



AVIS COMPLÉMENTAIRE 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 rapport complémentaire mis en ligne le 13 mai 2025 me conduit à compléter par deux observations l'avis que j'ai déposé le 31 mars 2025, auquel il est pour le surplus renvoyé.

Première observation : La reconnaissance d'un préjudice nécessaire résulte soit de la loi, et elle s'impose alors au juge, soit de la jurisprudence, et il appartient alors au juge de définir des critères permettant de justifier cette reconnaissance.

S'attachant à identifier les critères de reconnaissance d'un préjudice nécessaire, Mme la conseillère rapporteure expose que l'analyse des décisions les plus récentes de la chambre sociale de la Cour de cassation permet de distinguer deux séries d'exceptions au droit commun, selon lequel le salarié doit rapporter la preuve du préjudice qu'il allègue.

• Une première série d'exceptions concernerait la violation de règles relevant exclusivement du droit interne et se scinderait elle-même en deux sous-catégories : d'une part, les cas dans lesquels le législateur a expressément prévu de sanctionner automatiquement la violation d'une telle règle par l'allocation d'une indemnité ; d'autre

part, les cas dans lesquels la reconnaissance d'un préjudice nécessaire n'est pas explicitement prévue par le texte de droit interne, mais en résulte.

Ces deux sous-catégories se distinguent cependant nettement l'une de l'autre :

- La première est constituée par **les exceptions légales** à la règle de droit commun selon laquelle le préjudice invoqué doit être prouvé.

Il en va ainsi de l'article L. 1235-3 du code du travail qui dispose qu'en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, si l'une ou l'autre des parties refuse la réintégration, « *le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux* » fixés en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et allant d'un mois à vingt mois de salaire brut. Ces dispositions imposent donc au juge d'octroyer une indemnité de licenciement qui ne peut être inférieure aux barèmes institués par la loi², même si le salarié ne subit aucun préjudice économique.

Le rapport complémentaire cite également, parmi ces exceptions légales, l'article L. 1235-5 du code du travail, qui, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, disposait, en son cinquième alinéa, que « *Le salarié **peut prétendre**, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi* ». Dans un arrêt du 13 septembre 2017, la chambre sociale a en effet jugé « *qu'il résulte de ce texte que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue* »³. Toutefois, il me semble que, ce faisant, elle s'est livrée à une interprétation de l'article L. 1235-5, les termes « *peut prétendre* » étant susceptibles d'être lus comme exigeant au contraire un préjudice prouvé⁴. Dans un article déjà cité⁵, M. le Doyen Huglo estimait d'ailleurs que l'arrêt du 13 septembre 2017, « *sans l'énoncer toutefois explicitement, trouve sa justification dans l'obligation instituée par l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT* »⁶. Ce texte, qui n'est plus en vigueur, ne peut donc à mon sens être rangé dans la catégorie des exceptions légales.

- La seconde sous-catégorie regroupe les hypothèses dans lesquelles la reconnaissance d'un préjudice nécessaire résulte de **l'interprétation jurisprudentielle d'un texte relevant exclusivement du droit interne**. C'est ainsi que la chambre sociale décide, sur le fondement de l'article 9 du code civil, que la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ou au droit à l'image du salarié ouvre droit à réparation⁷. Cette

² Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 21-14.490, publié.

³ Soc., 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.578, Bull. 2017, V, n° 136.

⁴ Voir, en ce sens, Jean Mouly, « L'abandon de la théorie du dommage nécessaire : l' "exception" du licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Droit social* 2017, p. 1074.

⁵ Jean-Guy Huglo, « La Cour de cassation et la réparation en droit du travail », *Droit social* 2023, p. 286

⁶ Selon ce texte, « *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* ».

⁷ Soc., 12 novembre 2020, pourvoi n° 19-20.583 ; Soc., 19 janvier 2022, pourvoi n° 20-12.420, 20-12.421.

interprétation est généralement justifiée par le fait qu'elle est conforme à la jurisprudence de la première chambre civile en matière d'atteinte à la vie privée, sans qu'en soient autrement explicitées les raisons.

