

# Les principes du droit civil de la réparation de l'entier préjudice appliqués aux rapports de travail

par *Marianne KELLER*,

Maître de conférences émérite à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

## PLAN

- I. La réparation en nature
- II. La cessation de l'illicite
- III. La réparation financière
- Conclusion

**1. La naissance d'un rapport de travail, son exécution comme sa fin peuvent donner lieu à toutes sortes de préjudices subis par les salariés comme par l'employeur et les tiers à la relation de travail. Dans le cadre de cette journée consacrée à la réparation des préjudices subis au sein de l'entreprise et du fait de l'employeur par les salariés ou leurs représentants, mon exposé se limitera à l'analyse du régime juridique de la réparation des préjudices subis par les salariés individuellement.**

**2. Le rappel des principes du droit civil de la réparation de l'entier dommage a pour objet d'essayer de déterminer les moyens d'une réparation effective des différents préjudices subis par les salariés au sein de l'entreprise. Le fil conducteur de l'analyse est le postulat selon lequel la réparation effective est d'abord une réparation en nature, une réparation intégrale si elle est financière, une réparation bénéficiant collectivement à l'ensemble des salariés touchés par la mesure de gestion patronale irrégulière et enfin une réparation intervenant en cours d'exécution du contrat de travail et non seulement, comme c'est actuellement le plus souvent le cas, à l'occasion du licenciement.**

La règle civiliste de la réparation intégrale du préjudice résultant de l'inexécution du contrat est énoncée à l'article 1149 du Code civil en matière contractuelle. En matière délictuelle, en cas de faute consistant dans la méconnaissance d'un devoir né de la loi ou d'une autre source de droit, elle est rattachée à l'article 1382 du même code qui oblige celui qui a causé par sa faute un dommage à autrui à le réparer.

**3. La distinction traditionnelle entre responsabilité contractuelle et délictuelle est sans incidence sur la règle de la réparation intégrale, sauf dans certaines modalités de la réparation en nature telle la condamnation à l'exécution du contrat (1). De façon générale, la distinction a perdu de son intérêt pratique en droit interne. Elle n'en a plus, par exemple, en matière de prescription depuis la loi du 17 juin 2008 qui a réformé le droit de la prescription civile. Demeure la règle dite du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle qui interdit à la victime de choisir le régime qui lui serait le plus favorable. Pour échapper par exemple à l'impossibilité de la réparation du dommage imprévisible du droit de la responsabilité contractuelle. Ou encore pour bénéficier de la garantie d'une assurance-responsabilité que seul le droit de la responsabilité délictuelle permet. Aujourd'hui, la distinction ne garde de véritable intérêt qu'en droit international privé, la loi d'autonomie du contrat (Rome 1) et la loi du lieu du délit (Rome 2) n'étant pas la même. De même, la règle de compétence internationale diffère selon que la responsabilité est contractuelle ou délictuelle (Bruxelles 1).**

(1) V. *infra* I. La réparation en nature.

Planiol déjà en 1896 soulignait le caractère artificiel de la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle en remarquant que la violation d'une obligation contractuelle peut toujours se ramener à la violation de l'obligation légale d'exécuter les conventions et qu'ainsi « *la faute, même dans les contrats, est délictuelle* » (2). Certains préconisent de la supprimer. Et nombreux sont d'ores et déjà les indices d'un rapprochement. Ainsi de la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des accidents de la circulation, ou de la loi du 19 mai 1998 sur les produits dangereux qui, toutes deux, excluent la distinction entre les situations contractuelles et extra-contractuelles (3). Si l'avant-projet *Catala* de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au garde des Sceaux le 22 septembre 2005 la maintient, il supprime la règle du non-cumul pour les victimes de dommages corporels (4) et en faveur du tiers victime d'une inexécution contractuelle lorsque cette dernière se double d'une faute délictuelle (5). La proposition actuelle de réforme de la responsabilité civile déposée sur le bureau du Sénat le 9 juillet 2010 (6) l'aménage également (7).

4. Qu'elle répare l'inexécution du contrat ou une faute délictuelle, la règle civiliste de la réparation intégrale, fût-elle mise en œuvre par les juges du travail – ce qui est loin d'être le cas – ne suffit pas à elle seule à remplir la fonction de réparation requise en notre matière. Il faudra donc faire le clair sur le principe de droit commun et réfléchir aux autres modes appropriés de réparation du préjudice que le droit légal, mais encore judiciaire, transactionnel et conventionnel (de la négociation collective) mettent à la disposition des juristes du travail pour garantir la bonne exécution de la relation de travail.

5. A l'origine et en l'absence d'un droit pénal du travail spécifique garantissant les droits individuels et collectifs des salariés, qui se développera plus tardivement dans la deuxième partie du XX<sup>e</sup> siècle (8), la réparation du préjudice né du rapport de travail est mise en œuvre à travers les seuls principes de la responsabilité du droit civil.

Dans tous les domaines de la vie en société, la responsabilité civile est conçue tout d'abord comme moyen de sanctionner les actes illicites ou nuisibles, puis d'assurer l'indemnisation des victimes du dommage. Mais dans les relations de travail, l'idée s'est très vite imposée que les risques auxquels étaient exposés les salariés – dont le premier est l'accident du travail – ne pouvaient rester à leur charge, ni même à celle du seul employeur. Ainsi un régime spécifique de réparation des risques professionnels – sociaux – fondé sur le risque d'entreprise est-il né avec la révolution industrielle. La loi du 9 avril 1898 relative à la responsabilité en cas d'accident du travail supprime l'exigence d'une faute de l'employeur pour lui substituer l'idée de responsabilité objective, en échange cependant de l'octroi d'une réparation forfaitaire.

6. La réparation spécifique de l'accident du travail est à rapprocher des règles, élaborées elles aussi dans le giron du capitalisme industriel, de la réparation du préjudice résultant de l'autre risque majeur pour les salariés qu'est la perte de leur emploi. La loi du 27 décembre 1890 énonça que le licenciement peut donner lieu à des dommages-intérêts, ce qui renvoyait à l'idée de l'abus du droit, c'est-à-dire de faute de l'employeur dans l'exercice de son droit, dédagée à la même époque par les tribunaux. Mais la nécessité pour le salarié de prouver, outre son préjudice, la faute de l'employeur et leur lien causal explique l'émergence précoce d'autres règles en la matière. Et c'est l'idée différente, née des usages, reprise par les conventions collectives et tardivement généralisée par une ordonnance du 13 juillet 1967, que tout licenciement, même sans faute de l'employeur, c'est-à-dire avec ou sans

(2) Note D. 1896.2. 457 et 458.

(3) Sur la tendance du droit positif contemporain à délaissier la distinction entre les deux responsabilités, v. G. Viney *Introduction à la responsabilité*, LGDJ 2008 n° 245 et les références citées.

(4) Article 1341 alinéas 1 et 2 dans l'avant-projet.

(5) Article 1342 dans l'avant-projet.

(6) Proposition de loi n° 657 présentée par Laurent Bêteille, Sénat, session extraordinaire de 2009-2010.

(7) En faveur du tiers victime d'une inexécution contractuelle dans le même sens que l'avant-projet *Catala*, v. *supra* note 3. Pour l'appréciation critique de cette proposition de loi du 9 juillet 2010 v. l'édito de Félix Rome et l'entretien avec P. Brun au Recueil Dalloz n° 32 du 23 septembre 2010.

(8) Sur l'histoire du droit pénal du travail v. A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec 2008 n° 1 à n° 13 et références doctrinales citées. Les auteurs rappellent que le Code pénal de

1810 rendait la répression pénale plus sévère pour les salariés que pour les employeurs. Ils considèrent que le point de départ de la transformation de la fonction de la norme pénale dans les rapports de travail date de la loi du 5 juillet 1972 portant réforme des pénalités en droit du travail qui se veut « instrument d'efficacité » de ce dernier. Cette politique législative poursuivie depuis trouve un point d'orgue avec le Code pénal de 1992 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994) et la loi *Perben II* du 9 mars 2004 (entrée en vigueur le 31 décembre 2005) qui « modernisent » le droit pénal du travail et donnent à la responsabilité pénale des personnes morales l'un de ses terrains d'élection. En même temps que se développe une réflexion doctrinale critique en faveur de la dépenalisation du droit du travail « à mettre en relation avec le rôle préventif de la sanction pénale, spécialement l'outil qu'elle représente pour l'inspection du travail » pour ne pas dépenaliser « plus qu'il n'est juste et utile ». Sur responsabilité/réparation/prévention v. infra n° 10.

justification, donne lieu au versement d'une indemnité dite de licenciement. Cette dernière est indépendante de la démonstration d'un préjudice et fonction du salaire et de l'ancienneté. Du droit commun de la responsabilité civile pour faute de l'employeur, le droit du travail évolue là encore peu à peu vers une indemnisation détachée de la responsabilité et fondée sur le risque.

