



HAL
open science

Le préjudice : notion de fait ou de droit ?

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Le préjudice : notion de fait ou de droit ?. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2022, 03, pp.760. halshs-03825517

HAL Id: halshs-03825517

<https://shs.hal.science/halshs-03825517>

Submitted on 6 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le préjudice : notion de fait ou de droit ?

B. Baudoin, A. Brousse, Un préjudice nécessaire, pour quoi faire ? RDT 2022. 209 H. Gali, La nécessité du préjudice en droit du travail, D. 2022. 908 S. Porchy-Simon, Reconnaissance de l'autonomie des préjudices d'angoisse de mort imminente de la victime principale et d'attente et d'inquiétude des proches par la chambre mixte de la Cour de cassation, D. 2022. 774

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Le préjudice n'est pas défini par la loi. La jurisprudence n'en a jamais proposé une définition claire. C'est pourquoi la notion navigue entre le fait et le droit.

Selon la formule classique, les juges du fond apprécient souverainement la valeur et la portée du préjudice (Crim. 3 mai 1973, n° 72-92.459; Civ. 2^e, 10 févr. 2005, n° 02-20.495 ; Soc. 9 déc. 2020, n° 19-13.470, D. 2021. 22 ; Dr. soc. 2021. 268, obs. P. Adam). Tout paraît se résoudre dans le fait.

D'un autre côté, en droit du travail, le préjudice nécessaire découle de la seule violation d'une obligation formellement prévue, sans autre circonstance de fait. Le préjudice ne se définit que par le droit, indépendamment de considérations de fait.

Enfin, la nomenclature Dinthillac introduit une limite au pouvoir souverain de reconnaître de nouveaux préjudices sans que l'on sache si elle est de fait ou de droit.

Le droit du travail illustre parfaitement cette difficulté de définition du préjudice. Après avoir abondamment usé de l'idée de préjudice « nécessairement causé » par la violation d'une obligation, la Cour de cassation a opéré un revirement en 2016. Il paraît toutefois être mis à mal par des décisions récentes rendues notamment à propos du dépassement de la durée maximale de travail par l'employeur (H. Gali, p. 908-909 ; B. Baudoin, p. 209 ; A. Brousse, p. 212).

Dès lors, qu'est-ce qu'un préjudice nécessaire ? Une présomption ? Une règle de fond ? Pour Hakim Gali, du moment que des conséquences juridiques sont tirées de la violation, il s'agit d'une règle de fond (p. 910). Mais pour Adrien Brousse, ce serait plutôt une présomption irréfragable (p. 212).

D'ailleurs, la jurisprudence ne présente pas d'unité en la matière : la prévision d'une indemnité par les textes ou la violation d'un droit fondamental ne sont pas des critères exclusifs pour identifier le préjudice nécessaire (H. Gali, p. 913 ; A. Brousse, p. 214). De toute façon, il paraît délicat de hiérarchiser les droits fondamentaux en choisissant ceux qui constituent un préjudice nécessaire et ceux qui ne le constitueraient pas (B. Bauduin, p. 211). Un droit fondamental qui serait inférieur à un autre serait-il en effet toujours « fondamental » ?

La position du préjudice en droit du travail est encore ambiguë à un autre titre : faut-il ramener le préjudice dans le giron de la responsabilité civile de droit commun ou bien lui reconnaître une autonomie ?

Pour Hakim Gali, le rattachement à la responsabilité de droit commun paraît préférable mais en singularisant sa fonction punitive (p. 913). Bérénice Bauduin et Adrien Brousse vont également en ce sens : le préjudice nécessaire poursuit une fonction punitive néanmoins mise à mal par la faiblesse de l'indemnisation qui peut en découler (p. 212 et p. 214).

Cette analyse du préjudice contraste fortement avec l'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation (25 mars 2022, n° 20-15.624, D. 2022. 774, note S. Porchy-Simon ; AJ pénal 2022. 262, note C. Lacroix) qui vient de définir en droit commun de nouveaux préjudices. Le premier est celui lié à l'angoisse d'une mort imminente pour la victime et le second est celui d'attente et d'inquiétude des proches.

Dans une première espèce, les juges du fond ont indemnisé l'angoisse de façon autonome au regard des souffrances endurées alors que la victime décédait d'une attaque au couteau dans les heures qui suivaient.

Dans la seconde espèce, les juges ont reconnu que les proches d'une victime décédée dans les attentats de Nice du 14 juillet 2016 ont souffert d'une attente et d'une inquiétude en l'absence de nouvelles durant quatre jours. Cette souffrance ne se confondait pas avec le préjudice d'affection mais était « un préjudice spécifique qui est réparé de façon autonome ».

L'autonomie des préjudices est traitée par le principe de réparation intégrale pour éviter une double indemnisation (S. Porchy-Simon, p. 776). Il reste que la distinction entre angoisse liée à la mort et souffrances endurées est subtile (S. Porchy-Simon, p. 777). De même, il a fallu distinguer entre affection et inquiétude ce qui ne respecte pas la nomenclature Dintilhac et, dès lors, en affaiblit la portée normative (S. Porchy-Simon, p. 779). La conséquence attendue de la distinction est une meilleure évaluation et valorisation des dommages-intérêts en comparaison avec une évaluation globale des souffrances (S. Porchy-Simon, p. 778).

