

CHAPITRE 1

Regards contemporains sur la responsabilité en droit social

Vincent Roulet

Maître de conférences à l'Université F. Rabelais de Tours

Évoquer la responsabilité en droit social suppose nécessairement qu'il s'y trouve quelque originalité au regard du *droit commun*¹. À défaut, l'effort de l'auteur (qu'importe!), et celui du lecteur (plus grave!), seraient vains. À première vue, une étroite proximité demeure. Les « classiques » règnent ; nulle disposition du Code du travail ne s'est substituée aux articles 1147, 1382 et 1384, al. 5 qui, pour une grande part, continuent de régir les rapports de responsabilité dans les relations de travail. Les institutions civilistes y prospèrent ; les mots s'y trouvent, les notions s'y croisent : obligations de résultat, faute, préjudice, perte de chance², clause pénale³

- 1 Entendu, ici, comme « *l'ensemble des règles qui ont vocation à s'appliquer à défaut de règles spéciales de responsabilité ou d'indemnisation* » (P. Brun, *Les mots du droit de la responsabilité, esquisse d'abécédaire*, in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz 2008, p. 117).
- 2 La chambre sociale de la Cour de cassation use régulièrement de la perte de chance pour décider de l'indemnisation des salariés : perte de chance de conserver son emploi (Soc., 18 juin 2014, n° 12-18.589, v. Y. Pagnerre, *L'enfer du transfert d'entreprise en cas d'accord de maintien de l'emploi*, JCP S 2014, 1328), perte de chance de voir évoluer sa carrière (Soc., 10 novembre 2009, n° 08-42.114), perte de chance d'utiliser ses droits à formation (Soc., 19 mai 2010, n° 08-45.090), perte de chance de profiter d'un élément de rémunération (v. B. Dorin, *La perte de chance d'une rémunération à la suite de la rupture du contrat de travail*, Cah. Soc. 2014, p. 383), perte de chance de droits à la retraite (Soc., 25 janvier 2012, n° 11-11.374)...
- 3 Clause pénale stipulée à l'encontre de l'employeur : v. p. ex. : Soc., 5 mars 2014, n° 12-13.106, JCP S 2014, 1215, note G. François ; clause pénale stipulée à l'encontre des (anciens) salariés : Soc., 27 mars 2008, n° 06-43.991. La clause pénale connaît certes quelques spécificités lorsqu'elle est stipulée non dans le contrat de travail mais dans une convention collective : le juge ne dispose(ra)it pas du pouvoir de réfaction : Soc., 19 décembre 2000, n° 98-15.209 ; Soc., 14 mai 1987,

y palpitent. Et lors même que serait ponctuellement constatée l'émancipation du droit du travail, le recul des années convainc plutôt d'une amicale et incertaine poursuite⁴. La réparation des accidents du travail et maladies professionnelles s'ouvre au principe de réparation intégrale, tandis que se multiplient les fonds d'indemnisation en droit commun.

Il n'est pas dit toutefois que la responsabilité, en droit du travail, ne constitue, *mutatis mutandis*, qu'une déclinaison de la responsabilité fondée sur les dispositions du Code civil. Il y a, entre ces deux domaines, une différence d'acteurs. Le personnel juridique s'est nettement réparti les rôles. À de rares exceptions près⁵, chaque « spécialiste » d'une matière se garde bien d'intervenir dans l'autre⁶. Le temps passant, la séparation des hommes facilita l'émancipation de la responsabilité en droit du travail de la responsabilité en droit commun. Les circonstances s'y prêtaient. L'expérience révélait que l'application stricte des canons de la responsabilité civile aux relations du travail était humainement insupportable⁷. Des contingences techniques exigeaient – exigent encore – de *penser* différemment la mise en œuvre de la responsabilité. Le droit du travail repose sur la pointe qu'est le licenciement. La validité, ou l'illicéité, d'un acte, la rupture, précède et domine la responsabilité qui en découle. Celle-ci n'est présentée – et traitée – qu'en « accessoire » de celle-là⁸. Conjugués, ses

RTD civ. 1988, obs. J. Mestre ; Soc., 22 février 1995. V. ég., D. Mazeaud, *Les clauses pénales en droit du travail*, Dr. soc. 1994, 343.

- 4 Ce dialogue, soigneusement entretenu à propos de la règle de fond, s'étend aussi aux règles procédurales. Le droit du travail avait ébauché l'action de groupe au moyen de l'action en substitution des organisations syndicales ; après que la loi Hamon a introduit l'action de groupe dans les domaines de la concurrence et de la consommation, le droit du travail s'en saisit pour lutter contre les discriminations (B. Lapérou-Schneider, *De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail*, Dr. soc. 2015, 256).
- 5 Hier, H. Capitant, P. Cuhe, *Précis de législation ouvrière*, Dalloz ; aujourd'hui C. Radé, *La contribution de la responsabilité du salarié à l'élaboration du statut du travailleur salarié*, LGDJ, 1997 ; *Droit social et responsabilité civile*, Dr. soc. 1995, 495 ; demain, J. Bourdoiseau, *Du droit des risques professionnels*, Lamy Droit civil, 2014, n° 113.
- 6 Ce qui explique, peut-être, que le droit du travail soit passé « à côté » de certains grands débats relatifs à la responsabilité civile, telle par exemple, la distinction responsabilité contractuelle – responsabilité délictuelle.
- 7 Civ. 14 févr. 1866, *Dame Julliard*, DP 1866. I. 84 ; GAJC, n° 168
- 8 Face au salarié quittant son emploi suite au harcèlement dont il prétend être victime, la question première est celle de savoir si la rupture est assimilable à un licenciement ou à une démission. Pour y répondre, il faut recourir à des critères inhérents à la responsabilité (faute, préjudice, lien de causalité). Si ces critères sont réunis, le spécialiste du droit du travail dira que la « rupture est prononcée aux torts de l'employeur » et non que « l'employeur est responsable envers le

facteurs rejettent le droit du travail hors des canons de la responsabilité civile. La pureté originelle des institutions s'estompe. La définition, peut-être utile, bride imaginations et libertés. Au nom de l'opportunité socialement nécessaire, les approximations sont tolérées. Le droit du travail tord les notions civilistes⁹, et se refuse à épurer les siennes: même l'« indemnité » demeure un objet incertain¹⁰.

