



**AVIS DE Mme CANAS,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n° 787 du 10 septembre 2025 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-21.124

Décision attaquée : Cour d'appel de Dijon du 6 juillet 2023

M. [K] [G]

C/

Société Kuehne+Nagel Insitu

Le présent pourvoi conduit à s'interroger sur la reconnaissance d'un « préjudice nécessaire » en matière de discrimination syndicale.

1. À partir de 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé non pas de renoncer à recourir à la théorie du « préjudice nécessaire », qu'elle avait consacrée dès le milieu des années 1990, mais de « *revenir à une application plus orthodoxe des règles de la responsabilité civile et commune à l'ensemble des chambres civiles de la Cour de cassation* »¹. Ainsi, abandonnant un certain nombre de solutions qu'elle avait précédemment adoptées, elle a énoncé, dans plusieurs arrêts, que « *l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond* » et approuvé des décisions rejetant la demande de dommages-intérêts formée par un salarié après avoir constaté que celui-ci ne rapportait pas la preuve du préjudice allégué². Dans d'autres hypothèses, elle a néanmoins continué à juger, sans toutefois plus employer le terme « *nécessaire* », que le seul constat de la violation de la

¹ Rapport annuel de la Cour de cassation 2016, p. 247.

² Voir, par exemple : Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28.293, Bull. 2016, V, n° 72 ; Soc., 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-21.794, Bull. 2016, V, n° 167 ; Soc., 26 février 2020, pourvoi n° 17-18.136, 17-18.137, 17-18.139.

règle de droit du travail par l'employeur faisait présumer l'existence d'un préjudice et ouvrait droit à l'indemnisation du salarié³.

La justification du maintien de ces exceptions aux règles de la responsabilité civile serait à trouver dans « *l'obligation où se trouve la Cour de cassation de faire respecter nos obligations européennes et internationales* »⁴. En effet, « *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* »⁵.

C'est ainsi, par exemple, qu'en matière de durée du travail, la chambre sociale, interprétant des dispositions du code du travail à la lumière des articles 4 et 6, sous b), de 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, a jugé que « *le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvre droit à la réparation* »⁶ ou encore que « *le seul constat du non-respect du temps de pause quotidien ouvre droit à réparation* »⁷. Ce faisant, elle s'est placée dans les pas de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui, dans un arrêt *Fuß c. Stadt Halle* du 14 octobre 2010, avait jugé que « *la directive 2003/88 poursuivant l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise d'un repos suffisant, le législateur de l'Union a considéré que le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire [...], en ce qu'il prive le travailleur d'un tel repos, lui cause, de ce seul fait, un préjudice dès lors qu'il est ainsi porté atteinte à sa sécurité et à sa santé* »⁸. Cette solution a en outre été étendue à des hypothèses de violation des règles de durée du travail purement internes, mais participant au même 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 du travail poursuivi par la directive précitée⁹.

La reconnaissance d'un préjudice nécessairement subi par le salarié suppose cependant que la norme européenne ou internationale en cause « *soit suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour que l'on puisse identifier qu'elle crée des droits subjectifs au profit des particuliers dont ils peuvent se prévaloir* »¹⁰. Ainsi, c'est en

³ Voir, par exemple, en cas de perte injustifiée d'un emploi : Soc., 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.578, Bull. 2017, V, n° 136 ; en cas d'absence de mise en place des institutions représentatives du personnel : Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-14.392, publié ; ou encore en cas d'atteinte à la vie privée : Soc., 12 novembre 2020, pourvoi n° 19-20.583.

⁴ Jean-Guy Huglo, « La Cour de cassation et la réparation en droit du travail », *Droit social* 2023, p. 286.

⁵ *Ibid.*

⁶ Soc., 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-21.636, publié.

⁷ Soc., 4 septembre 2024, pourvoi n° 23-15.944, publié.

⁸ CJUE, 14 octobre 2010, C-243/09, *Fuß c. Stadt Halle*, point 54.

⁹ Soc., 11 mai 2023, pourvoi n° 21-22.281, 21-22.912, publié : « *Le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail quotidienne ouvre droit à la réparation* » (sommaire) ; Soc., 27 septembre 2023, pourvoi n° 21-24.782, publié : « *Le dépassement de la durée hebdomadaire maximale de travail du travailleur de nuit calculée sur une période quelconque de douze semaines consécutives ouvre, à lui seul, droit à la réparation* » (sommaire).