7. A cette responsabilité objective correspond la mise en œuvre de procédés nouveaux d'externalisation et de mutualisation des risques sociaux. Tels la Sécurité sociale, l'assurance-chômage et les assurances de responsabilité. Les prestations, qui sont elles-mêmes financées par des cotisations patronales, sont versées aux victimes d'accidents du travail par un tiers, la caisse de Sécurité sociale. L'Assedic verse au salarié ayant perdu son emploi les allocations d'assurance-chômage financées par des cotisations patronales et salariales (à l'issue du délai de carence fonction des indemnités de rupture du contrat supra légales versées précédemment par l'employeur).

Alors que la charge de l'indemnité de licenciement était conservée en auto-assurance (par la constitution de provisions), les entreprises s'assurent désormais contre ce risque d'avoir à payer des indemnités de licenciement. Ainsi la responsabilité civile, jadis seul instrument de réparation du dommage, s'insère-t-elle aujourd'hui dans un ensemble de mécanismes issus de la pratique et de l'évolution du droit et qui concourent ensemble à l'indemnisation du dommage. Le législateur a en effet à la fois légalisé les pratiques et entouré de garanties légales les actes de gestion de l'employeur, dans sa relation individuelle avec les salariés comme au bénéfice de leurs institutions représentatives.

8. Les garanties légales du droit du travail ont elles-mêmes été renforcées par des sanctions pénales qui sont l'occasion de la mise en œuvre d'une responsabilité pénale du chef d'entreprise. Des interférences sont donc possibles à chaque fois qu'un même acte préjudiciable au(x) salarié (s) ou à leurs institutions de représentation engage à la fois la responsabilité pénale et civile de l'employeur. La répression pénale est aussi un facteur de développement simultané de la responsabilité civile parce que l'intervention du juge pénal « fixe souvent le sens de la règle extra-pénale dont la violation est invoquée » (9). Tout le contentieux du droit syndical, du droit du comité d'entreprise comme des accidents du travail en témoigne (10). D'où l'importance d'appréhender dans leur ensemble et dans leur articulation les différents mécanismes de la responsabilité de l'employeur comme de la réparation des préjudices subis par les salariés à l'occasion du travail, aux fins de garantir *in fine* leur réparation intégrale. Cependant, en raison du temps imparti, les principes de la responsabilité civile seront ici seuls étudiés.

9. La confrontation des principes du droit civil avec les règles du Code du travail consacrées à la réparation du préjudice né de la perte de l'emploi servira de fil conducteur concret à l'exposé. Elle sera aussi un point d'appui pour les « échanges croisés entre avocat et juges sur le quantum et les tabous de la réparation ». Les exposés consacrés dans la suite de la journée à d'autres mécanismes de réparation du préjudice subi par les salariés propres au droit du travail, telles l'assurance-chômage, la garantie des salaires par l'AGS, la réparation des accidents du travail ou encore la réparation des préjudices en droit collectif du travail, permettront de mesurer leur effectivité au regard du principe « idéal » de la réparation intégrale du préjudice subi. Pour conclure sur les pratiques à corriger, les règles à investir et celles éventuellement à modifier.

10. La difficulté première du principe civiliste appliqué à la relation de travail est celle de la nature pour une grande part extra-patrimoniaire des préjudices subis par les salariés et leurs représentants à l'occasion du travail. Le préjudice résultant de la perte de l'emploi, de l'accident du travail a évidemment une dimension économique primordiale, le travail étant le gagne-pain du salarié et des siens, mais les droits de sa personne sont également en cause. Or le dommage résultant de l'atteinte à ces derniers, de même que celui résultant de la violation par l'employeur du droit syndical ou des prérogatives des institutions représentatives du personnel et, de façon générale, des « droits sociaux et économiques

(9) V. A. Cœuret et E. Fortis préc. n° 10.

(10) L'exemple le plus ancien de cet apport du juge pénal à la norme du travail est celui de l'entrave au statut protecteur du représentant du personnel constitué par le seul fait d'exercer une action en résolution de son contrat de travail (v. l'affaire *Perrier* qui a trouvé son issue avec un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation le 21 juin 1974, D. 1974. 594, concl. Touffait, Dr. Ouv. 1974 p. 320 et 189, n. M. Boitel). L'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 13 octobre 2009, n° 09-80.857, Dr. Ouv. 2010 p. 543, n.

E. Lafuma, en constitue un exemple récent. Il précise les conditions dans lesquelles la responsabilité d'une personne morale peut être engagée lorsque plusieurs sociétés ont, dans le cadre d'un groupement d'entreprises, confié au même délégataire la mission de veiller au respect de la réglementation d'hygiène et de sécurité du travail à l'occasion de leur activité commune : au cas d'accident du travail, la personne morale condamnée doit être l'employeur de la victime. Pour une étude d'ensemble de la jurisprudence relative à la délégation multi-entreprises, v. note A. Cœuret, SSL n° 1428 du 11 janvier 2010 p. 9.

**particulièrement nécessaires à notre temps » est difficile, voire impossible à évaluer en argent. L'argent, nerf de la guerre économique, ne « répare » pas l'atteinte aux libertés et droits fondamentaux des personnes. Seule l'exécution par l'employeur de ses obligations contractuelles et légales à l'égard des salariés est à même de les garantir. D'où la place privilégiée dans les rapports de travail de la réparation en nature (I) et, de façon générale, de la cessation de l'illicite (11) envisagée comme une fonction spécifique de la responsabilité civile. La cessation de l'illicite (II) a en effet dans les rapports de travail des potentialités importantes (par la condamnation au respect de l'obligation de faire ou de ne pas faire, à la remise en état, au rétablissement de la légalité violée, au constat de la nullité de l'acte de gestion patronale irrégulier). La réparation indemnitaire par équivalent (III) n'a pas pour autant qu'un rôle second – à cet égard la modicité des sommes allouées aux salariés devant les Conseils de prud'hommes tout particulièrement est un « scandale » justifiant l'organisation de plusieurs journées de travail comme celle d'aujourd'hui –, mais un rôle à réaménager. Notamment à travers les modalités de la réparation financière qui doivent devenir, en notre matière, un instrument de dissuasion financière (donc de prévention) par l'importance des sommes allouées par les juges à la demande des salariés et même d'office. Ces sommes n'étant pas constituées des seuls dommages-intérêts de réparation, mais encore des astreintes à la disposition des juges pour faire respecter leurs injonctions, des sommes allouées au titre de l'article 700 CPC (12), notamment. Si bien que la « figure » de la réparation intégrale demeure pour une large part à forger en droit du travail.**

**11. Avant d'entrer dans le détail de l'analyse de la réparation du préjudice à la charge de l'employeur, il convient de souligner l'actualité de la difficulté de la détermination de l'employeur responsable. Outre les difficultés propres de la détermination du responsable en matière d'accident du travail, le double processus en cours de concentration des capitaux et d'externalisation des emplois rend évidemment la question de la détermination de l'employeur (chef d'entreprise) responsable plus complexe à l'égard de l'ensemble des prérogatives patronales. Il impose d'étendre au-delà des frontières traditionnelles de l'entreprise (groupe, souvent international, entreprise sous-traitante...) le champ de la détermination du « décideur » *in fine* responsable, tout comme le cercle des victimes potentielles de la gestion patronale. Différents exposés de la journée apporteront des éléments de réponse et de réflexion.**

## I. La réparation en nature

12. Si l'on admet que toute réparation autre que pécuniaire est une réparation en nature, la notion recouvre des procédés divers en matière contractuelle et délictuelle. Mais alors que la faute délictuelle débouche uniquement sur une action en responsabilité, l'inexécution du contrat ouvre en outre au créancier la possibilité de demander l'exécution de l'obligation. L'intérêt de la distinction réside en ce que le droit à l'exécution étant un effet direct du contrat, il peut être mis en œuvre sans avoir à justifier d'un préjudice alors que le droit à la réparation du dommage contractuel, n'existant qu'à partir du moment où le créancier constate l'impossibilité d'obtenir l'exécution ou renonce à celle-ci, exige la preuve d'un dommage. Sans lequel il n'y a rien à réparer (13). Ainsi le droit civil distingue-t-il en matière contractuelle entre le dommage consubstantiel réparé par l'exécution de l'obligation et le

dommage consécutif dont la réparation en nature peut être demandée au cas d'inexécution.