Mais plus que par la technique, ce sont par les préoccupations que se distinguent, voire s'opposent, la responsabilité dans les relations sociales et la responsabilité de droit commun. La réparation du dommage corporel¹¹ ou l'apparition des nouveaux risques – ou nouveaux dommages (risques et dommages environnementaux ou liés à la biotechnologie), sont à peu près ignorées du droit du travail. Non que celui-ci s'en désintéresse¹², non qu'il n'y soit confronté¹³, mais il dispose déjà des instruments utiles, et les observateurs, aguerris, ne sauraient voir dans leurs essors à d'autres branches du droit une (r)évolution. Le glissement progressif de la responsabilité pour faute vers une responsabilité pour risque s'est accompli il y a un siècle, en même temps que se créait les premiers fonds de solidarité. À cette occasion, l'idée même de responsabilité s'effaçait – ou se gauchissait¹⁴: le traitement de l'accident du travail n'avait déjà plus seulement pour objet de réparer les dommages qui « *procèdent*

salarié », quoique les deux propositions aboutissent à un même résultat, l'obligation de l'employeur d'indemniser le salarié du préjudice subi. Le raisonnement responsabiliste est absorbé par la question de la validité de l'acte de rupture.

- 9 Ainsi a-t-il été écrit, à propos de la décision de la cour de cassation prévoyant que le « *respect d'une clause de non-concurrence illicite cause nécessairement un préjudice au salarié* » (Soc., 22 mars 2006, n° 04-45.546) : « *le pragmatisme est une belle chose, mais la souplesse des concepts civilistes a aussi ses limites, à peine de faire perdre au droit toute rationalité et toute « prééminence », dirait-on à Strasbourg. La présente solution ne nous semble donc pas pouvoir nourrir le droit de la responsabilité civile autrement que pour illustrer l'instrumentalisation dont il est parfois l'objet, et la regretter* » (P. Stoffel-Munck, *Chronique Responsabilité civile*, JCP G 2006, I, 166, n° 3).
- 10 J. Icard, *Propos hétérodoxe sur l'indemnité de licenciement*, JCP S, act. 393.
- 11 « *Depuis une dizaine d'années, on observe un regain d'intérêt de la doctrine universitaire pour les questions relatives à la réparation du dommage corporel, les revues juridiques abondant de notes, chroniques et articles sur ces sujets* », P. Jourdain, *Dommage corporel : comment évaluer le préjudice professionnel d'une victime sans emploi au moment de l'accident*, RTD civ. 2015, p. 887.
- 12 V. p. ex., P. Jourdain, *Les préjudices d'angoisse*, JCP G 2015, doct. 739, où le droit du travail participe d'un plus large élan.
- 13 Le droit du travail poursuit sa quête de la réparation intégrale du dommage corporel, avec comme difficulté technique, la définition des préjudices et les voies judiciaires de leur réparation (v. der. Ch. mix., 9 janvier 2015, n° 13-12.310, JCP S 2015, 1082, note D. Asquinazi-Bailleux ; JCP G 2015, 186, note G. Vachet).
- 14 V. P. Brun, *Responsabilité extracontractuelle*, Litec, n° 2.

de faits ou d'actes recelant un caractère d'anormalité ou de défectuosité constitutif d'un trouble social »¹⁵. Aujourd'hui, les régimes de sécurité sociale couvrent au minimum et parfois bien au-delà les salariés contre les risques les plus cruels de l'existence, sans que la *faute* joue de rôle déterminant¹⁶. Le lien de causalité se dissout dans les présomptions¹⁷. Les risques – et les dommages – afférents à la maladie, à l'accident, à l'âge ou à la perte d'emploi – ne sont plus pensés par le prisme de la survie (disposer d'un débiteur ; en garantir la solvabilité) mais par ceux de la *Justice* ou de l'*Égalité*¹⁸. Et si les préoccupations demeurent quant à la pérennité de telles couvertures, elles sont d'ordres systémiques¹⁹. Quant aux plus petits risques et aux plus petits dommages (ou quant à l'indemnisation complémentaire des dommages lourds évoqués à l'instant), ils sont certes encore appréhendés par le biais d'une responsabilité (en apparence) très classique: la *faute* de l'employeur justifie que celui-ci indemnise le salarié du préjudice qui découle de celle-là. Pour autant, le droit du travail dépasse peu à peu l'institution par le développement de dispositifs de « portabilité » qui, attachant les droits à la personne du salarié plutôt qu'à son emploi – donc au lien contractuel entretenu avec l'employeur –, écartent indirectement tout jeu de responsabilité²⁰.

15 *Idem*, n° 1. L'accident du travail ouvre droit à réparation même s'il est accompli en dehors de l'exécution de la prestation de travail, voire même sans entretenir avec celle-ci aucun lien de causalité : il faut, et il suffit, pour que joue l'indemnisation de plein droit, que le dommage se produise au temps et lieu de travail : est couvert par l'assurance des accidents du travail et des maladies professionnelles l'homicide volontaire d'une femme, aux temps et lieux de travail, par son ancien concubin, venue lui demander de reprendre la vie commune (Soc., 10 juin 1987, n° 85-16.868 ; comp. Soc., 1^{er} juillet 1999, n° 97-18.990 ; sur cette question, v. P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, Litec, 6^{ème} éd., n° 115). Ce n'est que si l'accident a lieu en dehors de ces circonstances que le lien de causalité entre l'accident et l'exécution de la prestation de travail doit être établi.

16 Elle demeure à la marge. L'indemnisation de l'accident du travail est majorée en cas de faute inexcusable de l'employeur et minorée en cas de faute inexcusable du salarié. En revanche, le salarié, même licencié pour faute lourde, bénéficie du droit à l'indemnisation par l'assurance chômage : la faute est ici indifférente (v. toutefois, C. séc. soc., art. L. 911-7).

17 La question paraît toutefois ressurgir alors que les accidents du travail et les maladies professionnelles se préparent à accueillir les risques psycho-sociaux.

18 V. p. ex. : D. Asquinazi-Bayeux, *Un nouveau droit de la protection sociale*, JCP S 2015, 1235. L'égalité face à la réparation (ou l'indemnisation) est l'une des rares préoccupations qu'ont actuellement en commun le droit du travail et le droit commun.