• **Une seconde série d'exceptions concernerait la violation de règles de droit interne trouvant leur origine dans les engagements européens et internationaux** de la France et impliquant l'obligation pour le juge d'en assurer l'effectivité. Je renvoie sur ce point, pour l'essentiel, à mon avis initialement déposé. Il me semble néanmoins important d'observer que, dans cette seconde série d'hypothèses, la chambre sociale se livre là encore à l'**interprétation de textes de droit interne**, ce qui l'a conduite à dégager des critères organiques et matériels permettant de justifier la reconnaissance d'un préjudice nécessaire, ou au contraire de l'exclure⁸.

En définitive, il résulte de tout ce qui précède qu'il convient en réalité de distinguer entre :

- d'une part, les hypothèses, peu nombreuses, dans lesquelles le législateur national a expressément prévu qu'un préjudice découlait nécessairement du manquement constaté, sans qu'il soit alors besoin de recourir à la théorie jurisprudentielle du préjudice nécessaire ;

- d'autre part, les hypothèses dans lesquelles, dans le silence des textes de droit interne, quelle que soit leur origine, la reconnaissance d'un préjudice nécessaire résulte de l'interprétation de ces textes par le juge au regard de critères que, sauf à méconnaître l'exigence de prévisibilité du droit, il lui appartient de déterminer – critères que je propose, conformément aux termes de mon avis initial, de redéfinir en s'attachant non plus à l'origine de la règle en cause, mais à son importance pour le corps social et à l'impossibilité dans laquelle se trouve la victime de rapporter la preuve du préjudice résultant de sa méconnaissance.

Seconde observation : Aucun texte de droit interne ne prévoit expressément que le constat de l'existence d'une discrimination syndicale ouvre, à lui seul, droit à réparation.

Il existe, en matière de discrimination syndicale, des textes généraux et des textes spéciaux : l'article L. 1132-1 du code du travail prohibe toute mesure de discrimination directe ou indirecte, notamment en raison de l'activité syndicale, et le dernier alinéa de l'article L. 1134-5 prévoit qu'en cas d'exercice d'une action en justice, « *les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* » ; l'article L. 2141-5 du même code interdit plus spécifiquement à l'employeur « *de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail* », et le deuxième alinéa de l'article L. 2141-8 dispose que « *Toute mesure prise par l'employeur contrairement à ces dispositions est considérée comme abusive et donne lieu à dommages et intérêts* ».

⁸ Pour l'exposé de ces critères, il est notamment renvoyé aux points 1 et 2 de l'avis initial et au point 2.1.2. du rapport complémentaire.

Peut-on considérer que, par ce dernier texte, rédigé à l'indicatif, le législateur a expressément prévu que la discrimination syndicale ouvrait automatiquement droit à réparation, sans que le salarié concerné n'ait à rapporter la preuve d'un préjudice ?

Ces dispositions étaient auparavant énoncées, dans les mêmes termes, par le quatrième alinéa de l'article L. 412-2 du code du travail, abrogé par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail, qui lui-même ne faisait que reprendre les dispositions de l'article 1^{er} de la loi n° 56-416 du 27 avril 1956 tendant à assurer la liberté syndicale et la protection du droit syndical⁹.

Il ressort des travaux préparatoires que le législateur avait alors entendu assurer la protection de la liberté syndicale, affirmée par le Préambule de la Constitution de 1946, et, plus particulièrement, offrir « *aux salariés [une] protection certaine contre le préjudice que pourrait leur causer leur activité syndicale* »¹⁰. Cette protection était en effet jusqu'alors assurée uniquement par la jurisprudence, la Cour de cassation ayant recours à la théorie de l'abus de droit pour sanctionner la perte d'un emploi par un salarié en raison de son appartenance syndicale.

Au cours de la discussion du texte à l'Assemblée nationale, un amendement n° 1 avait été déposé par le député Pierre Besset afin notamment de prévoir que toute mesure prise par l'employeur en méconnaissance de la liberté syndicale « *donne lieu [...] à des dommages-intérêts calculés de façon à réparer intégralement le préjudice subi et sans pouvoir être inférieur à trois mois de salaires* ». En séance publique, l'auteur de cet amendement exposait que « *si, après vérification, l'infraction aux dispositions de la loi est constatée, ce patron doit être mis dans l'obligation d'embaucher ou de réintégrer la victime de la décision. Il doit réparer intégralement le préjudice causé* »¹¹. Mais cet amendement n'a pas été adopté.