13. *L'exécution de l'obligation.* Des mesures d'exécution d'une obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire peuvent être ordonnées sur le fondement des art. 1143 et 1144 du C. Civ. L'exécution doit, si elle est demandée, être ordonnée par le juge de préférence à toute autre dès lors qu'elle est encore possible. La Première chambre civile de la Cour de cassation a affirmé la hiérarchie entre le droit à l'exécution ou au paiement et les autres sanctions de l'inexécution (14). Il y a une limite du mécanisme, tout au moins dans le contentieux prud'homal du travail puisque l'action en justice du salarié pour demander à l'employeur l'exécution de son obligation n'est pas protégée (sauf en matière d'égalité de traitement homme/femme) (15) par

(11) V. Thèse C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Aix-Marseille III, 2006, publiée chez Dalloz, 2008.

(12) La condamnation de l'employeur à la prise en charge des frais de justice de l'action du CHSCT récemment acquise constitue un exemple de « l'arsenal » des condamnations pécuniaires dissuasives : Cass. soc. 2 décembre 2009, D. 2010, AJ 23. Un des apports de la proposition de loi réformant la responsabilité

civile déposée sur le bureau du Sénat le 9 juillet 2010 (proposition n° 657) est la création de dommages-intérêts punitifs : v. Entretien avec Philippe Brun, D. 2010.2144.

(13) V. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ 2008, n° 166-16 et s.

(14) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, inédit, RTD civ. 2003.709, obs. J. Mestre et B. Fages.

(15) Art. L. 1144-3 C. trav.

la nullité du licenciement ou de toute autre mesure de rétorsion patronale à l'encontre du salarié assez audacieux pour saisir le Conseil de prud'hommes du différend. Dès lors, l'exécution de l'obligation, mesure privilégiée de l'effectivité de la sanction dans la mesure où elle permettrait aux salariés d'obtenir le respect de leurs droits alors que le contrat est en cours d'exécution (le paiement du salaire conventionnel, le bénéfice d'une promotion, de l'adaptation aux évolutions de son emploi par une formation adéquate, la requalification de son contrat précaire irrégulier...), demeurera pour le salarié une liberté virtuelle tant que son droit d'agir en justice ne bénéficiera pas d'une garantie juridique à la mesure de sa qualité de droit fondamental (15 bis). L'exécution de l'obligation est par contre utilement mise en œuvre dans le contentieux des grands licenciements économiques quand l'employeur n'a pas respecté son obligation d'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi (16).

D'autres moyens de riposter à l'inexécution existent en droit civil, telles la résolution pour inexécution, la suspension par le jeu de l'exception d'inexécution et la réfaction du contrat par le juge. Ils sont de portée variable en droit du travail (17).

14. *La réparation en nature.* Qu'il s'agisse de responsabilité contractuelle ou délictuelle, divers procédés destinés à supprimer le dommage, le limiter ou le prévenir garantissent la réparation en nature. Ainsi de la reconstitution de la situation matérielle en cas d'atteinte physique à un bien, par la restauration ou le remplacement d'un objet détruit ou, plus souvent dans notre matière, de la reconstitution de la situation juridique telle qu'elle aurait dû être si le dommage ne s'était pas produit, par la réintégration, la reconstitution de carrière... L'affirmation publique des droits de la victime (publication de la décision, insertion d'un rectificatif dans la presse, communiqué à la radio ou à la télé...) peut accompagner cette restauration de la légalité violée. La condamnation à faire cesser, pour l'avenir, l'activité nuisible, participe également de la réparation en nature.

(15 bis) M. Poirier "Pour la nullité du licenciement décidé en représailles d'une action en justice intentée par le salarié contre son employeur", *Dr. Ouv.* 2008 p. 519. V. également F. Gaudu, *Dr. soc.* 2010.151, et déjà A. Supiot, *Dr. soc.* 1985.774.

(16) Et ce, par la menace de la nullité de la procédure lorsque l'employeur a omis de présenter au comité d'entreprise un plan ou que ce plan ne comporte pas de mesures de reclassement suffisamment précises et concrètes. V. art. L. 153-11 CT.

(17) L'intérêt de la demande de résolution par le salarié est que, ne rompant pas le contrat de travail, il bénéficiera de son emploi et donc de son salaire pendant la procédure, la date de la rupture étant celle du jugement : *Cass. soc.* 11 janvier 2007, n° 05-40 626, *Dr. Ouv.* 2007 p. 422. L'exception d'inexécution permet aux salariés auxquels l'employeur ne verse pas leur salaire d'interrompre leur travail pour l'y contraindre et leur salaire devra néanmoins être versé : « pas

15. Alors qu'en droit civil la réparation financière ne joue qu'au cas d'inexécution de la part du débiteur (art. 1142 du C. Civ. (18)) et que, dans les rapports de travail tout particulièrement, les divers moyens de la réparation en nature seraient les plus aptes à la garantie des droits des salariés, l'on y constate une grave érosion du droit civil. De par la volonté du législateur comme de la timidité des juges. Notamment la timidité des conseillers prud'hommes, sauf exceptionnellement et sous la présidence du juge départiteur (19). La mise en œuvre de la réparation en nature beaucoup plus fréquemment ordonnée par les tribunaux de grande instance au fond comme en référé (20) fait à cet égard contraste. Le contentieux de la réparation du licenciement irrégulier ou injustifié illustre (trop bien) la difficulté de la réparation en nature devant les juridictions du travail.

15-1. Ainsi la jurisprudence a-t-elle, immédiatement après la loi du 13 juillet 1973, réduit à néant la sanction de *l'irrégularité du licenciement pour motif personnel*. Elle a en effet écarté dès le début (21) la thèse du droit pour le salarié à exiger du juge la continuation de son contrat de travail tant que l'employeur n'a pas accompli les formalités requises, alors que la loi le permet. En matière de licenciement économique le constat est moins négatif. Le législateur ayant explicitement énoncé dans la loi du 27 janvier 1993 la « nullité de la procédure de licenciement en l'absence de plan de reclassement » (22), un certain nombre de tribunaux de grande instance ont immédiatement ordonné à l'employeur de suspendre la procédure irrégulière et de ne pas signifier le licenciement avant l'accomplissement régulier des formalités. Autrement dit ils ont prononcé une injonction de ne pas faire – de ne pas licencier, de ne pas modifier le contrat de travail... – assortie le plus souvent d'une astreinte (lourdement dissuasive) au bénéfice de chaque salarié concerné par le projet de suppression d'emploi (23). Une telle injonction du juge prive temporairement l'employeur du pouvoir de licencier – tout au moins l'employeur qui, soucieux de respecter la légalité, ne prononce pas les licenciements dès le début du processus. La Chambre sociale de la Cour

*de salaire, pas de travail* » : *Cass. soc.* 12 mars 1959, D.1959.241 et encore *Cass. soc.* 17 novembre 1990 (4<sup>e</sup> esp.), *Dr. Soc.* 1991.321, note J. Savatier.

(18) « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

(19) Pour une étude déjà ancienne, v. M. Keller, « Le départage devant le Conseil de prud'hommes », *Dr. soc.* 1993.165. Là encore, une étude sociologique serait éclairante, mais politiquement incorrecte.

(20) V. M. Keller, *RGDP* 1999.444.

(21) *Cass. soc.* 16 mars 1978, *Grands arrêts de droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd., n° 98.

(22) Art. L. 1235-10 C. trav.

(23) V. déjà TGI Nanterre, 16 novembre 1993, *IBM*, *Dr. soc.* 1994.876.

de cassation a approuvé dès 1997 le Conseil de prud'hommes d'avoir affirmé la nullité du licenciement économique des salariés prononcé dans le cadre d'une procédure nulle, à un moment où la loi n'affirmait pas encore explicitement la nullité des licenciements prononcés dans le cadre d'une procédure nulle (24). Ce contentieux, malgré l'obstacle pratique de la nécessité d'une double saisine du juge (le Tribunal de grande instance d'une part, à l'initiative le plus souvent du comité d'entreprise ou du syndicat et, pourquoi pas, à l'initiative des salariés concernés, le Conseil de prud'hommes par la suite par chacun des salariés d'autre part), témoigne des possibilités de la réparation en nature. De même que l'importante jurisprudence relative au respect par l'employeur de son obligation de reclassement, mesure du plan de sauvegarde de l'emploi (25) obligeant l'employeur à trouver un nouvel emploi au salarié licencié, dont on observera qu'elle opère comme une réparation en nature (tout au moins qu'elle devrait opérer comme telle).

