

Echange sur le thème de la réparation intégrale du préjudice

“Quantum et tabous”

par *Daniel RAVEZ*, Avocat au Barreau de Paris
et *Agnès ZISSMANN*, Juge-Départiteur à Boulogne-Billancourt

PLAN

I. La réparation pécuniaire

- 1) Indemnisation de la perte de l'emploi
- 2) Requalification des contrats précaires
- 3) Indemnisation et circonstances
- 4) Article 700 CPC

II. La réparation en nature -

La réintégration en référé d'un salarié protégé

D.Ravez : La question de la réparation intégrale du préjudice en droit du travail amène à considérer celui-ci comme un millefeuille qui empile divers types de composantes. On peut principalement distinguer réparation pécuniaire et réparation en nature.



I. La réparation pécuniaire

1) Indemnisation de la perte de l'emploi

D. Ravez : Le quantum de l'indemnisation de la perte de l'emploi (licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse) ne devrait pas pouvoir être évalué en dessous du préjudice financier direct mathématiquement calculable comme la différence entre le salaire préalable à la rupture et le revenu de remplacement postérieur à celle-ci. A cet égard on pourrait souhaiter un alignement sur la jurisprudence concernant l'indemnisation des salariés protégés après annulation de l'autorisation administrative de licenciement ; mais l'évaluation du préjudice indemnisé devrait aussi inclure le préjudice futur, le préjudice moral, etc.

A. Zissmann : Un magistrat professionnel se sent plus compétent et plus légitime à appliquer la règle de droit et la jurisprudence à des éléments de fait pour faire ressortir, par exemple, l'existence d'une discrimination, que pour chiffrer le préjudice afférent. Et la deuxième opération me passionnant beaucoup moins que la première, je m'empresse d'en oublier le résultat. Il n'existe pas de raisonnement juridique disponible lorsque je viens de motiver l'absence de cause réelle et sérieuse d'un licenciement, pour me permettre de situer le préjudice à son juste niveau parmi les cinquante licenciements sans cause réelle et sérieuse que j'ai jugés précédemment, de le traduire en mois de salaire.

Donc, si l'avocat du demandeur me soumet un calcul rationnel du préjudice économique direct, en partant du dernier salaire moyen, en le multipliant par le nombre de mois écoulés depuis le licenciement et en déduisant les revenus de remplacement encaissés, et qu'il me dit : « *Vous ne pouvez pas descendre au-dessous de ce préjudice financier mathématiquement calculé* »... je suis d'accord. Je suis même plutôt contente qu'on me fournisse une base objective d'appréciation. Si le quantum réclamé est justifié par ce type de calcul, le juge qui le réduit devrait énoncer dans sa décision sur quels motifs il se fonde. Il arrive d'ailleurs en délibéré, quand le demandeur ne nous a pas soumis un tel calcul, que les conseillers le fassent eux-mêmes sur leur calculette pour voir s'il nous amène au-dessus ou en-dessous des six mois.

Deuxième couche du millefeuille : l'indemnisation du préjudice financier à venir, et notamment l'incidence de la période de chômage consécutive au licenciement sur le montant de la retraite. Le versement de cotisations sociales réduites pendant la période de chômage due à un licenciement injustifié entraîne la minoration du salaire de référence, préjudice qui ne se manifestera qu'au moment de la retraite. Comme pour toute demande d'indemnisation d'un préjudice, actuel ou futur,

le demandeur doit en justifier le quantum en expliquant sa méthode de calcul.

Troisième couche : le préjudice moral. La précarisation d'une mère célibataire ayant une faible qualification est-elle plus ou moins grave que celle d'un cadre quinquagénaire ? A combien d'euros/mois de salaire évaluer la grande ancienneté du salarié licencié, ses charges de famille, la brutalité de son éviction, l'incidence sur son état de santé ? On rappelle dans le jugement ces différentes données (sur lesquelles chacun réagit en fonction de sa sensibilité et de son échelle de valeurs), et on fixe un préjudice global : le juge qui attribuerait explicitement un mois de salaire par année d'ancienneté ou 1 000 € par enfant à charge donnerait des verges pour se faire battre. A essayer de prendre en compte tous les paramètres sans s'en expliquer, on finit par donner l'impression du plus grand arbitraire. Je me demande en définitive si, pour choquant qu'en paraisse le principe, il n'y a pas plus d'équité à appliquer un barème comme le font, paraît-il, les Cours d'appel.

Et quand le millefeuille n'a pas été posé soigneusement sur une assiette, mais secoué dans un sachet où toutes les couches se sont mélangées, le juge ne s'embête pas à statuer séparément sur un préjudice économique et sur un préjudice moral présentés en vrac. Il fait un TCC (toutes causes confondues), en général sensiblement inférieur au quantum demandé et sans le motiver, d'où frustration de l'avocat, du salarié et quelque part aussi du juge, même s'il y gagne en temps de rédaction...

Un petit mot sur les fameux six mois de salaire. Le juge départiteur n'est pas confronté, comme les conseillers salariés, au blocage des conseillers employeurs, qui aboutit en pratique à faire de ce plancher un forfait (pour les salariés ayant deux ans d'ancienneté dans une entreprise de plus de dix salariés), voire un plafond (dans le cadre de l'ancien article L. 122-14-5). Rien ne s'oppose en théorie à ce que le juge dépasse le plancher de six mois de salaire dès lors que le salarié licencié fait la preuve d'un préjudice plus important, et pas seulement dans le cadre de l'ancien L. 122-14-4 : la seule différence entre les deux articles est que le salarié licencié sous L. 122-14-4 n'a pas à rapporter la preuve de son préjudice si sa demande n'excède pas six mois de salaire, alors que sous L. 122-14-5 il doit en justifier dans tous les cas. Mais un cadre de 55 ans, licencié par une entreprise de moins de dix salariés et arrivé en fin de droits, subit un préjudice excédant largement six mois de salaire ; s'il produit les justificatifs de ses revenus pour étayer son calcul, aucun argument textuel ne permet de limiter son indemnisation à un montant de six mois de salaire.