Ainsi, l'autonomisation du préjudice nécessaire en droit du travail paraît suivre le mouvement inverse de l'autonomisation des postes de préjudices à la suite d'une atteinte corporelle. En droit du travail, le préjudice paraît être purement du droit. En droit civil, le préjudice semble être une pure notion de fait. La notion de préjudice a-t-elle alors une unité ?

Si l'on suit strictement la distinction du fait et du droit, il n'y aurait pas de sens à parler de « présomption de préjudice » en droit du travail. En effet, si le préjudice se résout dans la seule constatation de la violation d'une obligation, la question est de droit et non de fait.

Inversement, la dimension juridique paraît absente des définitions des nouveaux postes de préjudices en droit civil. Ils sont induits des seules réalités factuelles, ici de réalités psychologiques. En somme, par une expérience de pensée, chacun peut se représenter l'angoisse de la mort et plus aisément encore l'attente et l'inquiétude en l'absence de nouvelles d'un proche.

Aussi, l'une des difficultés proprement méthodologiques est bien de savoir comment définir le préjudice. Doit-il forcément reposer sur une réalité factuelle ou bien peut-il consister dans la seule violation d'un droit ?

Un ancien texte du code civil, en vigueur jusqu'en 2016, prévoyait que la violation d'une obligation de ne pas faire entraînait « du seul fait de sa contravention » des dommages et intérêts (C. civ. anc. art. 1145). Spécialement, la Cour de cassation avait jugé que c'était le cas pour l'obligation de non-concurrence (Civ. 1^{re} 31 mai 2007, n° 05-19.978, D. 2007. 2784, obs. I. Gallmeister, note C. Lisanti; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *ibid.* 2008. 247, obs. Y. Picod, Y. Auguet, M. Gomy, V. Valette-Ercole et S. Robinne; *ibid.* 506, obs. J. Penneau ; RTD civ. 2007. 568, obs. B. Fages ; *ibid.* 776, obs. P. Jourdain; Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2017, n° 16-12.498). C'est d'ailleurs une hypothèse qu'on rencontre fréquemment en droit du travail. Mais c'est une interprétation que la chambre commerciale a désavouée récemment sur la base de l'ancien texte (Com. 16 mars 2022, n° 20-22.346, point 10). Ainsi, même sur la portée du droit antérieur, le désaccord subsiste. Ceci indique qu'il est profond, puisqu'il demeure en dépit d'un texte qui tranchait pourtant explicitement la question.

Cette divergence montre que c'est le concept même de préjudice qui est finalement obscur, y compris son régime. Si la seule violation d'une obligation est en soi un préjudice comment alors évaluer un préjudice purement formel ? De même, peut-on évaluer sans forfait des préjudices essentiellement psychologiques comme l'angoisse ou l'attente ?

L'une des premières clés du problème est que le préjudice paraît parfois se confondre avec la faute. On a en effet l'habitude de soutenir à la suite de Marcel Planiol que la violation d'une obligation est une faute. Mais n'est-ce pas en réalité déjà considérer que la fusion du concept de responsabilité et d'inexécution du contrat est pertinente ? Depuis l'article fondateur de Philippe Rémy, on sait que la réponse ne va pas de soi (La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept, RTD civ. 1997. 323).

En effet, que se passerait-il si l'on distinguait à nouveau soigneusement les obligations contractuelles et les obligations délictuelles ?

On s'apercevrait sans doute que les obligations contractuelles, et spécialement celles de ne pas faire, définissent l'existence même du dommage. Mieux : elles *sont* le dommage ! C'est l'évidence pour les obligations essentielles qui fixent l'opération même sur laquelle porte la convention (*negotium*). Mais au-delà, l'argument majeur de cette analyse réside dans la possibilité d'octroyer des dommages et intérêts en raison de leur seule violation.

C'est bien ce qu'exprime l'idée de préjudice *nécessaire*.

Le contrat définit ce que les parties peuvent légitimement attendre l'une de l'autre. L'inexécution est en soi un dommage, imputable à l'autre partie, sauf force majeure, elle-même appréciée au regard du contenu du contrat.

Certes, on rétorquera qu'*en fait*, la violation de l'obligation de non-concurrence n'a pas abouti à une perte de clientèle ou même à une diminution de la marge pour la société. De même, on rétorquera qu'*en fait* le licenciement sans cause réelle et sérieuse n'a pas empêché le salarié de retrouver un travail et ainsi de suite. Mais n'est-ce pas confondre le dommage primaire avec ses suites défavorables ? Ce serait même occulter la double signification du principe de réparation intégrale à savoir indemniser *tous* les dommages qui sont causalement attachés au dommage initial et réparer *chaque* dommage par une indemnité qui l'efface entièrement.

