

PRÉJUDICES ET INDEMNISATION EN DROIT SOCIAL

Avant-propos

par Alexandre CHARBONNEAU, Maître de conférences
à l'Université de Bordeaux*,
et Jérôme PORTA, Professeur à l'Université de Bordeaux*

PLAN

I. Un parti pris

II. Des intuitions

Comment s'opère le passage des maux des travailleurs à leur réparation par juge ? La question n'est pas, n'est plus, le territoire réservé d'une sociologie avertie. Elle est en passe de devenir, pour tout observateur du droit du social, l'une des enquêtes nécessaires, un lieu de vigilance et de critique. Pour quelle raison ? L'urgence de cette interrogation, en définitive assez classique, s'explique par la nature très particulière des réformes dont le droit du travail est aujourd'hui l'objet. Elles ne modifient plus forcément le fond des règles protectrices, mais leurs conditions d'exercice, leurs régimes d'exécution. Il suffit d'évoquer quelques changements du droit du travail, dont les conséquences pour la mise en œuvre de ses protections sont parfois difficilement mesurables. Ces modifications se sont succédées : délais de prescription (1), transfert de compétence du juge judiciaire vers le juge administratif (2), obligation de motivation du montant des indemnités prononcées par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (3), barème d'indemnisation forfaitaire devant le bureau de conciliation (4) et, suite à la loi *Macron*, barème obligatoire des indemnités pour les licenciements sans cause réelle et sérieuse en fonction de la taille de l'entreprise et de l'ancienneté du salarié. Ces réformes concourent, par touches successives, à rendre le recours au juge plus difficile ou moins avantageux pour le salarié (5).

À s'en tenir donc à la description du contenu des règles, l'observateur du droit du travail risque alors de n'avoir qu'une vision tronquée des transformations en cours. À dessin constant, les protections des salariés ont radicalement changé non pas de teneur, mais de niveau, quand elles ne risquent pas d'être, en pratique, purement désactivées.

Face à ces évolutions législatives, et à ce qui s'apparente à une entreprise de déconnexion judiciaire du droit du travail, le besoin d'un renouvellement des outils de la critique se fait sentir. Telle a été la trame de fond de ce colloque organisé par l'Institut du travail le 13 mars 2015, réunissant universitaires, militants syndicaux et praticiens du droit sur le thème des préjudices et de l'indemnisation en droit social (6). Il semblait opportun d'ouvrir la voie à une relecture « par le bas » du droit du travail, non en partant des droits et garanties reconnus aux salariés, mais des conditions de leur mise en œuvre. Dès lors, la question de la réparation, et en particulier la notion de préjudice, s'est imposée comme une clé de compréhension déterminante. C'est ce parti pris que nous voudrions exposer avant d'évoquer quelques intuitions pour s'orienter dans la fabrique des préjudices qu'entendent dévoiler, dans une perspective juridique, les contributions au cœur de ce numéro de *Droit Ouvrier*.

*COMPTRASEC UMR CNRS 5114

(1) L. 1235-7 et L. 3245-1 du code du travail.

(2) L. 1235-7-1 du code du travail.

(3) L. 1235-1, al. 4 du Code du travail.

(4) L. 1235-1, al. 1 du Code du travail.

(5) M. Grévy et P. Henriot, *Le juge, ce gêneur...*, RDT 2013, p.173. Cette préoccupation législative paraît pour le moins fondée sur

une vision biaisée de l'état du contentieux, voy. E. SERVERIN, e.a., «Évaluer le droit du travail à la lumière de son contentieux : comparaison des droits et des procédures, mesure des actions», in A. Lyon-Caen (dir.), *L'évaluation du droit du travail, problèmes et méthodes*, Rapport à la DARES, février 2008, spéc. p.57 et ss.

(6) Nous exprimons nos remerciements à l'équipe de l'Institut du travail de Bordeaux pour nous avoir permis d'organiser ce colloque et nous avoir apporté toute l'aide nécessaire. Nos remerciements vont également aux contributeurs.