¹⁰ Jean-Guy Huglo, *op. cit.*.

raison de l'absence d'effet direct de l'article 14 de la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, que la chambre sociale s'en est remis au pouvoir souverain des juges du fond pour apprécier l'existence d'un préjudice en cas de manquement de l'employeur à son obligation de suivi médical du salarié¹¹.

La ligne de partage entre les cas dans lesquels il appartient au salarié de rapporter la preuve du préjudice qu'il allègue et ceux dans lesquels le seul constat du manquement de l'employeur lui ouvre droit à réparation repose donc, en l'état, sur la source de l'obligation méconnue : en principe, les règles habituelles de la responsabilité civile – qui exigent notamment la démonstration d'un préjudice – s'appliquent ; mais, en présence d'une norme internationale ou européenne conférant au salarié un droit subjectif clair, précis et inconditionnel, le préjudice est présumé afin d'assurer l'effectivité de cette norme.

2. Cette construction jurisprudentielle a toutefois été réévaluée à la suite de l'arrêt *Artemis security* rendu le 20 juin 2024 par la CJUE¹², qui avait été saisie par la Cour de cassation de deux questions préjudicielles portant sur l'interprétation de l'article 9, paragraphe 1, sous a), de la directive 2003/88/CE précitée, relatif au suivi médical renforcé des travailleurs de nuit¹³.

Dans cet arrêt, la Cour de justice a d'abord rappelé qu'en l'absence de dispositions de droit de l'Union définissant les sanctions applicables en cas de violation des prescriptions relatives à l'évaluation médicale des travailleurs de nuit, « *il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de fixer les modalités des actions destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de cette disposition, et, en particulier, les conditions auxquelles un tel travailleur peut obtenir, à charge de cet employeur, une réparation en raison de ladite violation, sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité* »¹⁴.

S'agissant plus particulièrement du principe d'effectivité, qui impose aux juridictions nationales de vérifier que les modalités procédurales retenues ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union, elle a relevé que contribue à assurer l'effectivité du droit à l'évaluation de sa santé « *le fait qu'un travailleur de nuit puisse [...] obtenir une réparation adéquate, en ce sens qu'elle doit permettre de compenser intégralement le préjudice effectivement subi du fait desdites violations* »¹⁵, « *sans qu'il soit nécessaire d'imposer à l'employeur le versement de dommages et intérêts punitifs* »¹⁶. La CJUE a en outre considéré que l'existence de règles nationales spécifiques permettant d'infliger des

¹¹ Soc., 27 juin 2018, pourvoi n° 17-15.438 ; Soc., 4 septembre 2024, pourvoi n° 22-23.648, publié ; Soc., 4 septembre 2024, pourvoi n° 22-16.129, publié ; Soc., 5 mars 2025, pourvoi n° 23-23.346.

¹² CJUE, 20 juin 2024, C-367/23, *EA c. Artemis security SAS*.

¹³ Soc., 7 juin 2023, pourvoi n° 21-23.557, publié.

¹⁴ CJUE, 20 juin 2024, précité, point 27.

¹⁵ *Ibid.*, point 32.

¹⁶ *Ibid.*, point 35.

amendes à l'employeur en cas de manquement à ses obligations contribue également à assurer l'effectivité de ce droit, soulignant que « *de telles règles, qui ont essentiellement une finalité punitive, ne sont, pour leur part, pas subordonnées à l'existence d'un dommage* » et sont dès lors complémentaires avec celles gouvernant la responsabilité civile¹⁷. Elle a par ailleurs précisé qu' « *à la différence 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 dont la 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, l'absence de visite médicale devant précéder l'affectation à un travail de nuit et de suivi médical régulier consécutif à cette affectation [...] n'engendre pas inévitablement une atteinte à la santé du travailleur concerné ni, dès lors, un dommage réparable dans le chef de celui-ci* »¹⁸.