Car c'est bien la question de l'évaluation de ces dommages qui est au cœur du débat. La difficulté à fixer concrètement le montant de l'indemnité peut faire douter de leur existence. La difficulté n'est cependant pas la même dans tous les cas.

Pour les préjudices d'angoisse de mort, d'attente et d'inquiétude, on se retrouve face à la difficulté classique de savoir s'il est possible de monnayer des sentiments. La réparation paraît devoir être quasiment forfaitaire. La fonction de réparation demeure toutefois assise sur le caractère factuel et donc bien réel du dommage.

Au contraire, pour les préjudices nécessaires en droit du travail, la base factuelle paraît évanescence. C'est sans doute ce qui laisse croire aux auteurs que nous sommes parfois plus près de la fonction punitive que de la stricte réparation. D'ailleurs, si la réparation se rapproche du forfaitaire, elle s'apparente fortement à une amende. Les barèmes Macron en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse n'ont fait que renforcer cette impression en établissant un prix pour la violation des obligations. De façon plus générale, les autres indemnités légales déterminées en mois de salaires abondent en ce sens.

Néanmoins, certaines évaluations peuvent être objectivées. Par exemple, la clause de non-concurrence a une contrepartie : son inexécution peut au moins être évaluée au regard du montant de celle-ci. Elle représente l'évaluation conventionnellement déterminée de l'obligation, abstraction faite des autres préjudices qui peuvent trouver leur origine dans sa violation.

En poursuivant ce raisonnement, il ne paraît pas absurde d'établir une relation proportionnelle entre le montant du salaire et l'importance des violations constatées. Plus que la fonction punitive, c'est peut-être dans cette voie qu'il faut chercher la justification des indemnités légales en droit du travail.

Pourtant, un tel raisonnement n'est pas généralisable. Par exemple, il serait économiquement absurde d'indemniser le non-respect du temps de repos selon le montant des heures supplémentaires car ce serait en définitive valider indirectement la pratique de l'employeur. Certes la fatigue qui résulte des heures effectuées au-delà du maximum légal est difficilement chiffrable. Mais cette difficulté se rencontre aussi pour les préjudices ayant une base factuelle. Quel est le prix de la douleur ? de la souffrance morale ? de l'angoisse, de l'anxiété, de l'attente, de l'inquiétude ? La réalité des émotions ne rend pas leur chiffrage plus objectif.

Tel est le paradoxe de la notion de préjudice. Nous sommes ici dans un domaine largement inappréciable, paradoxalement abandonné à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Pour rationaliser l'approche, il ne paraîtrait pas dénué de sens de raisonner comme en matière d'astreinte. Si celle-ci a pour fonction de vaincre la résistance du débiteur, par comparaison les dommages-intérêts en droit du travail seraient le prix qui sanctionne l'absence de cessation d'une situation illicite. Ils paraissent fonctionner comme la liquidation d'une astreinte fictive puisque celle-ci n'a pas été préalablement fixée par un juge. Cette façon de raisonner est cohérente pour différencier le cas de l'employeur qui, de bonne foi, ne respecte pas les exigences légales et celui qui, en pleine conscience, les évince pour priver le salarié de ses droits. La volonté de faire cesser la situation illicite après les demandes du salarié serait en soi un bon indice de l'état d'esprit de l'employeur. Le temps jouerait contre lui comme le ferait une astreinte.

Une telle analogie demeure cependant paradoxale. L'astreinte est indépendante des dommages et intérêts. Précisément, elle vise à faire pression sur le débiteur et son évaluation relève de la discrétion judiciaire. Mais le parallèle a au moins un mérite : permettre peut-être de distinguer les indemnités assises sur un dommage factuel ou au moins contractuel (autrement dit économiquement objectivable) et les indemnités ayant pour fonction de faire pression sur l'employeur pour qu'il respecte des procédures garantissant la sécurité du salarié au sens large. *A contrario*, le raisonnement à partir d'une astreinte fictive montre que les préjudices d'angoisse et d'attente n'en relèvent pas à l'évidence. Leur indemnisation a une claire fonction de réparation et non de cessation de l'illicite.

En conclusion, nous pouvons rejoindre les auteurs précités : l'appel aux droits fondamentaux ne paraît pas être une voie appropriée. Cette invocation fait écran à la réflexion de fond qui commande une conceptualisation adéquate des situations. De même, l'idée de présomption est un pis-aller car elle n'éclaire pas la façon de penser le dommage et son évaluation.

Seule une réflexion sur les catégories fondamentales que sont le dommage, la faute, le préjudice, la réparation intégrale, l'indemnisation est à même d'apporter des lumières dans le débat. Les cas critiques comme les préjudices nécessaires ou psychologiques ne sont pas des anomalies à éliminer. Ils sont une chance à saisir. Ils contribuent puissamment à clarifier la portée des catégories juridiques et la méthode juridique à employer pour ce faire (F. Rouvière La méthode casuistique : l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques, Cahiers Méth. Jur. RRJ 2018-5. 1981).