15-2. Le constat de l'érosion du droit civil par le droit du travail est encore plus patent quant à la *réparation du licenciement injustifié*. L'interprétation datée de l'article 1142 du Code civil pour écarter l'exécution forcée de l'obligation contractuelle de faire domine toujours l'inconscient des conseillers prud'hommes, alors que la doctrine et la jurisprudence de droit civil restreignent depuis les années 1950 (26) son domaine à l'obligation de faire ou de ne pas faire, dont l'exécution forcée risquerait de mettre en péril une liberté essentielle du débiteur sans permettre de satisfaire réellement le créancier (l'exemple classiquement donné est celui de l'obligation de cohabitation entre époux que certains auteurs aiment à tort, tout au moins dans la grande entreprise, comparer à l'obligation de réintégration-cohabitation de l'employeur et du salarié). L'interprétation civiliste est conforme à la conception moderne de l'office du juge civil qui peut de plus en plus souvent imposer certains actes aux particuliers (v. not. les pouvoirs très larges du juge des référés sur le fondement des art. 808 et 809 du CPC, repris par les articles R. 1455-5 et R. 1455-6

C. trav.). Il faut dire à la décharge des juges qu'en vérité ce n'est pas l'article 1142 du Code civil qui s'oppose à l'obligation d'exécuter le contrat de travail par la réintégration du salarié dont le licenciement est injustifié parce que sans cause réelle et sérieuse, mais l'article L. 1235-3 du Code du travail par lequel le législateur de 1973 a mis en œuvre les principes du droit civil avec une grande désinvolture en envisageant la réintégration comme une simple option, qui plus est à la disposition des parties. L'article L. 1235-3 énonce en effet que le juge peut « proposer » la réintégration, le salarié – ou l'employeur – peut la refuser. Voilà la double différence avec le droit commun : dans la réduction des pouvoirs du juge qui n'impose pas ; dans l'affirmation de la volonté de chacune des parties, non seulement du salarié-créancier, mais encore de l'employeur-débiteur !

Et l'on sait que cette indulgence du Code du travail est confortée depuis l'origine de l'application judiciaire de la loi de 1973 par le laxisme des juges prud'hommes. Ceux-ci ne proposant jamais la réintégration, elle n'a donc pas à être refusée ou acceptée. Les pratiques des entreprises comme les usages judiciaires ont ainsi rendu caduque la possibilité de réparation en nature pourtant offerte par le Code du travail malgré sa formulation « contournée ». Et si rien ne s'oppose théoriquement à ce que le « travail » de mise en œuvre de la loi de 1973 soit remis sur le métier par les défenseurs des salariés et les juges prud'hommes, tout porte à croire qu'il ne le sera pas. Non pour les seules raisons textuelles évoquées mais pour des raisons de sociologie judiciaire connues de tous, mais le plus souvent non dites et donc non affrontées même par les plus ardents défenseurs des droits des travailleurs et du paritarisme prud'homal.

Reste l'espoir (les espoirs) pour la défense des travailleurs de se situer sur le terrain de la cessation de l'illicite (II) d'une part, d'une réparation financière efficace pour les salariés et donc dissuasive à l'égard de l'employeur (II) d'autre part.

## II. La cessation de l'illicite

16. La thèse est soutenue en droit civil de la cessation de l'illicite présentée comme une fonction spécifique et autonome de la responsabilité civile (27). Elle serait distincte de la peine, mais aussi et surtout de l'exécution de l'obligation comme de la réparation (alors que la cessation de l'illicite est présentée habituellement

comme un procédé de la réparation en nature). D'où un certain nombre de caractères particuliers. Elle est une réponse à « un fait illicite actuel » que peut faire cesser non seulement le juge des référés mais encore le juge du fond, « *le référé n'étant que la mise en œuvre rapide d'une action substantielle préexistante* » (28). Le

(24) Cass. soc. 13 février 1997, D.1997.171, note A. Lyon-Caen, Dr. Ouv. 1997.91, note P. Moussy (affaire *Samaritaine*).

(25) V. sous l'article L. 1233-4 C. trav.

(26) V. jurisprudence citée par G. Viney in *La responsabilité civile*, polycopié Les cours du droit 1993 p. 274.

(27) V. thèse C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, thèse Aix-Marseille III, 2006 et synthèse par G. Viney in *Introduction à la responsabilité*, LGDJ 3<sup>e</sup> éd. 2008, n° 43-2.

(28) V. thèse C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, loc. cit. in *Introduction à la responsabilité civile* de G. Viney n° 43-2.

préjudice n'est pas requis. Il est remplacé par l'exigence d'un trouble apporté aux intérêts individuels ou collectifs de celui qui en réclame la cessation. La cessation de ce trouble peut être imposée à la personne désignée en fonction de son aptitude à la réaliser même si ce trouble ne lui est pas nécessairement imputable. Quand le juge constate l'illicite, il est tenu d'ordonner sa cessation par toute mesure apte à le faire cesser. La thèse est séduisante. Particulièrement dans les rapports de travail pour faire cesser le trouble manifestement illicite et obtenir le rétablissement de la légalité violée à chaque fois que l'acte de gestion patronal est frappé de nullité.

17. Dans le contentieux du contrat de travail la cessation de l'illicite a vu son champ s'accroître tout particulièrement depuis une trentaine d'années en matière de licenciement. Le droit positif a désormais intégré la distinction conceptuelle entre licenciement injustifié et licenciement illicite. L'exigence de licéité de la cause concerne la validité de l'acte dans son principe même, à défaut de laquelle le licenciement n'existe pas. L'exigence de réalité et de sérieux de la cause du licenciement concerne les seules modalités de l'exercice du droit de licencier de l'employeur, à défaut de laquelle le licenciement injustifié ouvre droit à réparation du préjudice subi par le salarié qui a perdu son emploi sans justification. Ces deux exigences constituent donc deux degrés différents de non-conformité au droit et sont soumises à un régime juridique distinct. La cessation de l'illicite d'une part, la réparation en nature ou la réparation financière d'autre part. Bien que cessation de l'illicite et réparation en nature puissent se concrétiser par la même mesure, telle la réintégration du salarié.

Le licenciement du salarié protégé a été le premier à être frappé de nullité au cas de violation du statut protecteur (29). La nullité frappe désormais tout licenciement (et plus généralement toute mesure – refus de promotion, sanction, modification du contrat de travail...) illicite (29 bis). Qu'il s'agisse du licenciement-rétorsion à une grève ou de tout licenciement discriminatoire visé par l'article L. 1132-1 du Code du

travail et désormais tout licenciement violant un droit de l'Homme ou une liberté fondamentale (30). Le contentieux du licenciement discriminatoire syndical qui a pris une importance considérable sous l'impulsion de militants (31), avocats, défenseurs engagés et rompus au droit comme au calcul économique de la réparation exigée du juge, illustre toutes les potentialités de la cessation de l'illicite dans les rapports de travail. La Cour de cassation donne en effet au juge les moyens de la garantir en lui rappelant notamment l'étendue de son office face à la demande de reconstitution de carrière du militant discriminé, par exemple. La Cour de cassation a clairement énoncé que l'office du juge est alors la remise en état et non la seule réparation financière (32).

Ainsi la réintégration (33) du salarié victime d'un licenciement illicite dans le poste qu'il occupait précédemment (34) que le juge prud'homal ordonne est-elle alors de plein droit. Seule l'impossibilité matérielle absolue de la réintégration permet à l'employeur de s'exonérer de cette obligation de rétablissement de la légalité violée. Cette impossibilité se réduit à l'hypothèse de la disparition totale et définitive de l'entreprise dès lors que « *la réintégration est demandée dans les seuls emplois que les salariés occupaient dans cette entreprise avant leurs licenciements* » (35).

Cependant ce combat pour le droit fut long et douloureux. La difficile consécration de la réintégration du salarié le manifeste clairement. Les Conseils de prud'hommes ont en effet longtemps jugé que la réintégration, qui est pourtant la conséquence juridique logique de la nullité du licenciement, était « impossible » à imposer à l'employeur en raison du caractère personnel du contrat de travail. Cependant que la personne du salarié devait s'accommoder, elle, d'être l'objet du contrat de travail et soumise au pouvoir unilatéral de l'employeur (36). A cet égard, la consécration inégalitaire par le droit positif de la place de la personne du salarié au regard de celle de la personne de l'employeur dans l'économie du contrat de travail interpelle. Il a fallu en effet attendre la loi du 4 août 1982

(29) Cass. 3 juin 1948, D.1948.510.

(29 bis) M. Grévy "Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail", Dr. Ouv. mars 2006 p. 114, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(30) Cass. soc. 13 mars 2001, Dr. Ouv. 2001 p. 300, Dr. soc. 2001.1117 ; Cass. soc. 28 mai 2003, Dr. soc. 2003.808, obs. P. Waquet ; Cass. soc. 31 mars 2004 n° 01-46960 et 46961 ; Cass. soc. 28 mars 2006, n° 04-41016 ; Cass. soc. 27 janvier 2009, Dr. Ouv. 2009 p. 288, n. M. Poirier.