Dès lors, la Cour de justice a dit pour droit que « *l'article 9, paragraphe 1, sous a), de la directive 2003/88/CE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle, en cas de violation par l'employeur des dispositions nationales mettant en œuvre cette disposition du droit de l'Union et prévoyant que les travailleurs de nuit bénéficient d'une évaluation gratuite de leur santé préalablement à leur affectation, puis à intervalles réguliers, le droit du travailleur de nuit à obtenir une réparation en raison de cette violation est subordonné à la condition que celui-ci apporte la preuve du préjudice en ayant résulté dans son chef* ».

Tirant les conséquences de cette décision, la chambre sociale a, par un arrêt du 11 mars 2025, jugé que le manquement de l'employeur à son obligation de suivi médical du travailleur de nuit n'ouvre pas, à lui seul, droit à réparation et qu'il incombe au salarié de démontrer le préjudice qui en résulterait afin d'en obtenir la réparation intégrale¹⁹.

Par trois arrêts du même jour, elle a en outre jugé que ni 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 congé²⁰, ni le non-respect des dispositions légales et conventionnelles relatives au suivi de la charge de travail du salarié soumis à une convention de forfait en jours²¹ n'ouvrent, à eux seuls, le droit à réparation et que, dans l'un et l'autre cas, il incombe au salarié de démontrer le préjudice distinct qui en résulterait. Dans ces trois décisions, la chambre sociale a pris le soin de relever l'existence d'autres mécanismes permettant d'assurer la sanction du manquement et l'indemnisation du salarié : dans la première hypothèse, ses droits à congé payé sont soit reportés en cas de poursuite de la relation de travail, soit convertis en indemnité compensatrice de congé payé en cas de rupture du contrat de travail ; dans la seconde, la convention de forfait en jours est nulle et le salarié peut donc prétendre au paiement d'heures supplémentaires.

¹⁷ *Ibid.*, point 36.

¹⁸ *Ibid.*, point 42.

¹⁹ Soc., 11 mars 2025, pourvoi n° 21-23.557, publié.

²⁰ Soc., 11 mars 2025, pourvoi n° 23-16.415, publié.

²¹ Soc., 11 mars 2025, pourvoi n° 23-19.669, publié ; Soc., 11 mars 2025, pourvoi n° 24-10.452, publié.

Il en résulte que, même en présence d'une norme internationale ou européenne conférant au salarié un droit subjectif clair, précis et inconditionnel, la chambre sociale paraît désormais exclure la reconnaissance d'un « préjudice nécessaire » lorsqu'existent, en sus du mécanisme de réparation fondé sur les règles de la responsabilité civile, des mécanismes alternatifs contribuant à l'effectivité des droits reconnus au salarié.

3. Ces mouvements jurisprudentiels de flux et de reflux – largement commentés par la doctrine²² – conduisent à s'interroger sur la pertinence de la ligne de partage tracée par la chambre sociale pour admettre un préjudice nécessairement subi par le salarié du fait du manquement commis par l'employeur.

Cette ligne de partage présente à mon sens trois principaux inconvénients :

- En premier lieu, elle est complexe dans son principe et dans sa mise en oeuvre. Elle repose en effet sur trois critères cumulatifs et chacun d'entre eux suscite des difficultés d'application : s'il est relativement aisé de déterminer qu'une norme internationale ou européenne est ou non en jeu, il est plus délicat de savoir où placer le curseur pour décider qu'une règle de droit du travail d'origine purement interne « participe » du même objectif que celui poursuivi par une directive²³ ; il n'est pas non plus toujours évident d'apprécier si la norme en cause est suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour créer un droit subjectif au profit des salariés²⁴ ; enfin, lorsque le manquement de l'employeur peut être sanctionné par d'autres voies que les règles de la responsabilité civile, il faut encore vérifier que ces mécanismes sont bien de nature à contribuer à assurer l'effectivité des droits du salarié.

- En deuxième lieu, le fondement choisi ne permet pas de rendre compte de l'entière des solutions retenues. Ainsi, par exemple, ni l'atteinte à la vie privée ni l'atteinte au droit à l'image du salarié, qui pourtant ouvrent droit à réparation dès lors qu'elles sont constatées²⁵, ne répondent aux critères ci-dessus rappelés, la reconnaissance d'un « préjudice nécessaire » ayant alors pour seul fondement, dans le prolongement de la jurisprudence des autres chambres civiles, l'article 9 du code civil.