19 V., dernièrement, A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Seuil, 2015.

20 L'action du salarié souhaitant profiter des avantages ouverts par son emploi se mue, même contre l'employeur non diligent, en une action en exécution et non en une action en responsabilité. Par exemple, aussi longtemps que le salarié n'a que

Pour ces raisons, il n'est pas dit qu'il y ait de réflexions d'ampleur propre à la responsabilité elle-même en droit du travail. Il n'est plus question de savoir si le but premier de la responsabilité, l'indemnisation, est convenablement poursuivi par la règle de droit, ni de décider si les systèmes d'indemnisation sont, de fait, efficaces. Les réponses sont évidemment positives. Les préoccupations, en ce qui concerne le droit du travail, sont aujourd'hui ailleurs. Le réformer pour qu'il cesse d'être ce qu'il est, un droit complexe, illisible, puissant contributeur malgré lui de l'échec des politiques de l'emploi, voilà l'exigence²¹. Et peu importe que le constat soit discutable, peu importe que ce même gouvernement simplifie le droit du travail par une seconde recodification en dix ans, publie des décrets grammaticalement incompréhensibles avec, encore, cette envie de tout régir²², le droit du travail dans son ensemble est passé au crible de l'efficacité économique. En dépit du scepticisme qu'inspire le postulat ambiant aux termes duquel la création d'emplois et la croissance résideraient dans une « simplification », voire un « allègement » du droit du travail, il faut reconnaître que le thème de la responsabilité a de quoi susciter les interrogations. En premier lieu la fonction sociale de la responsabilité a glissé au cours du temps d'un impératif de réparation vers un impératif de prévention (et, corrélativement, de sanction). En second lieu, la dette de réparation s'est concentrée sur le débiteur le plus proche du salarié, l'employeur. *In fine*, les risques invariablement encourus par les employeurs de mise en cause de leur responsabilité sont si fréquents, si divers et si lourds, qu'ils constituent un frein juridique au déploiement de l'activité économique sans que, en miroir, l'utilité sociale de la responsabilité soit toujours acquise. La critique pourtant, ne saurait être sans nuance. Le jeu de la responsabilité n'est pas parfaitement à sens unique. Salariés, organisations syndicales, État sont eux aussi responsables en droit du travail ; ponctuellement, les actionnaires – si ce n'est les employeurs – ont eux aussi su profiter des subtilités du droit pour échapper à leurs propres responsabilités morales (à défaut d'être juridiques) : les salariés ne sont pas les

le « droit » de bénéficier de sa couverture frais de santé après la rupture de son contrat de travail, il doit accomplir une démarche positive pour que cette couverture soit maintenue. S'il ignore, d'une part, le droit, d'autre part, qu'il convient d'exercer une démarche positive pour profiter de ce dernier, il ne peut, *a posteriori*, que rechercher la responsabilité de l'employeur qui ne lui a pas communiqué les informations utiles. En revanche, dès lors que le salarié bénéficie « de plein droit » du maintien de cette couverture, l'action qu'il engage en vue de profiter de son droit est une action en exécution.

21 V. p. ex. Rapport Sécurité juridique et initiative économique, dir. H. de Castries, N. Molfessis, Club des juristes, 2015.

22 V. p. ex. : décret n° 2015-1883 du 30 décembre 2015.

seuls gagnants (ni même toujours gagnants) du modèle actuel. Aussi, passées les premières impressions, c'est avec nuance et prudence que doivent être étudiées les fonctions (I) et l'imputation (II) de la responsabilité.

I. Les fonctions

La responsabilité sert d'une part, un impératif de réparation des dommages subis par les acteurs de la relation de travail (A). Elle sert aussi, et surtout (?), à prévenir et sanctionner des comportements répréhensibles par l'ordre social (B).

A. Réparation

Sans surprise, la fonction première – du moins celle principalement affichée – de la responsabilité en droit social est la réparation des préjudices subis par les acteurs dont, au premier chef, le salarié²³. Nombreux sont ces préjudices qui relèvent de l'évidence. Outre les dommages corporels (et leurs suites éventuelles), figurent les atteintes aux droits et aux libertés individuelles²⁴ ou les conséquences des manquements de l'employeur à l'exécution des obligations essentielles du contrat de travail (non paiement des salaires, absence de fourniture d'un travail²⁵). Mais l'intérêt que porte le droit du travail à l'indemnisation se manifeste davantage, parce qu'il force alors les évidences, dans sa propension à saisir la situation *réelle* des acteurs de la relation de travail et, ce faisant, à *découvrir* des préjudices nouveaux ou à *affiner* des préjudices existants.

Découvrir. Préjudice phare découvert il y a peu par la chambre sociale de la Cour de cassation²⁶, le préjudice d'anxiété résume à lui seul la capacité du juge à traduire juridiquement une situation dont nul ne peut sérieusement nier la potentialité, et les limites sociales que rencontre inmanquablement ce type de consécration. À bien des égards, la réparation actuelle du préjudice d'anxiété appelle les plus vives critiques. Marqué du sceau de l'inégalité quant aux conditions d'indemnisation²⁷ et de celui

23 Sur la responsabilité du salarié à l'endroit de son employeur, v. infra.

24 C. trav., art. L. 1121-1.

25 Sans préjudice, au demeurant, de l'éventuelle responsabilité pénale de l'employeur (Crim., 20 mai 2008, n° 06-86.580, JCP S 2008, 1583, note C. André).

26 V. toutefois supra, note n° 12.

27 V. p. exemple : Soc., 25 mars 2015, n° 13-21.716 ; Soc., 3 mars 2015, n° 13-26.175, JCP S 2015, 1106, note D. Asquinazi-Bailleux.

de l'arbitraire quant aux modalités de cette dernière²⁸, il ne répond pas moins à une réalité. Que le salarié qui n'a jamais été (ou qui n'a pas encore été) atteint physiquement par l'amiante ne bénéficie pas de l'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles, n'est pas choquant. Qu'il bénéficie d'un dispositif alternatif d'indemnisation²⁹ à raison de la diminution, actuariellement constatée, de son espérance de vie, ne l'est pas d'avantage. Serait en revanche choquant que le Droit ne reconnaisse pas spécialement l'angoisse (ou l'anxiété) que la certitude d'avoir été exposé à un risque vital et fréquent peut faire naître. À *juste titre* – non parce qu'il est *juste* de verser des compensations aux intéressés, mais parce qu'il est *exact* que ceux-ci sont anxieux et que cette anxiété est un préjudice différent des autres préjudices auxquels le fait générateur peut donner naissance – la Cour de cassation juge que « *les salariés, qui avaient travaillé dans un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi de 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, se trouvaient par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante et étaient amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse* »³⁰.

Affiner. Le soin que met le juge à identifier les préjudices se prolonge dans celui qu'il met – du moins lorsqu'il considère opportune cette démarche – à en proposer une mesure. Deux exemples. D'abord, la clause de non-concurrence a donné lieu à un effort de conceptualisation des conséquences économiques résultant d'un acte et qui contribue à l'accroissement de responsabilité de l'employeur. Il est depuis longtemps acquis que l'absence de contrepartie financière à une obligation de non-concurrence emporte la nullité de celle-ci. La nullité de l'acte rejaillit sur la responsabilité: « *la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié* »³¹. La solution – au regard du préjudice – se comprend aisément lorsque la nullité est demandée, puis obtenue, après que le contrat de travail a été rompu. Un temps, l'ancien salarié a effectivement été privé, au moins partiellement, de la possibilité de trouver un emploi dans un secteur qu'il connaît bien,

28 Une fois les conditions d'indemnisation satisfaites, le préjudice n'a pas à être prouvé, ni dans son principe, ni dans son *quantum* : v. p. ex. : Soc., 2 avril 2014, n° 12-29.825, JCP S 2014, 1271, note D. Asquinazi-Bailleux.