(31) Notamment à la CGT de François Clerc, artisan d'une méthode dite désormais « méthode Clerc » qui permet le calcul du préjudice subi par le salarié victime de discrimination. Pour son exposé v. Dr. Ouv. avr. 2006 p. 193 (disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>), SSL n° 1190 du 15 novembre 2004 p. 6. En réponse à la stratégie de la CGT, v. la « Parole aux entreprises » par M<sup>e</sup> Y. Tarasewitch in SSL n° 1192 du 22 novembre 2004 p. 4.

(32) Cass. soc. 10 juillet 2002, Dr. Ouv. 2003.446.

(33) Bien mal nommée puisque, la nullité privant le licenciement de ses effets, il n'y a pas réintégration du salarié mais poursuite de son contrat de travail.

(34) Seule la suppression définitive de ce poste permet la réintégration dans un poste équivalent, à condition qu'il n'en découle pas une modification du contrat du salarié.

(35) V. Cass. soc. 15 juin 2005, n° 03-48094 : à propos d'un licenciement économique nul pour violation des obligations en matière de plan social. La motivation de la Cour de cassation laisse-t-elle entendre que les salariés auraient pu s'ils l'avaient demandé, être réintégrés au sein du groupe (Michelin) ? Dans ce sens E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz Hypercours 2009, Documents p. 390.

(36) Sur « l'obscur objet du contrat de travail », « corps et bien » v. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF 1994 et Quadriga/PUF 2002).

pour que soit substitué au pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise « inhérent à sa qualité » et exercé en marge de la loi (37) un droit disciplinaire. Puis la loi du 31 décembre 1992 qui a consacré un certain nombre de mesures préconisées par le rapport pour le ministre du travail de Gérard Lyon-Caen sur *Les Libertés publiques et l'emploi* (38), pour que soit affirmé dans le Code du travail le principe du respect des droits de la personne et des libertés individuelles dans l'exercice des prérogatives patronales (39), principe dont la jurisprudence découvre peu à peu les différentes facettes. Avec ça et là des résistances qui perdurent.

18. Ainsi, bien que les hypothèses légales de licenciement interdit ne soient pas limitatives, la nullité sanctionnant tout acte de l'employeur qui porte atteinte à une liberté individuelle ou collective ou à un droit de la personne humaine, la jurisprudence s'en tient à la stricte liste limitative de la loi. Avec toutefois deux exceptions. Celle de l'arrêt *Clavaud* (40) énonçant la nullité du licenciement de rétorsion à la liberté d'expression du salarié dans la presse (Clavaud avait fait une interview décrivant les conditions de travail sur la chaîne dans le journal *l'Humanité*). Celle plus récente de la nullité du licenciement sanctionnant l'exercice légitime par le salarié de son droit de retrait au regard de la situation professionnelle dangereuse (41). Mais, par contre, elle refuse la nullité du licenciement d'un cadre supérieur ayant donné son avis critique sur la politique de gestion de l'entreprise conformément à ses obligations professionnelles et en des termes corrects, mais négatifs (42). La réparation accordée demeure celle du licenciement injustifié. La jurisprudence hésite encore en cas d'atteinte à la vie privée (43). Enfin, et c'est le plus critiquable, elle refuse en l'absence de texte énonçant de façon générale la nullité du licenciement-rétorsion à l'action en justice du salarié, nullité que l'article L. 1144-3 du Code

du travail ne prévoit expressément que pour faire respecter le principe d'égalité professionnelle homme/femme, la nullité du licenciement-rétorsion à l'action en justice que tenterait un salarié au cours de l'exécution de son contrat (en requalification de son contrat précaire irrégulier ou pour voir reconnu tout autre de ses droits) (44). Et ce en contradiction avec son affirmation réitérée du principe de la nullité du licenciement portant atteinte à une liberté fondamentale du salarié (45).

19. L'on remarquera enfin que pour le juge prud'homal « toutes les nullités ne se valent pas » quand il est appelé à mettre en œuvre les conséquences financières de la nullité du licenciement en appréciant la dette de salaire que cette dernière génère. Ainsi, alors qu'en cas de licenciement antisyndical (46), de licenciement d'un gréviste (47) ou de licenciement attentatoire au statut protecteur (48), la rémunération est due entre l'éviction de l'entreprise et la réintégration sans déduction du salaire ou du revenu de remplacement (49), ces derniers sont déduits au cas de licenciement économique illicite pour défaut de plan de sauvegarde de l'emploi (50) et également au cas de licenciement d'un salarié protégé en vertu d'une autorisation ultérieurement annulée (51). L'explication résiderait dans l'atteinte à une liberté fondamentale que le licenciement constitue ou pas selon les cas. Elle exprime plus vraisemblablement la volonté de la Cour de cassation d'alléger la condamnation de l'employeur dans les cas de licenciement interdit lui paraissant moins graves. Mais cette indulgence a pour prix la confusion entre deux mécanismes juridiques différents : la cessation de l'illicite d'une part, la réparation de l'entier préjudice d'autre part (52).

20. *La cessation de l'illicite* est par contre souvent mise en œuvre par le Tribunal de grande instance, juge des litiges collectifs (53). Par la nullité de la mesure de

(37) Pour la dénonciation de cet état du droit, v. G. Lyon-Caen, D. 1969 Chron. 247 : « Une anomalie juridique : le règlement intérieur ».

(38) La Documentation française, 1992.

(39) Art. L. 120-2 devenu L. 1121-1 du Code du travail.

(40) Cass. soc. 28 avril 1988, D.1988.437, note Wagner, Dr. Soc. 1988.429, concl. H. Ecoutin et obs. G. Couturier, Dr. Ouv. 1988 p. 249 concl. H. Ecoutin, n. L. Brovelli, A. Jeammaud, M. Le Friant et sur les étapes de l'affaire *Clavaud*, G. Lyon-Caen, Dr. Ouvr. 1987.97 et s.

(41) Cass. soc. 28 mai 2009 interprété à la lumière de la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 8 §4, Dr. Ouv. 2009.286.

(42) Cass. soc. 14 décembre 1999, Dr. Soc. 2000.165, note J.E. Ray, conclusions Duplat, Dr. Ouv. 2000 p. 247.

(43) V. par ex. à propos de la liberté de se vêtir : liberté fondamentale pour un ambulancier auquel le port d'une cravate et la prohibition de jeans et baskets ne sauraient être imposés (Cass. soc. 19 mai 1988, n° 2424 D), mais liberté susceptible de restrictions pour une salariée travaillant les seins nus sous un chemisier transparent (Cass. soc. 22 juillet 1986).

(44) Mireille Poirier « Pour la nullité du licenciement décidé en représailles d'une action en justice intentée par le salarié contre son employeur (à propos de Cass. soc. 20 février 2008, n° 06-40085) », Dr. Ouv. 2008 p. 519. V. *supra* note 15 bis.

(45) V. jurisprudence citée *supra* note 30.

(46) Cass. soc. 2 juin 2010, n° 08-43277, Dr. Ouv. 2010 p. 608, n. J. Guyon.

(47) Cass. soc. 2 février 2006, Bull. civ. V n° 53, RDT 2006.42, obs. Leclerc, Dr. Ouv. 2002 p. 540, n. J.-L. Borie.

(48) Cass. soc. 10 octobre 2006, Bull. civ. V n° 297 : lorsque le licenciement est prononcé sans autorisation ou en dépit d'un refus d'autorisation.

(49) Cass. soc. 3 juillet 2003, Bull. civ. V, n° 214 ; Cass. soc. 12 février 2008, Bull. civ. V n° 34.

(50) Cass. soc. 3 juillet 2003, Bull. civ. V, n° 214 ; Cass. soc. 16 décembre 2008, n° 07-45001, inédit ; Cass. soc. 18 mars 2009, n° 07-45307, inédit.

(51) Cass. soc. 28 octobre 2003, Bull. civ. V n° 263 ; Cass. soc. 26 septembre 2007, Bull. civ. V n° 140.

(52) Sur la critique de l'abandon ici par la jurisprudence de la logique de la restitution propre à la nullité pour revenir à celle de la réparation de l'entier préjudice, v. M. Grévy, RDT octobre 2010.592.