- En dernier lieu, le fait de ne recourir à la théorie du « préjudice nécessaire » que dans les cas où est en cause une norme internationale ou européenne d'effet direct exclut tout droit automatique à réparation dans des hypothèses où pourtant l'atteinte portée aux droits du salarié justifierait une protection de même niveau. Certes, la place des

²² Voir, notamment : Jean Mouly, « Les présomptions de dommage en droit du travail : abandon ou simple reflux ? », *Revue de jurisprudence sociale* 2016 ; Sébastien Ranc, « En faveur d'une approche pragmatique du préjudice nécessaire », *Droit social* 2023, p. 309 ; Joseph Morin, « Pour une autre "théorie" du préjudice nécessaire », *Recueil Dalloz* 2025, p. 313.

²³ Cf. la jurisprudence citée en note de bas de page n° 9.

²⁴ Ainsi, dans son arrêt du 7 juin 2023 précité, la chambre sociale avait estimé nécessaire de poser à la CJUE la question suivante : « L'article 9, paragraphe 1, sous a), de 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 remplit-il les conditions pour produire un effet direct et être invoqué par un travailleur dans un litige le concernant ? ».

²⁵ Sur l'atteinte à la vie privée, voir Soc., 12 novembre 2020, pourvoi n° 19-20.583, précité ; et sur l'atteinte au droit à l'image, voir Soc., 19 janvier 2022, pourvoi n° 20-12.420, 20-12.421.

normes internationales et européennes dans la hiérarchie des normes et les engagements pris par les Etats membres justifient de veiller à ce que la méconnaissance des droits subjectifs qu'elles instaurent soit assortie de sanctions effectives. Il n'en reste pas moins que, sur un plan substantiel, des dispositions d'origine purement interne édictent des prescriptions dont la méconnaissance est susceptible de porter gravement atteinte à certains droits fondamentaux des salariés, ce qui pourrait justifier la reconnaissance d'un « préjudice nécessaire » afin d'assurer la pleine effectivité de ces droits²⁶.

4. Ces inconvénients ne sauraient en aucun cas conduire à l'abandon de la notion de « préjudice nécessaire », qui a une incontestable utilité, mais pourraient en revanche justifier de définir de nouveaux critères pour sa mise en oeuvre. À cette fin, et comme en 2016, la chambre sociale pourrait s'inspirer des solutions retenues par les autres chambres civiles de la Cour de cassation.

Ces dernières ont en effet elles aussi recours à la théorie du « préjudice nécessaire », sans toutefois mobiliser les normes internationales ou européennes pour fonder leurs décisions. Ainsi, comme déjà évoqué, la première chambre civile juge, au visa de l'article 9 du code civil, que la seule constatation de l'atteinte au respect de la vie privée et à l'image d'une personne ouvre droit à réparation²⁷ ; de la même manière, se fondant sur les principes de dignité de la personne humaine et de respect de l'intégrité du corps humain découlant des articles 16 et 16-3 du code civil, elle décide que *« le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque [inhérent à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention] se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation »*²⁸. La troisième chambre civile, quant à elle, juge, sur le fondement de l'article 545 du code civil, qu'« *indépendamment de préjudices particuliers dont il appartient aux demandeurs de justifier, la seule constatation d'une voie de fait ouvre droit à réparation* »²⁹. Enfin, et sans prétendre à l'exhaustivité, la chambre commerciale juge, au visa de l'article 1382 devenu 1240 du code civil, qu'un préjudice, fût-il seulement moral, s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale ou de parasitisme³⁰. Dans un arrêt publié au Rapport annuel, elle est venue préciser que *« Cette jurisprudence, qui énonce une présomption de préjudice, sans pour autant dispenser le demandeur de démontrer l'étendue de celui-ci, répond à la nécessité de*

²⁶ Dans son article précité, M. le professeur Joseph Morin souligne ainsi que : « *Ce critère exclut paradoxalement du régime de sanction automatique des atteintes particulièrement graves aux droits des salariés, au seul motif qu'elles ne font pas l'objet d'une protection spécifique en droit européen. Sont ainsi potentiellement privées de sanction civile effective des violations caractérisées de la dignité au travail, des atteintes aux libertés fondamentales dans l'entreprise, ou encore certaines formes de discriminations non expressément visées par des dispositions européennes jugées d'effet direct. Cette situation apparaît d'autant plus problématique que ces droits, parfois de valeur constitutionnelle, se trouvent paradoxalement moins bien protégés que des obligations purement techniques d'origine européenne* ».