29 L'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (ACAATA).

30 Soc., 11 mai 2010, n° 09-42.241, JCP S 2010, 1261, note G. Vachet.

31 Soc., 12 janvier 2011, n° 08-45.280, JCP S 2011.104, note I. Beyneix.

chez un concurrent. Plus fine, mais tout aussi juste, est l'extension de cette solution par la jurisprudence aux situations dans lesquelles la nullité de la clause est obtenue au cours de l'exécution du contrat de travail. La recherche d'un emploi peut être engagée en amont de la rupture du contrat de travail. L'entrave, même à cette époque, emporte un préjudice.

Ensuite, l'approfondissement du préjudice peut tenir non plus à la détermination de l'étendue du préjudice, mais à celle des modalités de mesure de cette étendue. La relation de travail est susceptible de donner lieu à des avantages dont l'appréciation est peu aisée. Qu'il s'agisse d'options sur actions ou de droits à la retraite, leurs mesures *ex ante* est délicate à raison de l'incertitude dont sont marqués leurs éléments de calcul (variation des cours de bourse, espérance de vie). Il n'est pas inintéressant de constater que, ponctuellement, lorsque les parties les y invitent, les juges du fonds prennent le temps de réfléchir aux modalités de calcul pertinentes du préjudice que représente, pour le salarié, la perte de ces avantages³².

B. Prévention & Punition

En droit du travail, la prévention et la punition semblent depuis longtemps avoir pris le pas sur l'impératif de réparation. La responsabilité travail assure principalement une fonction normative³³. Les méthodes employées par la loi et la jurisprudence pour y parvenir n'ont guère d'originalité, mais saisissent par leur ampleur.

Préjudice. D'une part, ne se comptent plus les manquements de l'employeur qui « *causent nécessairement un préjudice aux salariés* »³⁴. Exemples, non sélectionnés: le défaut d'entretien préalable au prononcé d'une sanction disciplinaire cause nécessairement au salarié un préjudice qu'il appartient au juge de réparer³⁵, l'irrégularité de la procédure de licenciement préalable à l'acceptation de la CRP par un salarié (notification par le débiteur, non par l'administrateur) entraîne nécessairement un préjudice pour celui-ci³⁶, le non-respect par l'employeur de ses obligations relatives à la visite médicale de reprise cause nécessairement un préjudice³⁷.

32 B. Dorin, *Discrimination et indemnisation du préjudice de retraite*, Cah. Soc. 2016.

33 La responsabilité des salariés, évidemment, demeure étrangère à cette évolution essentiellement concentrée sur les faits commis par l'employeur.

34 V., au-delà du droit du travail, L. Gratton, *Le dommage déduit de la faute*, RTD civ. 2013, 275.

35 Soc., 19 février 2014, n° 12-35.305, JCP S 2014.1397, note C. Varin.

36 Soc., 17 décembre 2013, n° 12-23.726, JCP S 2014.1126, note G. François.

37 Soc., 15 octobre 2014, n° 13-14.969.

Réparation. D'autre part, est considérable l'essor, du fait de la loi ou du juge, des sanctions forfaitaires³⁸, « à plancher »³⁹, ou « à plafond »⁴⁰, y compris d'ailleurs lorsque le salarié est lui-même responsable⁴¹. Les dommages-intérêts punitifs existent; la pudeur exige qu'ils soient masqués. Le phénomène est particulièrement saisissant à propos de la rupture du contrat de travail où, indépendamment de l'opportune liberté dont dispose le juge d'apprécier l'étendue des préjudices (et qui laisse tout loisir de punir au-delà de la réparation), certaines situations conduisent objectivement à une double indemnisation d'un même préjudice⁴². Les impératifs de prévention et de punition sont parfois expressément consacrés par l'initiative des auteurs de la norme de sociales. Les accords de maintien de l'emploi contiennent « une clause pénale au sens de l'article 1226 du Code civil », qui « s'applique lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements (...). Elle donne lieu au versement de dommages intérêts aux salariés lésés, dont le montant est fixé dans l'accord »⁴³. La convention collective AGIRC prévoit que l'employeur qui n'aurait pas financé à hauteur de 1,5% de la tranche A de rémunération un régime d'assurance décès au profit de ces cadres est tenu, à l'endroit des ayants droit d'un cadre décédé, au versement de trois années de rémunération. La sanction, eu égard aux produits actuels d'assurance, est sans commune mesure avec le préjudice effectivement subi⁴⁴.

38 V. Roulet, *Indemnisation réelle et indemnisation forfaitaire en droit du travail*, in *La sanction en droit du travail*, dir. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 102 ; R. Vatinet, *L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail*, in *idem*, p. 120.

39 V. p. ex. C. trav., art. L. 1235-3 où l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse « ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois ».

40 V. p. ex. : C. trav., art. L. 1235-2 : « Si le licenciement (...) survient sans que la procédure requise ait été observée (...), le juge impose (...) une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ».

41 V. infra.

42 M.-N. Rouspide-Katchadourian, *La singularité de la réparation du préjudice lié à la rupture du contrat de travail*, JCP S 2015, 1121, spéc. n° 19 : « le salarié licencié en raison d'une inaptitude consécutive à une maladie professionnelle jugée imputable à une faute inexcusable de l'employeur doit percevoir une indemnité réparant la perte de son emploi due à cette faute. Ce préjudice est en partie réparé par l'indemnité spéciale de licenciement. Cette dernière ne compense pas le préjudice moral et matériel « supplémentaire » lié au caractère inexcusable de la faute. Cependant, tel est l'objet de l'indemnisation complémentaire visée aux articles L. 452-1 et suivants du Code de la sécurité sociale ». Il n'en va pas différemment de l'indemnisation des salariés protégés licenciés en méconnaissance du statut protecteur (v. R. Vatinet, art. préc.).

43 C. trav., art. L. 5125-2. Où l'affichage – clause pénale – pourrait cependant profiter en définitive à l'auteur de l'inexécution : il est peu probable que les partenaires sociaux (dont l'employeur) soient plus généreux que le juge.

44 Sur la nature (ou non) de clause pénale de cette disposition, comp. Soc., 19 avril 2000, n° 98-15.209 et Soc., 14 juin 2000, n° 98-41.186.