I. Un parti pris

Pour pleinement saisir les évolutions des régimes d'exécution du droit du travail, il faut tenter de poser, à nouveaux frais, la manière dont peuvent être conçus les rapports entre droit du travail et relations de travail. Souvent, ces rapports sont abordés de manière statique au travers du programme juridico-sociologique de l'effectivité du droit du travail. Pensé sous cet angle, le rapport entre les règles de droit du travail et les relations de travail n'est abordé qu'en termes d'écart, de distance à la norme (7). La règle est dite effective lorsque les relations de travail sont conformes à ses prescriptions. C'est alors, surtout, l'ineffectivité qui est considérée comme révélatrice et la capacité du système juridique à sanctionner ces écarts qui est mise en lumière. Aussi, le programme de l'effectivité se ramène à un jeu de questionnements (Les pratiques sociales sont-elles conformes à la norme ? L'écart est-il sanctionné ?) qui n'aborde le rapport du droit du travail aux relations de travail qu'en termes d'extériorité, l'ordre de la normativité juridique et celui de la factualité étant, en quelque sorte, considérés comme parallèles, les prescriptions juridiques se limitant à commander ou à échouer dans leurs commandes.

La force de ce partage entre normativité et factualité s'explique par ses fondements, par une certaine idée du droit conçu à partir d'une opposition entre être et devoir être. Elle trouve sa traduction la plus flagrante dans le partage des rôles entre juriste et sociologue que dessine Max Weber : « *Quand on parle de «droit» et d'«ordre juridique», de «règle de droit», on doit être particulièrement attentif à distinguer les points de vue juridique et sociologique. Le juriste se demande ce qui a valeur de droit du point de vue des idées, c'est-à-dire qu'il s'agit, pour lui, de savoir quelle est la signification, autrement dit le sens normatif, qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit. Le sociologue se demande ce qu'il advient, en fait, dans la communauté : en effet, la chance existe que les hommes qui participent à l'activité communautaire, et parmi eux, surtout, ceux qui détiennent une dose socialement importante d'influence sur cette activité communautaire, considèrent subjectivement que certaines prescriptions doivent être observées et se comportent en conséquence, c'est-à-dire qu'ils orientent leur activité conformément à ces prescriptions* » (8). Ce partage place

inexorablement la mise en œuvre du droit du travail hors du champ de l'analyse juridique. Les études sur l'effectivité ou l'ineffectivité du droit du travail, qui tentent de vérifier la conformation des pratiques sociales aux prescriptions juridiques, laissent alors peu de place pour une compréhension dynamique des régimes d'exécution du droit du travail et de leurs transformations contemporaines.

Comment dépasser cette représentation statique des rapports entre droit et société, conçus comme deux phénomènes extérieurs l'un à l'autre ? Une manière, sinon de s'en libérer, du moins de rejouer cette frontière, peut être de penser le droit en action (9). C'est là, par exemple, une des vertus des travaux sur la mobilisation du droit qui étudient la place qu'occupe le recours au droit et au juge dans les stratégies mises en œuvre par les individus (ou plus généralement par des collectifs) pour obtenir la satisfaction de leurs revendications (10). À ces travaux répondent, dans le champ du droit, les analyses sur les conditions d'accès au juge et la recevabilité de l'action en justice, par exemple pour la défense d'intérêts collectifs (11). La notion d'intérêt est alors un des points de passage essentiels pour comprendre comment une réclamation peut accéder à l'arène judiciaire.

Mais ce dessin de la mobilisation du droit peut effacer une partie du cheminement vers le droit. En concevant le droit comme l'instrument d'une stratégie, le risque est de considérer les revendications, ainsi que les collectifs qui les portent, comme préexistants. Si cette représentation instrumentale du droit correspond probablement à nombre de situations, elle peut manquer, en amont de la constitution du collectif et de la formulation des revendications, la mise en forme des maux des travailleurs pour l'action en justice. Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer le long cheminement emprunté par les victimes de l'amiante vers le droit. La constitution des acteurs, et, en particulier, des associations et de leurs relations aux avocats, tout comme la reconnaissance même des maux de l'amiante et de l'identification des travailleurs en tant que victimes, semblent résulter, pour partie, de phénomènes de co-construction issus de la mobilisation du droit et de ses exigences (12). Comment, ici, saisir par le droit une part de ces phénomènes de co-construction ? (13) Il faut tenter de mieux décrire les

(7) Pour une analyse de ce programme, v. A. Jeammaud et E. Serverin, *Évaluer le droit*, D. 1992, Chr., pp. 263-268. Également, Y. Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, LGDJ, 2011.