²⁷ 1^{re} Civ., 5 novembre 1996, pourvoi n° 94-14.798, Bull. 1996, I, n° 378 ; 1^{re} Civ., 12 décembre 2000, pourvoi n° 98-17.521, Bull. 2000, I, n° 321.

²⁸ 1^{re} Civ., 23 janvier 2014, pourvoi n° 12-22.123, Bull. 2014, I, n° 13.

²⁹ 3^e Civ., 9 septembre 2009, pourvoi n° 08-11.154, Bull. 2009, III, n° 185. Elle juge également, sur le fondement de l'article 1240 du code civil, que *« la seule constatation d'une reprise illicite d'un logement ouvre droit à réparation »* (3^e Civ., 6 juillet 2017, pourvoi n° 16-15.752, Bull. 2017, III, n° 85).

³⁰ Com., 16 février 2022, pourvoi n° 20-19.256. La même solution s'applique en cas de participation fautive à la violation d'une clause de non-concurrence (Com., 22 mars 2023, pourvoi n° 21-24.974).

permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer »³¹.

Ces différentes décisions, à première vue sans rapport entre elles, obéissent en réalité à une même logique qui fait reposer la reconnaissance d'un « préjudice nécessaire » sur la réunion de deux critères :

- d'une part, l'importance pour le corps social de la règle qui a été méconnue et, symétriquement, l'importance de l'intérêt lésé, qui est souvent un droit fondamental (droit à la vie privée, droit de propriété...) mais qui ne doit pas l'être nécessairement ;
- d'autre part, la difficulté voire l'impossibilité pour la victime de rapporter la preuve du préjudice subi, qui s'analyse généralement en un préjudice moral distinct des préjudices matériels par ailleurs subis.

Si certains auteurs y voient le signe d'une montée en puissance de la fonction de peine privée de la responsabilité civile, il faut à mon sens plutôt considérer qu'en instituant une présomption irréfragable de l'existence du préjudice, cette jurisprudence permet d'assurer tout à la fois l'effectivité de la règle de droit et celle du principe de réparation intégrale. Au demeurant, la fonction de réparation de la responsabilité civile, qui est première, s'est toujours doublée d'une fonction de dissuasion des comportements illicites.

5. En l'espèce, M. [K] [G], licencié pour inaptitude le 16 juin 2020 après l'expiration de la période de protection attachée à son mandat de délégué du personnel, a saisi la juridiction prud'homale en nullité de son licenciement et paiement de diverses sommes, invoquant des faits de harcèlement moral et l'existence d'une discrimination syndicale.

Après avoir relevé que, dans sa décision de refus d'autorisation de licenciement du 12 novembre 2019, l'inspecteur du travail avait constaté « *l'existence d'un lien entre le harcèlement dont le salarié se dit victime et son inaptitude avec dispense de reclassement* » (arrêt attaqué, p.7), l'arrêt attaqué a, par des dispositions non critiquées, prononcé la nullité du licenciement et condamné l'employeur au paiement de certaines sommes à titre de dommages-intérêts pour licenciement nul, à titre d'indemnité compensatrice de préavis et au titre des congés payés afférents. La cour d'appel a ensuite retenu que « *la discrimination alléguée est caractérisée* », compte tenu du lien entre le licenciement et le mandat du salarié relevé par l'inspecteur du travail dans sa décision. Elle a cependant rejeté la demande de dommages-intérêts formée à ce titre au motif qu'« *outre le fait que M. [G] n'apporte aucun élément permettant de justifier de la réalité d'un préjudice, la cour considère que la satisfaction de sa demande visant à ce qu'il soit jugé qu'il a été victime de discrimination suffit à réparer le préjudice allégué* » (arrêt attaqué, p.9).

Le pourvoi du salarié est dirigé exclusivement contre ce dernier chef de l'arrêt. Dans un moyen unique de cassation, tiré de la violation du sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et des articles L. 1132-1, L. 1132-4, L. 1134-5, L. 2141-5, alinéa 1^{er}, et L. 2141-8 du code du travail, il soutient que « *le seul constat de l'existence d'une discrimination syndicale ouvre droit à la réparation du préjudice, fût-il simplement moral, subi par le salarié* ». Comme le relève Mme la conseillère rapporteure, il invite ainsi la chambre sociale à reconnaître l'existence d'un « préjudice nécessaire » en matière de discrimination syndicale.