Débat. En dépit du caractère bien établi en droit du travail des modes d'indemnisation forfaitaire, la jurisprudence témoigne de l'agacement de certains acteurs. Les contentieux ne sont pas rares où, quoiqu'avec un succès relatif, le principe de la réparation forfaitaire est critiqué à l'aune, notamment, des droits fondamentaux⁴⁵. Ces agacements n'ont pas encore gagné parfaitement le juge ou le législateur. En dépit des critiques réitérées, limiter les stratégies de violation efficace de la norme sociale constitue toujours un enjeu majeur: le renchérissement de la violation de la loi demeure l'instrument principal⁴⁶. À moins que, le vent tournant, le forfait change de fonction sociale et, se réduisant, glisse imperceptiblement de la sanction vers la limitation de responsabilité⁴⁷.

II. L'imputation

Est toujours surprenante la facilité avec laquelle un responsable – l'employeur – est trouvé par la loi ou le juge. Animée d'une légitime (louable?) intention, la protection du salarié, la pratique trouve ses limites. En théorie, l'« injustice » est parfois flagrante ; en pratique, elle a un coût non négligeable sur l'activité des entreprises. À n'en pas douter, la concentration de l'imputation sur la tête de l'employeur (A) est appelée à évoluer (B).

A. Concentration

À quelques exceptions près, l'employeur est le seul responsable. D'une part, des comportements qui, en droit commun, relèveraient des articles 1147 et 1382 du Code civil⁴⁸, deviennent indifférents au jeu de la responsabilité lorsqu'ils sont accomplis par les acteurs de la relation de travail autres que l'employeur. D'autre part, même si ces autres acteurs sont susceptibles d'être responsables personnellement – et *a fortiori* s'ils ne le sont pas –, l'employeur est le premier débiteur de la dette de réparation. Il faut toutefois se méfier des apparences. Les salariés *victimes et auteurs* bénéficient

45 Il est prétendu, avec des résultats inégaux, soit que le forfait en tant que tel heurte telle liberté ou tel droit (Cons. const. déc. QPC n° 2010-8 du 18 juin 2010 ; Soc., 28 février 2001, n° 98-42.174) soit que les modalités de sa définition portent atteinte, notamment, au principe d'égalité (Soc., 30 novembre 2011, n° 10-21.119 ; Cons. Const. déc. n° 2012-232 QPC du 13 avril 2012 ; Cons. Const. déc. n° 2015-715 DC du 5 août 2015, Const. 2015, 421, note A. Fabre).

46 P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, 2014, spé. p. 117 et s.

47 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015, art. 266, censurée par Cons. Const. déc. n° 2015-715 du 5 août 2015, préc., qui plafonnait les indemnités de licenciement.

48 Ou de l'article 1384, al. 1^{er}, v. infra.

de cette concentration de l'imputation, mais ne sont pas, loin s'en faut, les seuls gagnants. L'État, et les actionnaires, en profitent eux aussi.

Irresponsabilité des salariés. L'irresponsabilité civile des salariés trouve son fondement tantôt dans l'idée selon laquelle l'activité que déployée par le salarié l'est au profit de l'employeur, auquel il incombe, pour cette raison, de prendre à sa charge les conséquences néfastes de l'activité espérée profitable, tantôt dans le principe de prohibition des sanctions pécuniaires. Sa traduction est limpide. À l'égard des tiers, le salarié, du moins tant qu'il exerce ses fonctions, est irresponsable: « *n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant* »⁴⁹. À l'égard de l'employeur, seule la faute lourde du salarié ouvre la voie de sa responsabilité, encore est-elle très strictement entendue. Le détournement d'envergure de sommes revenant à l'employeur⁵⁰ ou l'abus des fonctions en vue de se faire remettre, à titre de gratifications⁵¹, des éléments supplémentaires de rémunération ne constituent pas une faute lourde. Les seuls agissements qui, de fait, reçoivent cette qualification sont ceux qui ont été commis à l'occasion d'un mouvement de grève, lorsqu'ils caractérisent une atteinte à la liberté du travail⁵², à l'intégrité morale ou physique des autres salariés ou entravent le fonctionnement de services d'urgence⁵³. Encore, dans ces dernières hypothèses, la faute lourde n'a pour utilité réelle que celle d'autoriser le licenciement du salarié gréviste: possible en droit, l'indemnisation de l'employeur, pourvu que celui-ci ait subi un préjudice, n'est jamais recherchée. En définitive, il n'y a guère qu'une fois le contrat de travail rompu que le salarié s'expose, de nouveau, à engager sa responsabilité, sur le fondement du droit commun, à l'endroit de son ancien employeur. Il est redevable de l'indemnité de préavis s'il n'exécute pas celui-ci sans l'autorisation de son employeur⁵⁴, voire d'une indemnisation complémentaire, en cas de rupture abusive⁵⁵. Il est responsable d'éventuels actes de concurrence déloyale,

49 Plén., 25 février 2000, n° 97-17.378, 97-20.152. Pour un exemple récent : Civ. 2^{ème}, 16 avril 2015, n° 14-14.573.

50 Soc., 22 octobre 2015, n° 14-11.291, JCP S 2016, 1003, note D. Chenu.

51 Soc., 22 octobre 2015, n° 14-11.801, JCP S 2016, 1003, note D. Chenu.

52 Soc., 15 mai 2001, n° 00-42.200.

53 V. A Martinon, note ss. Soc., 8 février 2012, n° 10-14.083, JCP S 2012, 1362.

54 À moins de justifier cette inexécution d'un motif légitime (Soc., 15 janvier 2014, n° 11-21.907, JCP S 2014, 1255, note L. Draï) étant entendu que, sauf disposition conventionnelle contraire, l'accès à un nouvel emploi ne constitue pas un tel motif (Soc., 28 février 1979, n° 78-40.233).

55 Soc., 23 octobre 1991, n° 88-41.278. La rupture abusive doit vraisemblablement s'entendre ici de la non exécution du préavis, par le salarié, dans l'intention de nuire à son employeur.

en l'absence de clause de non-concurrence (et même en présence d'une clause de non-concurrence nulle⁵⁶) ; il est encore responsable, toujours à l'égard de l'employeur des conséquences néfastes découlant de la violation de son obligation de discrétion voire d'une obligation de confidentialité qui aurait été souscrite durant l'exécution du contrat⁵⁷.

Irresponsabilité des organisations syndicales. Le sort des organisations syndicales représentant les salariés est tout aussi enviable. D'une part, écartant tout principe général de responsabilité du fait d'autrui, la jurisprudence exclut, par principe, qu'elles soient responsable des fautes commises par leurs adhérents, y compris dans le cadre des mouvements collectifs qu'elles organisent : « *un syndicat n'ayant ni pour objet ni pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de ses adhérents au cours de mouvements ou manifestations auxquels ces derniers participent, les fautes commises personnellement par ceux-ci n'engagent pas la responsabilité de plein droit du syndicat auquel ils appartiennent* »⁵⁸. D'autre part, si les organisations syndicales sont bien responsables des fautes qu'elles commentent personnellement sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, ces fautes sont entendues strictement. La responsabilité civile du syndicat ne peut être retenue à seule raison de l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu⁵⁹ ; il faut qu'un acte illicite lui soit imputable, c'est-à-dire ait été commis par ses représentants⁶⁰ en son nom – et avec son approbation au moins implicite. En elles-mêmes, ces solutions ne sauraient être critiquées ; elles tendent à protéger les droits fondamentaux que sont la liberté syndicale et le droit de grève. Il est regrettable qu'elles s'étendent, au moins de fait, aux autres activités syndicales, dont notamment, les fonctions normatives⁶¹.

