

CONTRAT DE TRAVAIL Manquement de l'employeur tenant à l'absence de visite médicale d'embauche – Préjudice causé au salarié – Existence et évaluation - Appréciation souveraine des juges du fond.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 27 juin 2018

M. Y. contre Association Sauvegarde 71 (p. n° 17-15.438)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Dijon, 16 février 2017), que M. Y. a été engagé selon divers contrats à durée déterminée, à temps partiel, en qualité de surveillant de nuit, par l'association sauvegarde 71 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale à l'effet d'obtenir la requalification des contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée et le versement de diverses sommes ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de requalification et de paiement de sommes indemnitaires, alors, selon le moyen, qu'en retenant, pour débouter le salarié de sa demande de requalification des contrats de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée que « figurait sur chacun des contrats de travail signé par le salarié l'indication selon laquelle il s'agissait ou de remplacer un surveillant de nuit ou de remplacer

un surveillant de nuit qualifié », quand le contrat de travail à durée déterminée du 13 mai 2014 ainsi que les contrats établis postérieurement à cette date ne mentionnaient pas la qualité de la personne remplacée, la cour d'appel en a dénaturé le contenu clair et précis, en violation de l'interdiction faite au juge de dénaturer les éléments de la cause, ensemble l'article 1103 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté que le salarié avait conclu vingt contrats de travail à durée déterminée en qualité de surveillant de nuit, c'est sans dénaturer des contrats de travail qui mentionnaient que le salarié remplacé était « titulaire du poste » que la cour d'appel a retenu que figurait sur chacun des contrats de travail signés l'indication selon laquelle il s'agissait ou de remplacer un surveillant de nuit ou de remplacer un surveillant de nuit qualifié, ce qui correspondait aux qualifications visées par la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées ou handicapées applicable au sein de l'établissement ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen, ci-après annexé :

Attendu que le premier moyen ayant fait l'objet d'un rejet, le moyen tiré d'une cassation par voie de conséquence est sans portée ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande indemnitaire au titre de l'absence de visite médicale d'embauche, alors, selon le moyen, qu'en déboutant le salarié de sa demande indemnitaire au titre de l'absence de visite médicale d'embauche, au motif qu'il ne justifiait pas du préjudice qui en serait résulté pour lui, sans s'expliquer, comme elle y était invitée, sur la qualité de travailleur de nuit du salarié, imposant une surveillance médicale renforcée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 3122-42 et R. 3122-18 et suivants du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige ;

Mais attendu que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; que la cour d'appel, ayant constaté que s'il n'était pas contesté par l'employeur que le salarié n'avait pas bénéficié d'une visite médicale d'embauche, ce dernier ne justifiait pas, toutefois, du préjudice qui en serait résulté pour lui ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

(Mme Goasguen, prés. - SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, av.)

Note.

Cet arrêt, rendu le 26 juin 2018 par la Chambre sociale de la Cour de cassation, confirme l'abandon, par cette chambre, de sa jurisprudence antérieure relative à la théorie du dommage nécessairement constitué. Selon cette théorie, la violation par l'employeur de certaines règles entraîne nécessairement, pour le salarié, un préjudice devant être réparé par le juge, sans que le salarié ait besoin de démontrer ce préjudice (1). La théorie du préjudice nécessaire, constituée à la fin du 20^{ème} siècle, trouvait à s'appliquer notamment en cas d'irrégularités dans l'application de la procédure disciplinaire ou de licenciement imposée par la loi, de non-délivrance de documents permettant la mise en œuvre de l'assurance-chômage ou encore de non-respect des textes assurant la protection de la santé et de la sécurité du salarié.

L'abandon de la théorie du préjudice nécessaire a été acté par une décision du 13 avril 2016 relative à la remise tardive d'un certificat de travail et de bulletins de paie (2). La justification du revirement donnée par la Cour était que la multiplication des cas de « sanction automatique », découlant de la théorie du dommage nécessaire, aboutissait à une véritable méconnaissance des règles de la responsabilité civile (3).

La nouvelle jurisprudence relative à la preuve du préjudice a été étendue ensuite à toute une série d'hypothèses par la Chambre sociale, y compris en matière de non-respect par l'employeur de ses obligations relatives à la surveillance individuelle de l'état de santé des salariés. Ainsi, un arrêt du 23 mai 2017 a jugé que l'employeur qui s'abstient de saisir le médecin du travail pour faire pratiquer le second des examens médicaux (exigé par le Code du travail à l'époque des faits), afin d'établir un avis d'inaptitude, commet une faute susceptible de causer au salarié un préjudice dont l'existence est souverainement appréciée par les juges du fond (4). Une autre décision, en date du 15 avril 2018, a rejeté le pourvoi intenté contre un arrêt d'appel après avoir relevé que la cour d'appel avait bien caractérisé, en l'espèce, l'existence du préjudice lié à l'absence de visite médicale d'embauche (5). La décision commentée du 26 juin 2018 est plus claire encore sur l'abandon de la théorie du préjudice nécessaire et, du coup, met bien en évidence les problèmes découlant de la nouvelle jurisprudence de la Chambre sociale.