³¹ Com., 12 février 2020, pourvoi n° 17-31.614, publié.

5.1. Si la chambre sociale décidait de faire application de la nouvelle grille de lecture proposée ci-dessus, cette reconnaissance ne ferait, me semble-t-il, pas de doute.

Rappelons tout d'abord que, selon une jurisprudence bien établie, « *les obligations résultant des articles L. 1132-1 et L. 1152-1 du code du travail [relatifs, respectivement, aux discriminations et au harcèlement moral] sont distinctes en sorte que la méconnaissance de chacune d'elles, lorsqu'elle entraîne des préjudices différents, ouvre droit à des réparations spécifiques* »³². Le second alinéa de l'article L. 2141-8 du code du travail prévoit en outre que toute mesure prise par l'employeur en méconnaissance de l'interdiction qui lui est faite de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions « *donne lieu à dommages et intérêts* ». M. [G] pouvait donc invoquer, en sus des préjudices résultant des faits de harcèlement moral dont il a été victime, un préjudice moral résultant de la discrimination syndicale subie.

Tout en retenant que la discrimination alléguée était caractérisée, la cour d'appel a rejeté la demande de dommages-intérêts à ce titre pour deux séries de motifs :

- D'abord, elle a jugé que le salarié ne rapportait pas la preuve « *de la réalité d'un préjudice* ». Toutefois, en pareille hypothèse et comme le soutient le moyen, il y a lieu à mon sens de considérer que le constat de l'existence d'une discrimination syndicale ouvre, à lui seul, droit à réparation.

Les deux critères précédemment évoqués paraissent en effet remplis.

D'une part, la règle méconnue en l'espèce, qui est édictée par le premier alinéa de l'article L. 2141-5 du code du travail et interdit à l'employeur toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale, se rattache à l'exercice du droit syndical. Elle est d'ordre public³³ et met en oeuvre les principes constitutionnels de liberté syndicale et de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail. Elle doit donc être regardée comme revêtant une importance particulière pour l'ensemble de la collectivité des travailleurs et, partant, pour l'ensemble du corps social.

D'autre part, la preuve du préjudice moral résultant des actes de discrimination dont il a été victime peut s'avérer particulièrement difficile pour le salarié, en particulier lorsque, comme en l'espèce, ils s'imbriquent avec des actes de harcèlement moral.

Dès lors, la cour d'appel ne pouvait, sans méconnaître les articles L. 2141-5 et L. 2141-8 du code du travail, rejeter la demande de dommages-intérêts formée par le salarié au motif que celui-ci « *n'apport[ait] aucun élément permettant de justifier la réalité d'un préjudice* », un tel préjudice s'inférant nécessairement de la discrimination syndicale dont elle avait constaté l'existence.

- Certes, les juges d'appel ont en outre estimé « *que la satisfaction de sa demande visant à ce qu'il soit jugé qu'il a été victime de discrimination suffit à réparer le préjudice*

³² Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-23.521, Bull. 2015, V, n° 32.

³³ Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2141-8 du code du travail, « *Les dispositions des articles L. 2141-5 à L. 2141-7 sont d'ordre public* ».

allégué ». De tels motifs ne sauraient cependant suffire à justifier la décision, dès lors que, même si les juges du fond apprécient souverainement les modalités de réparation du préjudice³⁴, il est de jurisprudence constante que « *le préjudice doit être réparé dans son intégralité et non pour le principe* »³⁵ et que cette réparation ne peut revêtir un caractère purement symbolique³⁶.

Le moyen me paraît donc fondé.

5.2. En revanche, si la chambre sociale décidait de s'en tenir aux critères qu'elle a dégagés depuis 2016 pour reconnaître un « préjudice nécessaire », une telle reconnaissance en matière de discrimination syndicale se heurte à l'absence de norme européenne ou internationale d'effet direct dont il résulterait une obligation de sanctionner.