Lors des discussions devant le Conseil de la République, le sénateur Abel Durand, rapporteur du texte pour la commission du travail et de la sécurité sociale, indiquait quant à lui que « *la jurisprudence étant basée sur la théorie de l'abus de droit exige, pour son application, une appréciation des circonstances de fait en vue d'y reconnaître l'existence d'une faute quasi délictuelle. [...] La formule employée : "Il est interdit de..." ferme la porte à toute discussion sur le caractère abusif ou non de la décision patronale. [...] Le 4e alinéa constate le principe des dommages-intérêts au profit de*

⁹ L'article 1^{er} de la loi du 27 avril 1956 disposait ainsi que :

« *Il est interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement.*

Il est interdit à tout employeur de prélever les cotisations syndicales sur les salaires de son personnel et de les payer au lieu et place de celui-ci.

Le chef d'entreprise ou ses représentants ne devront employer aucun moyen de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale quelconque.

Toute mesure prise par l'employeur contrairement aux dispositions des alinéas précédents sera considérée comme abusive et donnera lieu à dommages-intérêts.

Ces dispositions sont d'ordre public ».

¹⁰ Exposé des motifs de la proposition de loi tendant à protéger la liberté syndicale et à en garantir le libre exercice à tous les travailleurs, déposée à l'Assemblée nationale le 11 février 1956.

¹¹ Assemblée nationale, séance publique du 26 mai 1955.

l'individu ou des organisations syndicales qui auraient été atteints par les mesures prises en violation des trois premiers alinéas : ce n'est que le rappel de principes généraux du droit ».

Enfin, il peut être relevé que, dans la circulaire du 5 décembre 1956 prise pour l'application de cette loi¹², le secrétaire d'État au travail et à la sécurité sociale indiquait notamment aux inspecteurs du travail : « *Dans les cas où cette enquête révélerait que les mesures prises à l'encontre du salarié constituent en fait une atteinte portée au libre exercice [...] du droit syndical, il vous incombera d'avertir leur auteur que de telles pratiques sont, dès maintenant, considérées par la loi comme abusives et peuvent donner lieu à des dommages-intérêts* ».

Il résulte de ce qui précède qu'en énonçant que « *Toute mesure prise par l'employeur contrairement aux dispositions des alinéas précédents sera considérée comme abusive et donne lieu à dommages et intérêts* », le législateur de 1956 a entendu affirmer que la discrimination syndicale était nécessairement constitutive d'un manquement. Mais il semble en revanche difficile de considérer que l'article L. 2141-8 du code du travail, qui ne fait que reprendre les dispositions issues de cette loi, dérogerait expressément aux règles de droit commun de la responsabilité civile en reconnaissant l'existence d'un préjudice nécessairement subi par le salarié.

Ce n'est dès lors qu'au terme d'une interprétation des articles L. 1132-1, L. 1134-5, L. 2141-5 et L. 2141-8 du code du travail que la chambre sociale pourrait juger que le seul constat de la discrimination syndicale ouvre droit à réparation.

Or, ainsi qu'il a été exposé dans l'avis initial, une telle interprétation ne peut pas, à mon sens, être fondée sur les critères désormais retenus par la chambre sociale pour consacrer un préjudice nécessairement subi par le salarié, en l'absence de norme européenne ou internationale d'effet direct imposant de sanctionner de manière effective la discrimination syndicale. C'est pourquoi il est proposé de leur substituer les critères cumulatifs déjà évoqués – importance de la règle de droit du travail en cause et impossibilité pour la victime de rapporter la preuve du préjudice subi –, lesquels sont susceptibles de s'appliquer quelle que soit l'origine du texte de droit interne méconnu, ce qui permettrait, en l'espèce, d'assurer la protection effective du salarié victime d'une discrimination syndicale.

Pour l'ensemble de ces raisons, et celles précédemment exposées, je maintiens mon avis de cassation partielle.

¹² Circulaire du 5 décembre 1956 relative à la liberté syndicale, *Journal officiel* du 19 décembre 1956, p. 12270.