(8) M. Weber, *Économie et société*, Paris, Plon, 1971, p. 11.

(9) A. Jeammaud, *Les règles juridiques et l'action*, D. 1993, Chr. pp. 207-212.

(10) V. « Mobilisation », André-Jean Arnaud et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, et E. Story-Scientia, Bruxelles, 1988.

(11) Cf. par exemple, I. Omarjee et L. Sinopoli (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Paris, Dalloz, 2014.

(12) Cf. S. Foulon et F. Champeaux, *Derniers recours. Le monde du travail devant les tribunaux*, Seuil, 2012.

(13) Sur cette notion, S. Jasanoff, *Le droit et la science en action*, traduit et présenté par O. Leclerc, Dalloz - Rivages Du Droit, 2013 ; dans une démarche similaire, voy. également C. Wolmark, *L'émergence de la subordination*, SSL suppl. 18 mars 2013, n° 1576, p. 7.

mécanismes juridiques qui ordonnent le passage des maux des travailleurs à leur reconnaissance par le juge en tant que droit à la réparation. Le préjudice est alors une des clés de ce passage des maux au dommage et à sa réparation. La catégorisation du dommage en préjudices permet son évaluation pour la réparation (14). Comprendre cette catégorisation offre un regard tout à la fois sur la mise en forme des maux qu'exige de la victime le recours au droit et sur leur valorisation juridique en tant que préjudices.

Autrement dit, prendre le préjudice pour focale d'une relecture du droit du travail permet de mieux comprendre – du point de vue juridique – le passage de la pratique au droit, du fait à la règle, des maux à leur réparation par le juge. Appréhendé dans cette perspective, le préjudice est tout à la fois le filtre et le moule pour l'invocation des règles en vue d'obtenir réparation. Un exemple permet ici de mieux rendre sensible la portée de cette traduction des maux en préjudices. Le salarié victime d'un harcèlement subit un dommage du fait du harcèlement. Mais son droit à réparation dépend des préjudices qu'il identifie et qu'il invoque. Il lui faut inscrire sa souffrance sous les formes du droit, c'est-à-dire non seulement d'un dommage réparable, mais de préjudices à évaluer. Sans entrer dans une typologie complexe, il pourra, en effet, pour ce dommage subi, revendiquer divers préjudices : un préjudice consécutif à la perte de l'emploi et des revenus y afférents, un préjudice lié aux atteintes à sa santé, voire à sa dignité ou encore le préjudice, spécialement identifié par la Chambre sociale, consécutif au non-respect par l'employeur de son obligation

de prévention, distincte de l'obligation de sécurité de résultat (15).

Pour mener à bien une telle entreprise, un double parti pris s'impose alors.

D'une part, une distinction est, on l'aura compris, nécessaire. En effet, sans prétendre dans ces pages contribuer au débat sur la distinction entre dommage et préjudice (16), et au-delà des raisons historico-étymologiques (17) et rationnelles (18) qui ont été avancées pour justifier de cette distinction, celle-ci a des vertus pédagogiques (19) et surtout heuristiques. Elle permet d'analyser la démarche à accomplir par le justiciable et celui qui l'assiste ou le représente, traduisant les dommages supportés en chefs de préjudice indemnifiables. Le dommage est alors l'atteinte subie dans les faits, et le préjudice sa conséquence sur le plan juridique. Ainsi considéré, le préjudice peut être défini comme l'atteinte ou la lésion d'un intérêt juridiquement protégé (20). Ce qui signifie que le droit opère une sélection ou plus exactement une transformation des dommages qui donneront lieu à indemnisation.

D'autre part, aux prérogatives reconnues par le droit ne correspond pas un ensemble fini et prédéfini de préjudices. Contrairement à ce que pourrait laisser croire l'existence de typologies des préjudices, comme la nomenclature *Dintilhac*, il n'y a pas d'ordonnement arrêté. Aussi est-ce dans la mobilisation du droit que se fabriquent réflexivement les préjudices qui détermineront l'accès à la réparation. Comment offrir un éclairage juridique sur cette fabrication des préjudices ?