56 Soc., 3 novembre 2010, n° 09-42.572, JCP S 2011, 1092, note A. Martinon.

57 Soc., 19 mars 2008, n° 06-45.322 : « *une clause de confidentialité destinée à protéger le savoir-faire propre à l'entreprise peut valablement prévoir qu'elle s'appliquera après la fin du contrat de travail et que l'inexécution par le salarié de l'obligation de confidentialité postérieurement à son départ de l'entreprise le rend responsable du préjudice qui en résulte pour celle-ci, même en l'absence de faute lourde* ».

58 Civ. 2^{ème} 26 octobre 2006, n° 04-11.665, JCP S 2006, 1990, note O. Lipérini ; JCP G 2007, II, 10004, note J. Mouly.

59 Soc., 9 novembre 1982, n° 80-13.958. Toutefois, la « grève » au sens juridique est plus restreinte qu'au sens « commun ». Les travailleurs indépendants, par exemple, ne peuvent faire « grève » juridiquement (Soc., 11 janvier 2006, n° 04-16.114, JCP S 2006, 1183, note B. Gauriau).

60 Mais non seulement ses dirigeants (Soc., 9 novembre 1982, préc.).

61 V., sur l'intéressante question de la responsabilité des organisations syndicales à raison des fautes commises dans l'assistance en justice des salariés : M. Diakhaté-Faye, *Défense des intérêts individuels et responsabilité syndicale*, D. 2001, 3625.

Concentration de la responsabilité sur l'employeur. La conséquence originale que produit cette exclusion de la responsabilité des salariés et des organisations syndicales est que le droit du travail rend un hommage appuyé aux origines romaines du terme responsabilité. À l'égard du salarié, l'employeur, effectivement, se porte garant. Il n'est pas seulement tenu des fautes qu'il commet, mais encore des fautes imputables à des tiers, plus ou moins respectables.

Par des voies de droit différentes – indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles⁶², manquement à l'obligation de sécurité de résultat, indemnisation de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail – l'employeur assume d'abord les fautes commises par des tiers à l'entreprise qui causent quelques dommages à ses salariés. Les espèces prennent parfois les allures de mauvais Vaudeville. L'employeur (en cette qualité) est responsable des dommages causés par son épouse à sa secrétaire lorsque, de notoriété publique, il ne « *pouvait ignorer l'état psychologique et le ressentiment* » que la première nourrissait à l'endroit de la seconde. L'agression ne revêtait ni un caractère irrésistible, ni un caractère imprévisible ; elle ne saurait constituer la force majeure l'exonérant de sa responsabilité au titre de l'obligation de sécurité de résultat⁶³. Plus discutables, et discutées, étaient les solutions adoptées par la Cour de cassation sur le fondement de l'obligation de sécurité de résultat. La réalisation du dommage suffisait, seule, à établir la faute de l'employeur quoique, de toute évidence, celui-ci était étranger à sa survenance⁶⁴ : elle autorisait le salarié à rompre le contrat de travail, aux torts de l'employeur.

L'innocence de l'employeur est parfois plus prononcée, voire certaine. Et l'auteur véritable du trouble, bien plus respectable (du moins paraît-il). L'activité normative de l'État, incertaine dans sa qualité⁶⁵, appelle sa responsabilité, sans que l'employeur profite réellement de l'existence

62 Soc., 10 juin 1987, n° 85-16.868, préc.

63 Soc., 4 avril 2012, n° 11-10.570, JCP S 2012, 1330, note D. Boulmier.

64 Y. Pagnerre, *Harcèlement entre salariés et responsabilité sans faute de l'employeur*, JCP S 2011, 1565.

65 V. dernièrement, CE, 18 décembre 2015, n° 373968 où le conseil d'état annule partiellement le décret n° 2013-915 du 11 octobre 2013 qui prévoit la possibilité d'accorder une dérogation pour permettre une exposition des jeunes travailleurs âgés d'au moins 15 ans et de moins de 18 ans à un empoussièremment des fibres d'amiantes : « *le ministre n'a pas justifié (...) des circonstances l'ayant conduit à estimer que les besoins de la formation professionnelle des jeunes travailleurs rendaient nécessaires (...) des dérogations pour des opérations susceptibles d'exposer les mineurs à un empoussièremment pouvant aller jusqu'à 6 000 fibres par litre, et de leur faire courir un risque important pour leur santé en cas de méconnaissance des mesures de protection imposées par la réglementation en vigueur* ».

de ce « co-auteur » du dommage, et potentiel co-débiteur de la réparation. Certes, le droit existe pour l'employeur qui a supporté l'indemnisation du salarié de se retourner contre l'État à raison de la faute que celui-ci aurait commise dans l'élaboration de la norme⁶⁶. Mais, ou bien les conditions d'engagement de la responsabilité sont restrictives⁶⁷, ou bien les circonstances de fait sont dissuasives. Le coût de la procédure, sa durée, sa complexité n'invitent pas l'employeur à s'en saisir. Ainsi le contrat nouvelle embauche (CNE), qui donna lieu à de curieuses innovations politiques⁶⁸, permit à la Cour de cassation d'appliquer hiérarchie des normes dans toute sa vigueur. Au lendemain de sa création par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, certains employeurs s'en saisirent et conclurent ce type de contrat avec certains salariés. Avant que la contrariété de ces dispositions avec la Déclaration n° 158 de l'Organisation internationale du travail soit constatée, certains employeurs avaient déjà rompu les CNE qu'ils avaient conclus. Les salariés intéressés eurent beau jeu, une fois l'inconventionalité acquise, de contester en justice la régularité de la rupture. Ils obtinrent gain de cause⁶⁹. L'employeur ayant strictement respecté la loi fut tenu envers les intéressés et, comme espoir, conserva celui d'un recours contre l'État à raison de la contrariété de la loi interne à une norme internationale.

En revanche, l'action normative des organisations syndicales continue d'échapper à tout mécanisme de responsabilité, l'employeur assumant seul, à l'égard des salariés, les fautes qui seraient commises lors de l'élaboration des conventions collectives de branches⁷⁰. La jurisprudence *Gardedieu* n'est pas étendue aux partenaires sociaux. L'incohérence que constitue, d'une part, l'accroissement des pouvoirs normatifs de ces derniers et l'irresponsabilité dont ils jouissent dans cette activité a déjà été soulevée, alors même que les enjeux pour les entreprises sont importants⁷¹.