(1) Par ex. Cass. Soc. 19 mai 1998, n°97-41.814, BC V, n°266.

(2) Cass. Soc. 13 avril 2016, n°14-28.293, BC V, n°72 ; D. 2016, 1588, chr. P. Florès, E. Wurtz, N. Sabotier, F. Ducloux et S. Mariette ; *ibid.* 2017, 840, obs P. Lokiec et J. Porta ; Dr. Soc. 2016,250, étude S. Tournaux ; Dr. Ouvr. 2016, p.580, n. J. Jardonnet ; Sem. Soc. Lamy 2016, n°1721, entretien avec P. Florès et obs. R. Saada ; JCP E 2016, 1659, comm. G. Duchange.

(3) Bulletin d'information de la Cour de cassation, n°849 du 15 octobre 2016, n°1220.

(4) Cass. Soc. 23 mai 2017, n°15-26.941, Publié, RJS 8-9/17, n°554.

(5) Cass. Soc. 5 avril 2018, n°16-16.573, RDT 2018. 385, obs. G. Pignarre.

Cette décision concerne un salarié engagé par une association, selon une succession de contrats à durée déterminée, à temps partiel, en qualité de surveillant de nuit. Ce salarié avait saisi la juridiction prud'homale à effet d'obtenir la requalification des contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée et le versement de diverses sommes, notamment une indemnité au titre de l'absence de visite médicale d'embauche.

La cour d'appel avait débouté le salarié de sa demande à ce titre au motif qu'il ne justifiait pas du préjudice qui serait résulté pour lui de l'absence de cette visite d'embauche. Le salarié avait intenté un pourvoi en cassation contre l'arrêt d'appel, en invoquant que sa qualité de travailleur de nuit imposait une surveillance médicale renforcée, ce qui suffisait à justifier de son préjudice.

Le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation sous l'argument que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

L'affaire paraît assez emblématique des difficultés soulevées par l'exigence d'une preuve de l'existence du préjudice, dont la démonstration est mise à la charge du salarié qui demande une indemnisation pour manquement de l'employeur à ses obligations légales. En effet, le non-respect par l'employeur de l'obligation d'organiser une visite médicale, dans les cas où elle demeure imposée par le Code du travail, est l'un des cas type où il est totalement impossible, la plupart du temps, en l'absence de circonstances particulières, d'apporter la preuve d'un préjudice, qui, pourtant, à l'évidence, existe.

L'examen médical d'embauche a pour objet de s'assurer de la compatibilité de l'état de santé du travailleur avec le poste auquel il est affecté, afin de prévenir tout risque grave d'atteinte à sa santé ou à sa sécurité ou à celle de ses collègues ou des tiers évoluant dans l'environnement immédiat de travail (6). La non-réalisation de cet examen caractérise donc nécessairement un dommage pour le salarié, puisqu'il sera, pour le moins, privé d'une chance que soient vérifiées la compatibilité de son état de santé avec le poste et l'absence de risque grave pour sa santé ou sa sécurité. On se trouve bien dans une hypothèse pratique où le seul défaut de réalisation de

l'obligation patronale entraîne automatiquement la réalisation d'un préjudice pour le bénéficiaire de cette obligation. Il est ici impossible de dissocier le fait fautif du préjudice, « *car la qualification du premier suppose la réalisation du second* » (7). Même si le préjudice est purement moral, il n'en doit pas moins donner lieu à indemnisation.

On se trouve, par ailleurs, dans une des hypothèses d'impossibilité pour le salarié de faire la démonstration de l'existence du préjudice, en tout cas au moment où l'examen médical aurait pu être réalisé, puisqu'il s'agit de la perte d'une chance. En effet, ce ne sera que bien plus tard que l'on pourra éventuellement constater l'existence et l'étendue du préjudice, si la santé du salarié se dégrade et s'il s'avère possible d'établir le lien avec le poste de travail sur lequel il a été affecté. La nouvelle position adoptée par la Chambre sociale, notamment dans la décision du 27 juin 2018, semble traduire une certaine indifférence aux difficultés concrètes que rencontre un salarié pour faire la démonstration du préjudice qu'il subit, dans un contexte de relations sociales qui ne lui est point favorable (8). Cette nouvelle position traduit, tout au moins, un raisonnement purement théorique, ne tenant aucun compte des réalités pratiques en matière de relations de travail.