Ainsi, en droit de l'Union, si plusieurs directives sont relatives à l'égalité de traitement entre les personnes, en particulier en matière d'emploi et de travail, et imposent aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour veiller à ce que le préjudice subi par une personne lésée soit réparé de manière effective, dissuasive et proportionnée³⁷, elles ont pour objet les discriminations fondées sur le sexe, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, sans qu'aucune d'entre elles ne comporte de prescription spécifiquement relative à la discrimination syndicale.

De la même manière, la convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail concernant la discrimination, ratifiée par la France le 28 mai 1981, ne vise expressément que les discriminations fondées « *sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale* » ayant « *pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession* ». Quant à la convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, les dispositions de son article 11, selon lesquelles « *Tout Membre de l'Organisation internationale du Travail pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à prendre toutes mesures nécessaires et appropriées en vue d'assurer aux travailleurs et aux employeurs le libre exercice du droit syndical* », ne sauraient être regardées comme conférant au salarié des droits subjectifs, clairs, précis et inconditionnels.

L'article 28 de la Charte sociale européenne prévoit en revanche qu'« *Afin d'assurer l'exercice effectif du droit des représentants des travailleurs de remplir leurs fonctions de représentants, les Parties s'engagent à assurer que dans l'entreprise ils bénéficient d'une protection effective contre les actes qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivés par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs dans l'entreprise* ». Mais la chambre sociale juge que les

³⁴ Soc., 21 juin 1995, pourvoi n° 93-41.784 ; Soc., 5 mars 2002, pourvoi n° 00-41.453, Bull. 2002, V, n° 84.

³⁵ 1^{re} Civ., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-26.766 ; 3^e Civ., 3 décembre 2015, pourvoi n° 13-22.503, Bull. 2015, III, n° 131 ;

³⁶ Soc., 18 novembre 2009, pourvoi n° 08-43.523, Bull. 2009, V, n° 260 ; Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-60.410.

³⁷ Voir, en particulier, l'article 17 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et l'article 18 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 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.

dispositions de ladite charte « *ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers* »³⁸.

Il paraît, dans ces conditions, difficile de considérer qu'une norme internationale ou européenne ferait peser sur le juge national l'obligation d'assurer une sanction effective de la discrimination syndicale et qu'il conviendrait, par suite, de recourir à la théorie du « préjudice nécessaire »³⁹. Au demeurant, saisie d'un moyen qui reprochait à une cour d'appel d'avoir rejeté une demande de dommages-intérêts pour discrimination liée à l'état de santé, à l'âge et à l'activité syndicale, au motif que le salarié ne justifiait pas du préjudice invoqué, et qui l'invitait à juger que la discrimination ouvrait « *automatiquement* » droit à réparation, la chambre sociale a cassé cet arrêt en se plaçant sur le terrain de l'existence de la discrimination, et non sur celui du préjudice⁴⁰.

Il s'ensuit, à mon sens, que le *ratio decidendi* sous-jacent à la jurisprudence de la chambre sociale en matière de « préjudice nécessaire » ne permet pas, en l'état, d'assurer pleinement l'effectivité de la règle prohibant la discrimination syndicale.

Au regard de l'ensemble de ce qui précède, je propose de fonder la reconnaissance d'un « préjudice nécessaire » sur les deux critères cumulatifs ci-dessus présentés et je suis donc d'avis de casser le chef de l'arrêt rejetant la demande de dommages-intérêts pour discrimination syndicale formée par le salarié.

³⁸ Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 21-15.247, publié ; Soc., 3 juillet 2024, pourvoi n° 23-13.941.

³⁹ Relevons toutefois que la Cour européenne des droits de l'homme a tiré de la combinaison des articles 11 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que « *les États sont tenus [...] de mettre en place un système judiciaire qui garantisse une protection réelle et effective contre la discrimination syndicale* » (CEDH, 10 décembre 2009, *Danilenkov et autres c. Russie*, req. n° 67336/01, § 124).

⁴⁰ Soc., 6 juillet 2022, pourvoi n° 21-12.073 : « *Pour débouter le salarié de sa demande de dommages-intérêts pour discrimination liée à l'état de santé, l'âge et l'activité syndicale, l'arrêt retient que celui-ci n'apporte aucun élément pour justifier le préjudice moral et salarial invoqué. / En statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait préalablement de rechercher si les faits présentés par le salarié ne laissaient pas supposer l'existence d'une discrimination et si, dans l'affirmative, l'employeur prouvait que ses décisions étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».