(53) Pour une étude des effets altruistes au bénéfice des salariés de l'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques, v. M. Keller in *Procès du travail, travail du procès*, LGDJ 2008, p. 223 et s. et Dr. soc. 2006.861.

gestion patronale illicite (nullité de la délibération du conseil d'administration au cas de convocation frauduleuse du comité d'entreprise (54) et surtout après la loi du 27 janvier 1993, la nullité de la procédure de licenciement économique en l'absence de plan social, voire la nullité du plan social « coquille vide » (55)). La cessation de l'illicite – plus précisément alors sa prévention – est réalisée également par la suspension de la mesure de gestion – réorganisation ou fermeture de l'entreprise – non précédée par la consultation du comité d'entreprise et ce jusqu'à ce que la procédure soit régulièrement effectuée (56). L'on a vu que le Tribunal de grande instance va même jusqu'à assortir la suspension de la mesure de gestion de l'obligation sous astreinte de poursuivre les contrats de travail au bénéfice de chacun des salariés susceptibles d'être concernés par le licenciement. Il est vrai que le Tribunal de grande instance ordonne cette poursuite du contrat de travail à un moment où, le licenciement n'étant encore qu'un projet, l'injonction du juge ne heurte pas de front le

pouvoir du chef d'entreprise (57), alors que le Conseil de prud'hommes est presque toujours saisi par les salariés après la rupture de leur contrat de travail. Cette remarque peut fonder des stratégies judiciaires différenciées de saisine du Tribunal de grande instance plutôt que du Conseil de prud'hommes. Une réflexion sur l'efficacité comparée et une meilleure articulation des différentes actions en justice tendant à la réparation du préjudice des salariés du fait de l'employeur pourrait opportunément être engagée (58).

Car il y a encore loin, notamment devant le Conseil de prud'hommes, de l'analyse des vertus pour la sanction des droits des salariés, de la cessation de l'illicite, de l'exécution du contrat ou de la réparation en nature dont la garantie première est d'évidence en droit civil, aux marches du Palais.

La timidité des juges du travail à ordonner la remise en état renvoie dès lors au dernier espoir des salariés de voir dire leur droit, celui de la réparation financière.

### III. La réparation financière

21. En droit civil, le principe de la réparation intégrale trouve son fondement en matière de responsabilité contractuelle dans l'article 1149 du Code civil qui dispose : « *Les dommages-intérêts dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du profit dont il a été privé* ». Bien que le principe ne soit explicitement formulé par aucun texte en matière délictuelle, il est rattaché à l'article 1382 du Code civil qui impose à celui qui cause un dommage par sa faute l'obligation de le « réparer ». Il s'applique non seulement dans les cas où la responsabilité est fondée sur la faute, mais aussi dans toutes les hypothèses de responsabilité objective. Ainsi la jurisprudence énonce-t-elle régulièrement que les dommages-intérêts alloués à la victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit (59). Ou encore que les dommages-intérêts doivent « être évalués de façon à compenser intégralement tous les préjudices résultant du fait dont l'auteur répond » (60). Et enfin que le

propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu (61).

Ainsi le principe de la réparation intégrale peut-il se résumer à la formule : « *Pas moins, pas plus que le dommage subi* ». A cet égard le droit français diffère des législations étrangères (Etats-Unis, Angleterre) qui affirment le principe de dommages-intérêts punitifs par lesquels le juge peut aggraver la condamnation. L'originalité du droit du travail français est à cet égard à remarquer dans sa règle spécifique d'indemnisation du préjudice résultant du licenciement injustifié. Le minimum de six mois de dommages-intérêts de l'article L. 1235-3 du Code du travail que le juge *doit* octroyer indépendamment du préjudice subi, n'est pas un forfait d'indemnisation comme on le voit souvent affirmé c'est une peine privée, une amende civile sanctionnant une

(54) Cass. soc. 26 mai 1998, RJS 10/98, n° 1243.

(55) V. jurisprudence citée *supra* note 24, malheureusement édulcorée par le nouvel art. L. 1235-11 CT.

(56) M. Keller, « La compétence du Tribunal de grande instance dans les litiges du travail », RGDP n° 4 octobre/décembre 1999.444.

(57) V. not. Cass. Soc. 25 juin 2008, Dr. soc. 2009.118, obs. G. Couturier.

(58) V. *infra* p. 247 Table ronde entre avocats et juges. et p. 252 intervention de V. Vieille.

(59) V. récemment Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 juillet 2001, n° 99-18712, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 23 janvier 2003, n° 01-00200, D. 2003.605. Pour une appréciation critique du principe de la réparation intégrale, v. L. Cadiet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », Mélanges offerts à Pierre Drai, p. 261 et s.

(60) V. photocopié 1993, *La responsabilité civile* de G. Viney p. 278, *loco citato* in note 26. V. jurisprudence citée sous l'article 1149 du C. civ., Dalloz.

(61) Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 20 décembre 1966, D. 1967.129, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 4 février 1982, etc., cités par G. Viney, Photocopié « La responsabilité civile » p. 278, *loc. cit.*

disposition d'ordre public, le licenciement injustifié étant susceptible de nuire à l'intérêt général de la société (62). Le droit français ne reconnaît pas non plus au juge le pouvoir de modérer ou d'aggraver les dommages-intérêts dus au nom de l'équité, des facultés contributives du responsable, ou encore du profit qu'il tire ou compte tirer du fait dommageable (pouvoir que les droits suisses ou scandinaves donnent au juge).

22. *Le principe civiliste de réparation intégrale en droit du travail.* De nombreuses entraves le paralysent. Telles :

– la forfaitisation de la réparation des préjudices (en matière de réparation des accidents du travail par exemple) tout d'abord et aussi de la mauvaise compréhension de la règle de l'article L. 1235-3 du Code du travail qui n'est pas un forfait d'indemnisation mais un minimum obligatoire, sorte de peine privée indépendante du préjudice subi ;

– ou encore l'existence conjointe des systèmes de réparation de droit civil et propres au droit du travail. L'exemple de la réparation du préjudice né du licenciement est patent. Le droit a élaboré depuis la première loi de 1890 un système complexe de réparation d'un préjudice qu'il ne définit pas. S'y côtoient sans articulation (sauf le recours prévu à l'article L. 1235-4 du Code du travail) les règles de la responsabilité civile de la « privation d'emploi » et du régime d'assurance-chômage de la « perte de l'emploi », dont l'addition n'aboutit qu'à une protection dérisoire en temps de crise économique et de chômage massif. Les règles du droit civil sont en outre elles-mêmes souvent malmenées : ainsi du cumul de l'indemnité de licenciement et des dommages-intérêts, de la fixation d'un minimum obligatoire de six mois de salaire à titre de dommages-intérêts et de son articulation avec la règle de la réparation intégrale si le préjudice est supérieur. D'où l'incertitude du régime juridique applicable qui explique pour une part l'évaluation timorée du préjudice résultant de la perte de l'emploi par les Conseils de prud'hommes, comme les disparités de pratiques judiciaires d'un conseil à l'autre (62 bis) ;

– la réparation intégrale souffre enfin grandement du « pouvoir souverain » que la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond dans l'appréciation du montant de l'indemnisation ;

– les projets actuels de réglementation de l'indemnisation par l'instauration de « plafonds » de réparation, la tarification légale de certaines indemnités et de façon générale la réglementation du taux des indemnisation, au nom du réalisme de « l'analyse

économique du droit », pendant que continue à peser sur les salariés et leurs systèmes de protection sociale les effets des « licenciements d'économies » des groupes, ne constituent pas le moindre des dangers pour le devenir de la réparation intégrale.

23. *Les pratiques de l'évaluation des dommages par les juges du travail.*

23-1. Reprenons l'exemple de la réparation financière du licenciement injustifié et/ou irrégulier en le confrontant aux principes du droit civil.

Remarquons une fois encore que c'est le législateur du travail qui commence par écorner le principe de la réparation intégrale en affirmant le caractère subsidiaire du vice de forme en matière de licenciement pour motif personnel. L'article L. 1235-2 énonce en effet que l'indemnité de réparation du licenciement irrégulier n'est due que si le licenciement a une cause réelle et sérieuse. Sinon la réparation du vice de fond que constitue l'absence de cause réelle et sérieuse « absorbe » celle du vice de forme, l'indemnité de six mois, éventuellement complétée au cas de préjudice supérieur, étant seule due. Sauf à admettre que la règle de forme est une règle de fond, ce que le Code du travail refuse, la règle est juridiquement incohérente. En droit civil, une indemnisation ne saurait en absorber une autre, un dommage en effacer un autre ! L'on remarquera encore que la réparation du licenciement économique est mieux traitée par le Code du travail sans que l'on sache pourquoi. La violation de la procédure et l'absence de cause économique réelle et sérieuse sont réparables selon le principe de la réparation intégrale (article L. 1235-12 du Code du travail).

