'indemnité afférente, prouver la réalité et l'utilité des mesures prises en amont. La reconnaissance d'un nouveau cas de préjudice nécessaire au profit du salarié renforcerait dès lors les garanties du droit aux congés payés attachées aux règles de preuve pesant sur l'employeur.

S'il peut être argué de ce que le préjudice lié à la privation de son droit aux congés payés pourrait être compensé par leur report, celui-ci ne pourrait au mieux qu'en indemniser une partie dans la mesure où au regard de la double finalité de ce droit, le salarié serait en toute hypothèse privé de ses congés au moment qu'il juge nécessaire à son repos ou perdrait une partie de l'agrément qu'il y attache à ce moment précis, avec parfois une incidence négative sur sa vie personnelle et familiale. De ce point de vue, le dommage est dès lors inévitable et contemporain de la période de prise des congés non respectée.

De plus, le droit aux congés payés se rattache à la finalité de la directive 2003/88 de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, comme aux règles du même texte sur les durées maximales de travail, les temps de repos et de pause, pour lesquelles la chambre sociale de la Cour de cassation a retenu l'existence d'un préjudice nécessaire. Dès lors que le non-respect de ces temps de coupure quotidiens ou hebdomadaires a été jugé comme portant atteinte en soi à ces deux objectifs, il paraît difficile de considérer que l'accomplissement de deux années de travail consécutives sans bénéfice des quatre semaines prévues par l'article 7, § 1, du même texte n'emporterait en tant tel aucune atteinte à ces mêmes finalités⁴³.

Compte tenu de la place primordiale du droit aux congés payés dans la hiérarchie des droits sociaux, les sanctions civiles et même pénales - de niveau contraventionnel - associées au manquement à ces dispositions paraissent de surcroît insuffisantes à en garantir l'effectivité.

Il peut à cet égard être relevé que l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle salariés n'ayant pas pris leurs congés payés et ayant été empêchés de les prendre du fait de l'employeur subissent nécessairement un préjudice (Soc, 6 mai 2002, n° 00-43.655, précité) n'a pas été remise en cause après le revirement du 13 avril 2016.

En outre, au regard du fait que l'obligation de mettre en place un instrument permettant une détermination objective et fiable du nombre d'heures de travail quotidien et hebdomadaire effectuées pèse sur l'employeur⁴⁴, délivré sur ce point de la menace d'un préjudice nécessaire (Soc, 20 septembre 2017, n° 15-24.999), l'instauration d'un tel préjudice en matière de congés payés ne peut que rééquilibrer la répartition de la charge de la preuve au profit du salarié, en facilitant

⁴³ Voir dans ce sens M. Morand, *op. cit.*.

⁴⁴ CJUE, 14 mai 2019, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)*, [C-55/18](#), points 47, 49, 50 et 54.

l'indemnisation de ce dernier en cas de manquement de l'employeur à ses obligations.

Il convient dès lors de conclure, en réponse à la question posée par le moyen, que **le manquement de l'employeur** à son obligation de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé **est, de ce seul fait, de nature à lui causer un préjudice**.

3.2. En l'espèce, la cour d'appel a constaté dans un premier temps que l'employeur avait manqué à son obligation conventionnelle d'interroger la salariée sur ses dates de congés payés :

“L'article 25 de convention collective applicable dispose que sur demande initiée par l'employeur, la date de départ en congé entre le 1^{er} mai et le 31 octobre est fixée, avec le salarié, avant le 30 avril de chaque année, et que pour le solde, le salarié devra solliciter au moins 2 mois à l'avance les dates de ses congés. (...)

Concernant l'absence de jours de congés pris en 2016, le syndicat des copropriétaires ne justifie pas avoir antérieurement au 30 avril, sollicité [la salariée] afin de fixer la date de ses congés payés, étant précisé que la procédure de licenciement a été initiée par courrier du 8 juillet 2016, donc postérieurement à la date fixée par la convention collective à l'employeur pour organiser les congés. Il s'en déduit qu'il s'agit d'un manquement de l'employeur non expliqué par ce dernier (arrêt attaqué, p. 11 et 12).

Or, pour rejeter la demande de dommages-intérêts de la salariée en réparation du manquement de l'employeur à son obligation de garantir l'exercice effectif de son droit au congé annuel payé, la juridiction a jugé qu'elle n'apportait pas la preuve de son préjudice :

“Concernant l'impossibilité de prendre des congés payés en 2015 et en 2016, la cour a jugé ci-dessus que cette impossibilité était établie en 2016. Toutefois, [la salariée] ne précise pas le préjudice en résultant” (arrêt attaqué, p. 15).

Ce faisant, alors que le seul constat du manquement de l'employeur à ses obligations de garantir l'effectivité des droits à congés payés ouvre au salarié un droit à réparation distinct d'un éventuel droit au report de ses congés, la cour d'appel a violé l'article L. 3141-1 du code du travail ainsi que le droit du salarié au congé annuel payé résultant du droit de l'Union européenne, notamment de l'article 7 de la directive 2003/88 du 4 novembre 2003, tel que le soutient le second moyen du pourvoi.

Il conviendra par conséquent de prononcer la **cassation** de l'arrêt attaqué sur ce fondement, sans qu'il soit besoin de l'asseoir également sur les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail également visés.

PROPOSITION

- **Rejet** du premier moyen ;
- **cassation** sur le second moyen