II. Des intuitions

Pour s'orienter dans cette fabrication, trois intuitions méthodologiques doivent être suivies.

En premier lieu, les préjudices sont façonnés à la connexion de plusieurs disciplines juridiques. Cette « interdisciplinarité » juridique se manifeste de deux manières différentes. Elle concerne d'une part la réception de notions du droit de la responsabilité civile

dans le contexte du droit social. La mise en œuvre du principe civiliste de la réparation intégrale est ici la clé de voûte de cette rencontre du droit civil et du droit social (21). D'autre part, l'identification, par le juge, des chefs de préjudice ne peut être pensée qu'en tant que question de droit social au sens fort, c'est-à-dire en prenant en compte les interactions, souvent occultées,

(14) P.-A. Adele, *Le droit du dispositif médical. Entre gouvernement du corps et normes de gouvernance*, Thèse, Université Paris Ouest Nanterre, 2013, spéc. § 468 et ss. et § 553 et ss.

(15) Cass. Soc. 6 juin 2012, n° 10-27.694.

(16) Présentant ce débat : G. Viney et P. Jourdain (avec la collaboration de S. Carval), *Les conditions de la responsabilité*, in J. Ghestin, *Traité de droit civil*, Paris, 2013, pp.3 et s., ainsi que St. Porchy-Simon, « Le dommage », in D. Alland et St. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp.412 et s. Parmi les partisans de cette distinction, v. l'ouvrage de Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz Action, 2012, pp.523 et s. Elle a, par ailleurs, été retenue dans le rapport Y. Lambert-Faivre, *L'indemnisation du dommage corporel*, Paris, La Documentation française, juin 2003, p.9.

(17) Celles-ci sont développées dans l'ouvrage de Ph. Le Tourneau, *op. cit.* V. les arguments opposés par M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, PUF, p.152.

(18) V. J.-S. Borghetti, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in *Liber amicorum. Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, pp.147 et s. ; exprimant une position « plus timorée » : F. Leduc, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? point de vue de privatiste », *Responsabilité civile et assurance*, mars 2010, dossier 3.

(19) Souignées par J.-S. Borghetti, *op. cit.*

(20) Il s'agit de la tentative de définition avancée par J.-S. Borghetti, *op. cit.*

(21) V. la contribution de Ch. Radé.

entre le droit du travail et les régimes de protection sociale (22). Les prestations versées par les assurances sociales ont une influence parfois décisive sur l'indemnisation et la définition des préjudices en droit du travail. Cela est vrai de la réparation des atteintes à la santé des travailleurs (23), comme de celles liées à la perte d'emploi, notamment lorsque le contentieux de la rupture du contrat de travail rencontre l'indemnisation du chômage (24). Cette dernière rencontre est rendue d'autant plus difficile qu'est incertaine la nature juridique des indemnités versées au salarié à raison de la rupture de son contrat (25).

En deuxième lieu, la fabrique des préjudices ne se dévoile que dans l'étude de contentieux. Elle reste insaisissable aux bâtisseurs de systèmes. En effet, le préjudice ne doit pas être considéré comme déterminé, *a priori*, en fonction des droits auxquels il serait porté atteinte. L'ordonnement des préjudices évolue au gré de la mobilisation des règles et peut même en être parfois l'enjeu. L'avocat le sait bien, c'est au moment de la mobilisation de la règle que se construisent la demande et donc le préjudice. Le préjudice est la condition de l'invocation du droit, mais aussi son produit (26). Se mêlent ici plusieurs fins, celle de l'indemnisation et de son évaluation, celle de la sanction de la violation des règles du droit du travail ou, plus fondamentalement, celle de la reconnaissance de la personne du salarié.