Cette remarque faite sur l'escamotage en matière de licenciement pour motif personnel de la réparation de l'irrégularité de la procédure lorsque le licenciement est injustifié, le principe de la réparation intégrale s'applique évidemment à la réparation de ce dernier. Le Code du travail l'appelle explicitement dans ses articles L. 1235-3 et L. 1235-4 (63). Mais la multiplicité des différents éléments du dommage résultant du licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est pas le plus souvent identifiée et donc pas évaluée par les juges (sauf en matière de licenciement discriminatoire syndical, v. *supra* n° 17, « La cessation de l'illicite »). Si bien que l'indemnisation est souvent réduite au minimum légal obligatoire de six mois, voire inférieure à six mois pour les licenciements de l'article L. 1235-4. Et ce alors que, juridiquement, l'employeur n'est pas légalement autorisé à mettre fin au contrat s'il ne dispose pas d'une cause réelle et sérieuse – quelle que soit la taille de

(62) Sur *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, v. la passionnante thèse de S. Carval, LGDJ 1995, pp. 185-186 not.

(62 bis) V. *infra*, Les pratiques judiciaires n° 23 et la robotique contribution d'E. Serverin à ce colloque sur « La réparation individualisée et socialisée », p. 226.

(63) Il le faisait également dans l'ex-article L. 751-7 relatif à l'indemnisation de la rupture du contrat d'un VRP, désormais abrogé dans le Code du travail recodifié, lequel énonçait : « *il peut être tenu compte de toutes les autres causes de préjudice dûment justifiées* ».

l'entreprise ou l'ancienneté du salarié ! L'on sait que le maintien de la notion de licenciement abusif est une maladresse du législateur de 1973, l'exigence de cause réelle et sérieuse étant une condition obligatoire de tout licenciement (comme l'indique la place de l'article L. 1235-1 qui en énonce le principe). Seules les règles de la réparation diffèrent (minimum de six mois, complété si le préjudice est supérieur, ou indemnité selon le préjudice subi), sans au demeurant de justification juridique claire d'une telle différence.

Cependant le montant des sommes versées aux salariés victimes de licenciement, qui les prive eux et leurs familles de leur gagne-pain, demeure dérisoire. Bien que tous les éléments du *dommage économique* d'abord, soient à l'évidence rassemblés (particulièrement au cas de licenciement économique où le salarié n'a aucune part dans le préjudice réalisé). Qu'il s'agisse du préjudice de la perte faite, le *damnum emergens*, que réalise la perte des avantages salariaux, le montant inférieur au salaire de l'allocation de chômage comme son caractère provisoire... Qu'il s'agisse encore de la privation d'un gain, le *lucrum cessans*, résultant de la perte de l'ancienneté, de l'incertitude de l'avenir sur le principe comme les avantages de l'emploi s'il est un jour retrouvé. Qu'il s'agisse enfin de la perte d'une chance : de promotion, de formation, d'adaptation aux transformations de son emploi, de « carrière » dans l'entreprise. La perte d'une chance d'un avancement est admise par les chambres criminelle et civile en cas d'accident mettant obstacle à un avancement (64), pourquoi ne pas l'étendre à « l'accident-licenciement » ? En effet, le dommage subi par le salarié licencié, pour être parfois futur, n'en est pas moins certain en ces temps de chômage persistant. Dès lors la règle de l'article 1150 du Code civil qui exclut la réparation du dommage imprévisible est inapplicable.

Le *dommage* est également *moral*, le travail humain n'étant pas une marchandise, mais un élément de la personnalité. Le licenciement qui y porte atteinte, lorsqu'il est injustifié constitue par lui-même un principe de préjudice. C'est un « préjudice existentiel » pour reprendre en se l'appropriant la formule de M. Fabre-Magnan dans une chronique récente (65) (qui critique, elle, le développement démesuré de la réparation de toutes sortes de petits maux de l'existence, voire même de la difficulté d'exister...). Une telle inflation de la réparation ne concerne pas le contentieux du travail. Ainsi les troubles

psychologiques résultant de la privation d'emploi et antérieurement de la crainte anticipée de cette dernière, qui sont depuis longtemps mis en évidence par les psychologues du travail, ne sont pas pris en compte par les juges du travail. Faut-il voir l'amorce d'un changement des pratiques judiciaires dans l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 11 mai 2010 qui admet la reconnaissance d'un préjudice d'anxiété pour des salariés qui avaient travaillé dans des établissements où était fabriquée de l'amiante (66) ? Il est à craindre que non, la jurisprudence restant encore très réticente à admettre un préjudice moral en dehors de comportements de l'employeur gravement attentatoires à la personne du salarié (violence, physique ou morale, humiliation...).

Peut-on aller jusqu'à dire que le *dommage par ricochet*, fréquemment admis en cas de dommage corporel (67), atteint les membres de la famille du salarié licencié, quand il oblige un enfant à interrompre de longues études par exemple ? Le champ reste encore inexploré. Or il doit l'être comme l'ensemble des règles du droit civil de la réparation. Car même si le droit de la responsabilité civile ne peut remédier aux effets de la crise économique, ni se substituer aux insuffisances du régime social spécifique (assurance-chômage, sécurité sociale), il est urgent de donner leur exacte qualification aux dispositions du Code du travail relatives à l'indemnisation du licenciement.

– En remettant sur le métier l'articulation du minimum obligatoire de six mois (68), sorte de peine privée détachée du préjudice, et des « véritables » dommages-intérêts pour le surplus s'il y a lieu. Le travail d'évaluation par les juges prud'hommes du préjudice subi par le salarié licencié ne commençant qu'à ce stade.

– En veillant à la mise en œuvre de la réparation de l'entier préjudice des salariés exclus du bénéfice du minimum de six mois de dommages-intérêts aux termes de l'article L. 1235-5 du Code du travail. Car à cet égard encore les pratiques violent la loi lorsqu'un salarié licencié sans cause réelle et sérieuse se voit alloué des dommages-intérêts inférieurs à six mois alors que son préjudice est notoirement supérieur.

23-2. Le dommage est-il mieux réparé lorsque le syndicat « prend en mains » l'action du salarié ? Soit qu'il se substitue à lui dans un nombre de cas de plus en plus nombreux prévus par la loi (69), soit qu'il intervienne

(64) Pour une jurisprudence déjà ancienne, v. not. : Cass. civ. 20 décembre 1966, D. 1967.669 ; Cass. crim. 23 novembre 1971, D. 1972.285 ; Cass. crim. 23 février 1977, D.1977, I.R. 181, etc., cités par G. Viney *in* polycopié 1993, loc. cit. p. 57 et s.

(65) D. 2010.2376.

(66) N° 09-42241 à n° 09-4225, Dr. Ouv. 2010 p. 604, n. P. Leroy, et p. 612, n. F. Guiomard, D. 2010.2048, note C. Bernard, RTD civ. 2010.564, obs. P. Jourdain.

(67) V. polycopié G. Viney 1993, loc. cit. p. 63 et s.

(68) Qui ne constitue pas un forfait d'indemnisation, contrairement à la rente d'indemnisation due en cas d'accident du travail.

(69) V. not. art. L. 7423-2, L. 2262-9, L. 8255-1, L. 1251-59, L. 1247-1, L. 1132-1 et L. 1235-8 c. trav. ; M.-L. Dufresne-Castets « Actualité des actions de substitution et des actions collectives », Dr. Ouv. 2004 p. 122 ; H. Peschaud « Le droit de substitution et les garanties des salariés », Dr. Ouv. 2000 p. 478, ces deux articles disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

devant le Conseil de prud'hommes à ses côtés pour demander réparation de l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession (70) ? Il serait sociologiquement intéressant de vérifier si l'action syndicale de substitution, non seulement en cas de licenciement discriminatoire, mais encore en matière de licenciement économique, garantit au salarié bénéficiaire de l'action du syndicat, une réparation judiciaire plus efficace (des dommages-intérêts plus élevés notamment). Il ne semble pas que ce soit le cas lorsque le syndicat intervient aux côtés du salarié dans l'intérêt collectif de la profession. Pas plus pour le salarié que pour lui, puisque la réparation accordée au syndicat intervenant est traditionnellement limitée au franc (euro) symbolique. Un arrêt récent de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 18 novembre 2009 (71) casse l'arrêt d'appel qui limitait la condamnation au bénéfice du syndicat demandant réparation de l'atteinte portée à l'intérêt collectif à l'euro symbolique, au motif que, ce faisant, le juge « *n'a pas procédé comme il lui appartenait à l'évaluation du préjudice réel subi par le syndicat et a violé l'article 1382 du Code civil* ». Cette jurisprudence pourrait, si les acteurs du procès prud'homal s'en saisissent, devenir l'un des moyens d'effectivité du droit de la réparation du préjudice des salariés dans tous les domaines du contentieux du travail.