En outre, il ne faut pas oublier que les indemnités allouées par le juge en cas de violation par l'employeur d'une prescription légale comportent une double nature, « *à la fois indemnisation du salarié victime et sanction de l'employeur coupable* » (9). Cette indemnité constitue « *non seulement un moyen de compenser une perte, mais aussi un instrument de mise en œuvre effective du droit par la stigmatisation de comportements fautifs, dans une logique de correction des conduites et de dissuasion...*, la prise en compte de l'exigence d'effectivité du droit, notamment en matière sociale, peut passer par la menace d'une condamnation indemnitaire » (10). L'abandon de la théorie du préjudice nécessaire conduit à écarter cette seconde fonction.

Or, cette fonction-là a été prise en considération par le législateur lui-même en matière de procédure de licenciement. Ainsi, notre Code du travail prévoit-il l'octroi automatique au salarié par le juge d'une indemnité en cas de licenciement injustifié (11), en

(6) Art. L. 4624-2 et R. 4624-22 du Code du travail.

(7) V. V. Bonnin, *Le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail*, RJS 8-9/17, p. 619.

(8) V. D. Boulmier, « Un revirement stratégique dans l'air du temps », *in* controverse : La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions en droit du travail ?, RDT 2017, 374.

(9) J. Mouly, « L'abandon de la théorie du dommage nécessaire, l'exception du licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Dr. Soc.* 2017, 1074 ; v. aussi L. Gratton, « Le préjudice déduit de la faute », *RTD Civ.* 2013, 275.

(10) P. Bailly, « Une disparition que l'on peut regretter », *in* controverse : La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions en droit du travail ?, RDT 2017, 374.

(11) Art. L. 1235-3 du Code du travail.

cas de non-respect de la priorité de réembauche en matière de licenciement économique (12) et en cas de procédure de licenciement économique effectué dans une entreprise n'ayant pas respecté l'obligation de mise en place de représentants du personnel (13).

De plus, la Chambre sociale semble même admettre, dans toutes les hypothèses de rupture sans cause réelle et sérieuse, une exception à sa nouvelle jurisprudence, puisque, dans un arrêt du 13 septembre 2017 (14), elle a décidé que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause nécessairement un préjudice. Cette solution s'appuie sur le visa de l'article L. 1235-5 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure aux ordonnances du 22 septembre 2017, qui prévoyait que le salarié non bénéficiaire de l'indemnité prévue par l'article L. 1235-3 pouvait prétendre à une indemnité de licenciement abusif correspondant au préjudice subi. Mais l'interprétation ainsi faite de cet article par la Haute Cour est audacieuse, car la formulation de l'article semble plutôt orienter vers la solution inverse (15). Par ailleurs, un autre arrêt récent de la Cour de cassation, en date du 17 octobre 2018 (16), a décidé que l'employeur qui met en œuvre une procédure de licenciement économique, alors qu'il n'a pas accompli les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, commet une faute qui cause nécessairement un préjudice aux salariés, privés d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts, et qui n'ont donc pas à démontrer la réalité de ce préjudice. Cette décision est fondée sur l'article L. 1235-15 (un des cas précités d'octroi automatique d'une indemnité), mais aussi sur l'article 8 du préambule de la Constitution, l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et sur l'article 8 de la directive européenne 2002/14 CE du 11 mars 2002, relatifs à l'information et à la consultation des travailleurs.

La Chambre sociale reconnaît donc finalement l'existence d'« *irréductibles préjudices nécessaires* », y compris hors de ceux qui pourraient résulter de textes légaux (17).

De fait, il nous paraît bel et bien y avoir des domaines du droit où la théorie du préjudice nécessaire s'avère indispensable, d'une part, pour assurer l'effectivité d'une obligation et, d'autre part, pour éviter une solution totalement inéquitable à l'égard

de l'auteur de l'action en justice. Il en est ainsi, notamment, lorsqu'un employeur manque à l'une de ses obligations à l'égard de ses salariés, en particulier dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail. Revenons au cas d'espèce en cause dans l'arrêt commenté : l'application de sa nouvelle jurisprudence par la Cour régulatrice aboutit à une solution des plus choquantes. En effet, le salarié se trouve dans l'impossibilité pratique de démontrer un préjudice précis, donc de faire valoir ce préjudice et est, en définitive, privé de la possibilité d'obtenir le respect d'une obligation imposée par la loi aux employeurs, dont la finalité est la protection de la santé et de la sécurité du salarié. Pourtant, cette finalité est fondamentale en matière de droit social, ce que la Cour de justice européenne, et même notre Cour de cassation, ont rappelé à de multiples reprises.