Par exemple, l'identification des préjudices est un moyen d'assurer l'efficacité de certaines règles que le juge entend défendre. C'est le cas concernant l'obligation d'adaptation des salariés au poste de travail et à l'évolution de l'emploi, dont la violation est sanctionnée par un préjudice distinct de celui de la rupture du contrat de travail (27). C'est le cas aussi de la remise tardive de l'attestation Pôle Emploi (28). Le juge utilise alors cette formule qui affirme l'existence d'un préjudice sans qu'il soit caractérisé : « *Qu'en statuant ainsi, alors que la remise tardive de ces documents au salarié entraîne nécessairement un préjudice qui doit être réparé par les juges du fond, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». La référence croissante aux préjudices dits « nécessairement causés » dans les arrêts de la Chambre sociale témoigne ainsi de la préoccupation de donner une sanction spécifique à certaines

règles (29). La complexité de ces arrangements explique que la fabrication des préjudices ne puisse être analysée qu'à partir de contentieux spécifiques. La recherche de la réparation adéquate de la violation des engagements de maintien de l'emploi l'illustre (30). Pour ces raisons, il nous a semblé essentiel d'étudier la réparation en droit social, non de manière générale, mais successivement à partir de deux terrains d'investigation, celui des atteintes à l'emploi d'une part et à la santé d'autre part.

En troisième lieu, l'étude du préjudice joue comme un révélateur de la construction des savoirs à l'œuvre dans la mobilisation du droit. Le procès appelle des savoirs particuliers, des expertises pour évaluer, mesurer et quantifier l'indemnisation due en fonction de différents chefs de préjudice. Les conditions de construction de ces savoirs contraignent ainsi considérablement le sort donné aux demandes d'indemnisation (31). Les moyens dont la justice dispose pour opérer pèsent sur l'accès à l'expertise (paiement tardif des prestations d'expertise, inégalité devant l'expertise). Par ailleurs, la réceptivité des juges à l'expertise pose aussi le problème du partage de la connaissance médicale ou scientifique, qui est au cœur du contentieux en matière de santé et de sécurité au travail.

Plus avant, la convocation des préjudices comme autant de modalités d'évaluation du dommage dessine une anthropologie des maux des travailleurs. À travers les atteintes au corps et à la santé surgit une connaissance contentieuse du corps et du travailleur souffrant. Quant aux préjudices permettant d'évaluer le dommage subi du fait de la rupture de la relation de travail, ils renseignent sur la variété de conceptions du travail qui se nouent dans la relation de travail (32). À chaque conception de cette relation font écho des préjudices spécifiques. L'on ne conçoit pas la réparation de la même manière selon qu'à travers la relation de travail, l'on vise un poste, un emploi et un statut, une employabilité à faire valoir sur un marché du travail ou encore la dignité attachée à la personne du salarié.

**Alexandre Charbonneau
et Jérôme Porta**

(22) y incluant l'assurance chômage évidemment.

(23) V. La contribution de M. Keim-Bagot.

(24) V. la contribution de L. Joly

(25) V. la contribution de C. Wolmark.

(26) V. l'entretien avec M. Fleury et les stratégies développées concernant la réparation des préjudices causés par l'exposition à l'amiante.

(27) Cass. Soc., 23 octobre 2007, n° 06-40.950, Dr. Ouv. 2008, p. 296 n. B. Lardy-Pélissier, Revue de droit du travail, 2008, p. 33 n. A. Fabre, : « *Mais attendu que la cour d'appel a constaté que les salariées, présentes dans l'entreprise depuis respectivement 24 et 12 ans, n'avaient bénéficié que d'un stage de formation continue de trois jours en 1999 ; qu'elle a pu en déduire qu'au regard de l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation des*

salariées à leur poste de travail et de veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi, ces constatations établissaient un manquement de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail entraînant un préjudice distinct de celui résultant de sa rupture ». Arrêt confirmé par Cass. Soc., 5 juin 2013, n° 11-21.255, Dr. Ouv. 2013, p. 715 n. S. Mess.

(28) V., pour un arrêt récent Cass. Soc., 1^{er} avril 2015, n° 14-12.246, à paraître au Dr. Ouv., obs J. Jardonnet ; également : Cass. Soc., 17 septembre 2014, n° 13-18.850.

(29) L. Gratton, Le dommage déduit de la faute, RTD civ, 2013, p. 275.

(30) V. la contribution de A. Fabre.

(31) V. l'entretien avec M. Fleury.

(32) V. la contribution de C. Wolmark