66 Peu important l'objet de la norme étatique, qu'elle ait trait à la protection de la santé des salariés (v. CE, 9 novembre 2015, n° 342468, JCP S 2015, 1474, note C.-F. Pradel, P. Pradel-Boureaux, V. Pradel et, plus généralement S. Brimo, *L'État et la protection de la santé des travailleurs*, LGDJ 2013), où à un autre objet (v. infra). Au demeurant, le salarié victime du préjudice peut agir contre l'employeur, ce qu'il fait le plus souvent, ou directement contre l'État, ce qui est plus exceptionnel.

67 CE, 9 novembre 2015, préc.

68 Où la Présidence de la République elle-même recommandait publiquement de ne pas respecter la loi.

69 Soc., 15 décembre 2010, n° 08-45.242.

70 À la rédaction desquelles il ne participe pas.

71 Y. Pagnerre, *Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs*, JCP S 2012, 1001.

Ubi emolumentum ibi onus? L'État, les syndicats et les salariés ne sont pas les seuls bénéficiaires de cette situation juridique. Les acteurs économiques qui tirent un profit quasi-direct de l'activité de l'employeur jouissent d'une immunité comparable. Dans un groupe de sociétés, qui, de la société mère ou de la filiale, est responsable à l'endroit des salariés de la seconde en cas de faute commise par la première? La personne juridique qu'est l'employeur est responsable à l'endroit des salariés au prétexte sous-jacent que c'est elle qui bénéficie de l'activité économique de ceux-ci. En revanche, les personnes juridiques qui, elles-mêmes tirent profit de l'activité de l'employeur continuent d'échapper au transfert de la charge de responsabilité. D'une part, les conditions du coemploi continuent d'être entendues strictement⁷² ; d'autre part les conditions de mise en jeu de la responsabilité de la société mère à l'égard des salariés des filiales sont très encadrées. Accrochée à la personnalité morale, la Cour de cassation n'accueille l'indemnisation des salariés que si le comportement de la maison mère est fautif non au regard des salariés mais au regard de la personne morale qui les emploie. La faute est recherchée et pensée non dans les rapports société mère – salariés de la société fille, mais dans les rapports société mère – société fille. Et ce n'est que si une faute est établie dans ces rapports que – curieusement – la société mère est tenue d'indemniser les salariés de la filiale⁷³. En d'autres termes, les salariés accèdent au statut de victime par ricochet (sur la filiale), non à celui de victime directe des sociétés mères: sont responsables celles qui, parmi ces dernières, ont « *par leur faute et légèreté blâmable, concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résultée* »⁷⁴. Aussi longtemps que l'employeur ne subit pas un préjudice propre (de fait sa faillite), la maison mère, dépourvue de toute obligation – même extracontractuelle – à l'endroit des salariés demeure irresponsable: « *l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur; [...] une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernière d'une obligation de reclassement [...], elle ne répond pas, à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement* »⁷⁵.

72 Soc., 10 décembre 2015, n° 14-19.316.

73 Comp., à propos de l'action en responsabilité engagée par les salariés contre la banque ayant fourni des crédits ruineux à l'employeur, Com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, JCP S 2015, 1278, note G. Loiseau.

74 Soc., 8 juillet 2014, n° 13-15.573, JCP S 2014, 1311, note G. Loiseau.

75 Soc., 13 janvier 2010, n° 08-15.776, v. J.-M. Olivier, *L'affaire Flodor : suite et presque fin*, JCP S 2010, 1225.

Ce qui vaut dans les groupes de société vaut également dans des ensembles constitués des participants à une opération de sous-traitance ou d'externalisation. Le « profit » du donneur d'ordre est étroitement dépendant des coûts facturés par ses fournisseurs. La réduction des coûts engendrés par le respect de la norme sociale – salaire, santé, sécurité... – chez ces derniers bénéficient donc directement au donneur d'ordres. Pour autant, celui-ci n'assume jamais, ou presque, les conséquences, en termes de responsabilité, de la méconnaissance des obligations sociales pesant sur le sous-traitant pris en sa qualité d'employeur⁷⁶.

B. Évolution

Au nom de l'efficacité économique, d'aucuns défendent actuellement la *simplification* du droit du travail. Outre que les propositions avancées, telle la réduction du Code du travail à cinquante articles de loi (et dix mille de conventions collectives?), feraient sourire n'importe quel conseiller prud'homal, il y a sérieusement de quoi douter que la démarche de simplification s'attèle aux réelles difficultés que connaissent les employeurs. Si le courage politique animait réellement ses défenseurs, il y aurait effectivement de quoi tailler à la serpe. Mais il faudrait alors s'attaquer à la cause réelle et sérieuse de licenciement – du moins à sa formalisation –, à la durée du travail, à la rupture du contrat de travail des salariés en arrêt de travail... Faute de courage⁷⁷, il faudrait peut-être délaisser la politique spectacle et chercher de l'autre côté du miroir les progrès à accomplir. L'imputation est l'un de ces domaines ou, sans bruit et sans altération sensible de l'équilibre des règles du droit du travail, la simplification « utile » peut intervenir. Ces éléments de simplification se trouvent non dans la norme formalisée mais dans la norme informelle, non dans la *prescription* écrite et souvent codifiée, mais dans la *sanction*. Celle-ci, formellement, est le fruit d'une activité jurisprudentielle inaccessible aux employeurs (et parfois même aux salariés) et, substantiellement, est assise sur une responsabilité exclusive de l'employeur dont rien n'indique qu'elle soit, en tant que telle, immanquablement favorable aux salariés⁷⁸.

76 V. G. Bargain, *Le „travail en sous-traitance“: Quelle protection de la santé et de la sécurité des salariés ?*, in *„De Quelques aspects contemporains de la sous-traitance“*, dir. J. Bourdoiseau, M. Oudin, V. Roulet, Lextenso, à par.

77 ... ou parce que les droits des travailleurs ont encore une valeur ?

78 Les salariés eux-mêmes auraient tout intérêt à ce que l'État garantissent la légalité des conventions et accords collectifs dont il décide l'extension ; ils auraient également tout intérêt, y compris pour l'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles, à ce que les comportements fautifs de la société mère (voire du donneur d'ordre) soient plus aisément couverts par des

Ce travail d'allègement de la responsabilité de l'employeur (sans préjudice de la protection des salariés) est déjà ponctuellement engagé. La voie empruntée consiste à la fois à retransférer la responsabilité sur la tête d'un tiers, y compris la victime⁷⁹, à supprimer le principe même de la responsabilité tout en instituant (ou réinstituant) des garanties propres à assurer que le droit du salarié ne sera pas violé ou son intérêt lésé: chasser la sanction *a posteriori* pour privilégier un contrôle institutionnel *a priori*, réévaluer la puissance normative des auteurs des normes.