Le même raisonnement peut être appliqué dans tous les cas où l'employeur s'abstient de prendre les mesures qui s'imposent pour assurer la sécurité de ses salariés. Un arrêt de la Chambre sociale du 6 octobre 2010 peut servir d'exemple (18). Il s'agissait d'un employeur qui, après plusieurs réunions avec le CHSCT, n'avait pas pris de mesures suffisantes pour assurer la sécurité de ses salariés et avait laissé les locaux de travail dans un état d'hygiène non conforme à ce que les salariés peuvent normalement exiger. Dans cette affaire, Les Hauts magistrats avaient jugé, à juste titre, que cet employeur n'avait pas respecté ses obligations et devait être condamné à verser des dommages et intérêts au salarié invoquant ce non-respect, cela alors même que le salarié ne démontrait aucun préjudice précis, en dehors d'un sentiment d'insécurité.

Certes les principes généraux de la responsabilité civile impliquent qu'il ne saurait y avoir matière à réparation, même en présence d'une faute caractérisée, en l'absence de dommage certain, et non purement éventuel. Il n'empêche qu'il existe bien des hypothèses où ce dommage ne peut pas être prouvé en pratique, du fait d'une impossibilité (matérielle ou morale). Rien dans le droit de la responsabilité ne s'oppose alors à ce que ce dommage soit considéré comme établi à partir du moment où la faute commise est nécessairement de nature à générer une souffrance ou au moins une gêne pour la victime, ou encore qu'elle lui fait perdre une chance. Si la réalisation

(12) Art. L. 1235-13 du Code du travail.

(13) Art. L. 1235-15 du Code du travail.

(14) Cass. Soc. 13 septembre 2017, n° 16-13.578, Publié ; JCP E 2017, n° 1671, n. D. Chenu ; Dr. Soc 2017, 1074, comm. J. Mouly.

(15) V. les commentaires précités sous l'arrêt.

(16) Cass. Soc. 17 octobre 2018 n° 17.14.392, Publié, v. Liaisons soc quotidien du 6 novembre 2018.

(17) Comm. J. Mouly, préc. et V. Bonnin, Le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail, préc.

(18) Cass. Soc. 6 octobre 2010, n° 08-45.609, cité par V. Bonnin, article préc.

d'une chance n'est jamais certaine, il n'en demeure pas moins que le préjudice causé par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition de la probabilité d'un évènement favorable (19). La réparation est mesurée à la chance perdue, considérée comme ayant une valeur en soi, valeur précisément déterminée par un calcul de probabilité (20). Tel est bien le cas dans le domaine des obligations patronales relatives à la santé et à la sécurité du salarié. Le non-respect d'une telle obligation prive le salarié du bénéfice de certaines garanties édictées, notamment par la loi, pour assurer son bien-être.

Enfin, il faut signaler que, contrairement à l'une des justifications de sa position qu'avance la Chambre sociale, les autres chambres de la Cour de cassation appliquent toujours la notion de préjudice nécessaire dans divers domaines lorsque sa preuve de ce préjudice apparaît difficile (21), même la Chambre criminelle en matière de droit du travail (22).

Dans un commentaire de l'arrêt du 13 avril 2016, actant l'abandon de la théorie du préjudice nécessaire, J. Mouly avait suggéré qu'il convenait au moins de maintenir l'application de cette théorie aux manquements les plus graves, affectant des droits ou libertés fondamentaux (23). Un autre critère de délimitation, entre les cas d'exigence de preuve du préjudice et ceux pour lesquels devrait continuer à s'appliquer la présomption de préjudice, peut éventuellement être recherché. Mais, en tout état de cause, dans le domaine du droit du travail, il ne paraît pas possible de cesser d'appliquer la théorie du dommage nécessairement constitué à toute hypothèse de manquement de l'employeur à des obligations mettant en jeu la santé et la sécurité au travail, sous peine d'anéantir l'indispensable protection des salariés actuellement prévue par notre droit en la matière.

Marc Véricel,

Professeur de droit privé à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID

(19) P. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, Lexis nexis 4^e éd. 2016 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil : les obligations, précis Dalloz 10^e éd. 2009, voir par exemple Cass. Crim. 4 décembre 1996, Bull. n°445.

(20) J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, le fait juridique, 14^e éd. Sirey 2011

(21) Concurrence déloyale, atteinte à la vie privée ou à l'image : v. P. Bailly, article préc. ; également P. Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, Connaissance de droit, Dalloz, 9^e éd. 2015.

(22) V. par ex. : Cass. Crim. 21 juin 2016, n°15-81.970, également cité par V. Bonnin, article préc. Dans cette décision postérieure au revirement de la Chambre sociale, la Chambre criminelle a implicitement admis qu'il découle d'agissements répétés de harcèlement moral commis par un employeur, une dégradation des conditions de travail des salariés, entraînant un préjudice devant être réparé.

(23) Les présomptions de dommages en droit du travail : abandon ou simple refus, RJS 7/2016, p. 491.