## Conclusion

24. Ce long détour par le droit civil, ses possibilités, ses limites laisse en notre matière un goût amer, fût-il désormais mieux connu et respecté par les juges du travail. Le droit civil forgé pour des obligations individuelles et le plus souvent patrimoniales est en effet pour une grande part inadapté à une réparation effective des préjudices subis à l'occasion des rapports de travail.

Parce que l'intérêt en cause dans le procès du travail, même devant le Conseil de prud'hommes, est le plus souvent collectif. Plus précisément la collectivité des travailleurs, ses libertés fondamentales sont en cause à travers la défense des intérêts de la personne de tel ou tel salarié. Ainsi la réparation du préjudice subi par le militant syndical discriminé, du préjudice subi par le salarié qui se voit imposer une modification substantielle de son contrat ou le licenciement pour motif économique, ou du préjudice subi par le salarié obligé de

saisir le juge pour obtenir le respect du salaire de la convention collective, etc., a-t-elle pour enjeu le respect de la liberté syndicale, du droit à l'emploi, du droit à la négociation collective des conditions de travail et de rémunération. Inadaptation encore parce que seul le rétablissement de la légalité violée au bénéfice de tous les salariés concernés est à même de réparer le dommage. Dès lors la réparation individuelle et financière, fût-elle intégrale (ce qui est rarement le cas), marque vite ses limites. Ce d'autant plus que la logique de la gestion financière de l'entreprise intègre très bien le coût de la réparation financière individuelle. Pour preuve « l'achat » de leur départ par de très substantielles indemnités, bien supérieures aux dommages-intérêts que les juges allouent, que les grandes entreprises « offrent » aux salariés aux fins de mise en œuvre de leur politique concurrentielle de « dégraissage » (72). Pour preuve encore la « revendication » patronale de la « rupture conventionnelle du contrat de travail » récemment satisfaite par le législateur (73).

25. La saisine du Tribunal de grande instance, juge des litiges collectifs, donne il est vrai dans certains contentieux des garanties plus effectives pour l'ensemble des salariés concernés par la mesure patronale irrégulière. Ainsi de l'application d'une convention collective dont le syndicat peut demander au juge l'exécution (obligation de faire) au bénéfice de l'ensemble des salariés (74).

L'effet relatif de la chose jugée alors au bénéfice du seul syndicat demeurant malgré tout un risque pour l'individualisation effective des droits de chacun des salariés, sauf au syndicat à la négocier, sentence en main. Mais la limite de ce moyen d'action résulte alors de la faiblesse actuelle du syndicalisme. En outre l'exemple de l'exécution de la convention collective, dont la demande syndicale peut bénéficier à l'ensemble des salariés couverts par elle, demeure un cas particulier d'interdépendance des droits des salariés et du syndicat susceptibles d'être conjointement juridiquement sanctionnés. La requalification de contrats précaires massivement utilisés dans l'entreprise en violation de l'article L. 1241-1 du Code du travail pour occuper des emplois et non des tâches – réalité sociale aujourd'hui de la plus grande urgence – avait été demandée au Tribunal de grande instance et il y a plusieurs années déjà dans une

(70) Art. L. 2132-3 C. trav.

(71) Cass. soc. 18 nov. 2009, n° 08-43.523. V. *infra* p. 252 l'intervention de V. Vieille. Et la contribution E. Serverin à ce colloque "La réparation intégrale comme compensation du coût social des décisions des entreprises" p. 231. V. not. "La compensation du coût environnemental" et la proposition d'étendre les règles du droit de l'environnement permettant d'engager la responsabilité des sociétés têtes de groupe, en réparation du préjudice résultant pour l'emploi de leurs décisions économiques.

(72) L'enquête statistique sur la comparaison des sommes serait sur ce point encore éclairante.

(73) Art. L. 1237-11 du C. trav. issu de la loi du 25 juin 2008.

(74) V. Cass. soc. 3 mai 2007, n° 05-12340, *Sté Sofaco*, Dr. Ouv. 2007 p. 326, et étude M. Henry, « L'action syndicale en exécution des conventions collectives », in *Procès du travail, travail du procès*, LGDJ 2008, p. 157 et Dr. Ouv. 2007 p. 112, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>.

affaire *Aéromaritime* (75). Une telle demande, réitérée par d'autres, a toujours été refusée, le droit d'agir du salarié étant une liberté individuelle... Dès lors les cas dans lesquels le recours au juge a un effet immédiat au bénéfice de tous pour remédier à l'illicéité sont rares (76).

A la vérité il n'y a pas « une » vérité pour agir en défense des droits des salariés, mais une nécessaire articulation entre action politique, action collective dans l'entreprise et action judiciaire.

L'action politique, face à l'urgence de nouvelles sources de financement de la protection sociale, ne pourrait-elle remettre sur le métier la proposition faite par certains de création d'une taxe sur les licenciements au bénéfice des caisses d'allocations-chômage, taxe égale en moyenne aux allocations-chômage que la caisse aura à payer aux salariés victimes de licenciements économiques (77) ? Une telle taxe ne pourrait-elle avoir pour effet de responsabiliser les entreprises en les obligeant à payer le coût que leur politique impose à la société alors qu'actuellement toutes les entreprises, celles qui licencient et celles qui ne licencient pas les grandes et les petites, sont sur un pied d'égalité ?

(75) Ce contentieux audacieux avait été plaidé par Me Florence Lyon-Caen : CA Versailles 22 mars 1991, *SNPNC c/ Sté Aéromaritime*, Dr. soc. 1991.706.

(76) V. Cass. soc. 16 juin 2010, n° 09-11214, espèce où quatre syndicats avaient saisi le juge d'un recours contre un arrêté préfectoral autorisant l'ouverture d'un grand magasin le dimanche. Le seul dépôt au greffe du recours suspend les effets de l'arrêté : RDT octobre 2010.591, note M. Véricel.

(77) V. Rapport du Conseil d'analyse économique, Le Monde, 11 octobre 2003. L'on se souvient que le législateur, conscient de cette difficulté de l'effectivité de la sanction du

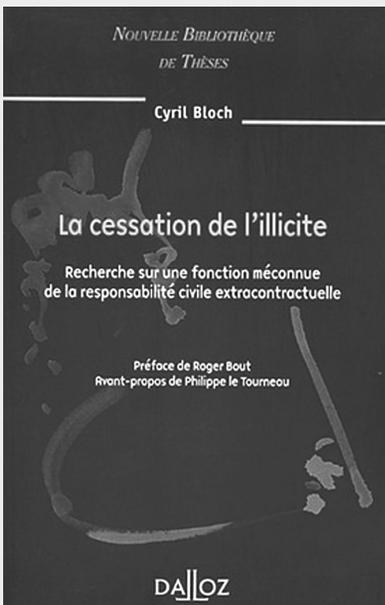
Si l'on quitte le terrain de la prospective pour revenir à la bonne utilisation des moyens existants, elle a pour levier l'articulation entre action dans l'entreprise – qu'il s'agisse de la consultation du comité d'entreprise, de la négociation syndicale, de la grève – et action judiciaire devant TOUS les juges compétents pour trancher les litiges du travail au fond ou en référé et également pour obtenir, sous l'égide du juge, un règlement non juridictionnel du différend que la méconnaissance de la fonction de conciliation du juge paralyse actuellement devant le Conseil de prud'hommes comme devant le Tribunal de grande instance. L'action judiciaire étant à son tour relayée par la négociation dans l'entreprise pour garantir le bénéfice du jugement à tous les salariés comme dans l'affaire *Sofaco* ci-dessus évoquée (78).

Les juges ne sauraient en effet porter seuls la responsabilité des droits des salariés en temps de crise non seulement économique, mais politique, législative et syndicale.

**Marianne Keller**

licenciement économique injustifié, avait prescrit le remboursement aux Assedic des indemnités de chômage versées aux salariés du jour de leur licenciement au jour du jugement prononcé par le tribunal. Une loi de 1986 a atténué la rigueur de cette sanction en limitant le remboursement à six mois de salaire par salarié concerné. Les entreprises peuvent toutefois éluder la sanction en concluant une transaction. Cette ébauche de sanction collective, intéressante, est à reprendre et parfaire.

(78) V. *supra* note 74.



## La cessation de l'illicite

Recherche sur une fonction méconnue  
de la responsabilité civile extracontractuelle  
*par Cyril Bloch*

Dalloz Nouvelle Bibliothèque de Thèses Volume n° 71  
ISBN : 978-2-247-07880-6  
674 pages - Parution 2008 - 60 euros