Transfert de la responsabilité. Au moins sur l'un des thèmes du droit social, est engagé depuis plusieurs années, quoiqu'à pas prudent, un reflux sensible des cas dans lesquels l'employeur engage sa responsabilité à l'endroit des salariés. L'obligation de sécurité de résultat ne laissait hier guère d'espoir à l'employeur dont le salarié avait, au cours ou à l'occasion de l'exécution du contrat de travail, subi quelque mal. Elle s'ouvre peu à peu aux causes d'exonération, totale ou partielle, de la responsabilité. Il s'agit d'abord de la réintroduction, certes discrète, de la faute dans l'appréciation de l'exécution de l'obligation de sécurité de résultat⁸⁰. Il s'agit ensuite de la modulation indirecte du préjudice en matière d'harcèlement sexuel ou moral. Le principe demeure: « *l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, manque à cette obligation lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail d'agissements de harcèlement moral ou sexuel exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures pour faire cesser ces agissements* »⁸¹. Mais que les faits se réalisent, l'employeur est tenu d'indemniser le salarié du préjudice subi. Toutefois, ces faits, seuls, n'autorisent plus le salarié à prendre acte de la rupture du contrat de travail et, donc, à demander à l'employeur l'indemnisation du préjudice résultant de la perte d'emploi. La victime, pour provoquer la rupture tout en prétendant à l'indemnisation par l'employeur doit désormais établir que l'employeur a commis un manquement grave. Le comportement de l'employeur (mesures de prévention, réactivité...), et non plus seulement le préjudice lui-même, est pris en compte pour apprécier l'indemnisation de la rupture⁸².

mécanismes de responsabilité. Quant à l'employeur – entrepreneur – il verrait un certain nombre de risques s'effacer.

79 Voir de laisser à la charge de la victime le poids du dommage.

80 Soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444, jugé, il est vrai, dans une espèce très particulière, à paraître au bulletin de la Cour de cassation.

81 Soc., 11 mars 2015, n° 13-18.603, JCP S 2015, 1191, note L. Flament.

82 Soc., 3 décembre 2014, n° 13-18.743, JCP S 2015, 1135, note J. Gérard. Ce qui n'exclut pas que le salarié, sans pouvoir réclamer l'indemnisation de la rupture du

Contrôle a priori. La seconde évolution est assez piquante. Les employeurs redécouvrent aujourd'hui les vertus du contrôle a priori par les institutions étatiques, qu'ils avaient pourtant pourfendues dans les années quatre-vingts. Le contrôle des actes n'est plus une mise sous tutelle des opérateurs privés par l'État, mais un vecteur de sécurisation. Chassé en 1986 de la procédure de licenciement économique, l'État y fut réintroduit, certes sous une forme différente, en 2013. Parallèlement, cette intervention étatique qui, toujours, s'accompagne d'une « consolidation » de l'acte soumis à contrôle s'est répandue: la rupture amiable du contrat de travail, les plans de participation ou d'intéressement...

Réévaluation (rehiérarchisation?) des normes. La troisième voie dans laquelle la protection juridique de l'employeur est recherchée tient au constat que l'empilement des normes et leurs hiérarchie est une source de complexité – donc de responsabilité – pour les entreprises⁸³. L'idée est alors, autant que le permet l'ordre juridique, de faire en sorte que la norme la plus proche de l'entreprise – la convention collective puis le cas échéant la loi – se trouve, plus ou moins artificiellement, la norme suprême. Effectivement, dès lors que la convention collective s'élève au-delà des dispositions légales voire constitutionnelles, la *faute* que constituerait la violation de celles-ci en application de celle-là disparaît. Ce fut précisément ce que réalisa la Cour de cassation début 2015 lorsqu'elle jugea que « *les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées* »⁸⁴. S'effaçait quasi-parfaitement le risque – donc la responsabilité – pesant sur l'employeur de rompre l'inégalité de traitement à l'occasion de la stricte observation des dispositions impératives d'une convention collective. Le projet, jusqu'à présent repoussé, d'élever de façon expresse la négociation collective dans la Constitution⁸⁵, devrait amplifier ce frémissement. Demeure à savoir si une telle œuvre pourra être accomplie à propos de la loi, si souvent démentie ou désavouée

contrat de travail à son employeur, faute de manquement suffisamment grave de celui-ci obtienne la réparation du préjudice directement lié au harcèlement dont il a fait l'objet.

83 Le contentieux afférent au forfait-jour a fourni d'éloquentes illustrations de la difficulté.

84 V., p. ex. : Soc., 27 janvier 2015, n° 13-25.437, Adde J. Daniel, *Différences de traitement entre catégories professionnelles : la justification n'évite pas le soupçon*, JCP S 2015, 1054.

85 Le droit à la négociation collective est aujourd'hui compris dans la liberté syndicale affirmée à l'alinéa 7 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

par les normes supérieures auxquelles l'employeur « moyen » n'a, de fait, pas accès. Très certainement, le législateur par la qualité de son travail, plus que le constituant, par la force de sa volonté, a dans ses mains les instruments de l'ambition qu'il proclame. Il n'y a plus qu'à...

Bibliographie

– Ouvrages

de Castries H., Molfessis N. (dir.), *Rapport Sécurité juridique et initiative économique*, dir., Club des juristes, 2015.

Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, 2014, spé. p. 117 et s.

Radé C., *La contribution de la responsabilité du salarié à l'élaboration du statut du travailleur salarié*, LGDJ, 1997.

Teyssié B., *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012.

– Articles

Asquinazi-Bayeux D., *Un nouveau droit de la protection sociale*, JCP S 2015, 1235.

Bargain G., *Le « travail en sous-traitance »: Quelle protection de la santé et de la sécurité des salariés?*

G. Bargain, *Le „travail en sous-traitance” : Quelle protection de la santé et de la sécurité des salariés ?*, in „De Quelques aspects contemporains de la sous-traitance”, dir. J. Bourdoiseau, M. Oudin, V. Roulet, Lextenso, à par.

Jourdain P., *Les préjudices d'angoisse*, JCP G 2015, doct. 739.

Olivier J.-M., *L'affaire Flodor: suite et presque fin*, JCP S 2010, 1225.

Pagnerre Y., *Harcèlement entre salariés et responsabilité sans faute de l'employeur*, JCP S 2011, 1565.

Pagnerre Y., *Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs*, JCP S 2012, 1001.

Rouspide-Katchadourian M.-N., *La singularité de la réparation du préjudice lié à la rupture du contrat de travail*, JCP S 2015, 1121.