Pourquoi ce fameux montant, qui ne devrait concerner que les salariés relevant de l'article L. 122-14-4 et ne

justifiant pas de l'étendue de leur préjudice, s'est-il imposé comme une référence universelle ? Pourtant rien, objectivement, n'oblige le juge à mesurer à l'aune du salaire le préjudice résultant du licenciement : on pourrait imaginer qu'il est proportionnellement plus important pour un travailleur pauvre, jeté dans la précarité par la perte de son petit salaire, que pour un cadre licencié avec des indemnités de rupture en rapport avec son salaire, et qui aura au moins quelques mois pour se retourner... Une évaluation en valeur absolue, déconnectée de la rémunération, aurait l'avantage de ne pas perpétuer au moment de la rupture du contrat de travail les inégalités salariales qui existaient pendant son exécution. Interrogation purement théorique à ce jour. Un tel mode d'évaluation serait tellement à contre-courant que je ne me suis jamais risquée à l'envisager d'office.

C'est par défaut, je pense, et compte tenu de la difficulté à évaluer un préjudice non exclusivement économique, que les six mois de salaire, seule balise donnée par le législateur pour éclairer la décision du juge, sont devenus le mètre-étalon de toute demande d'indemnisation et de toute condamnation. Il ne s'agit pas pour autant d'une fatalité. Aux avocats de proposer d'autres pistes, et de justifier qu'elles conduisent à une indemnisation plus équitable et plus complète.

2) Requalification des contrats précaires

DR : La requalification d'une série de contrats à durée déterminée en un CDI unique ne donne lieu qu'à une indemnité de requalification mais dont le quantum n'est pas limité ; la requalification d'une série de contrats non successifs amène à indemniser les "trous" par une indemnité compensatrice, qui n'est pas nécessairement liée à la prescription quinquennale des salaires.

AZ : Je ne suis pas choquée par le fait que la requalification de plusieurs contrats à durée déterminée en une seule relation à durée indéterminée donne lieu à une indemnité de requalification unique.

En général, le salarié ne saisit pas la juridiction prud'homale rien que pour demander la requalification d'un ou plusieurs contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, mais parce que la relation salariale s'est totalement interrompue (ou sensiblement ralentie) après une succession plus ou moins longue de contrats à durée déterminée. Si on requalifie la succession de contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, l'arrivée du terme du dernier contrat ne constituant pas une cause légitime de rupture, le salarié aura droit, selon la durée totale, à des dommages et intérêts pour rupture abusive ou à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse avec préavis et indemnité de licenciement. Le préjudice spécifique qui s'y ajoute, et qui justifie une indemnité de requalification, est-il plus grand pour un intermittent du spectacle qui a

effectué en deux ans cinquante contrats d'une journée que pour l'infirmière qui a, pendant la même période, remplacé successivement trois collègues ? Je pense que si l'indemnité de précarité dépasse rarement le mois de salaire qui en constitue le plancher, c'est parce que le demandeur ne caractérise pas la nature et l'importance de ce préjudice spécifique. Je n'exclus pas d'aller au-delà d'un mois de salaire si on me démontre qu'en l'espèce le salarié demandeur a subi un préjudice spécifique (il a sollicité un prêt bancaire qui lui a été refusé en raison de la précarité de son emploi...), mais le nombre de contrats requalifiés en tant que critère du préjudice subi ne me convainc pas.

Soit un intermittent du spectacle qui effectue en moyenne quatre prestations par mois pendant cinq ans. Dès le premier mois, un contrat n'est pas signé, ou ne mentionne pas le motif du recours : la relation contractuelle est requalifiée de plein droit et devient à durée indéterminée. Tous les contrats conclus par la suite se fondent dans une relation salariale unique à durée indéterminée à laquelle il ne peut être mis fin que par un licenciement. Je ne trouve pas choquant que les "trous" entre les contrats soient indemnisés sur la base des salaires perçus pendant les périodes sans "trous"... C'est d'ailleurs en ce sens que statue la Chambre sociale de la Cour de cassation en matière de travail temporaire lorsque le salarié est resté à la disposition de son employeur.

Mais cette construction intellectuelle montre ses limites quand les "trous" deviennent plus longs que les périodes de travail.

3) Indemnisation et circonstances

DR : L'indemnisation du défaut de visite médicale d'embauche crée un préjudice de principe qu'il incombe au juge de réparer, mais à quelle hauteur ? Les juridictions confrontées à ces demandes apportent des réponses variées : Bobigny 1 500 €, Paris 1 € ou 1 000 € en déparage. Devant cette situation d'extrême variabilité, on peut se poser la question du recours à la barémisation, pour d'autres préjudices.

AZ : Pour nombre d'autres préjudices dont l'existence est indiscutable, mais dont le Code du travail ne précise pas l'indemnisation. Selon moi, cela dépend des circonstances :

- préjudice résultant du non-respect des onze heures minimum de repos quotidien, de la durée maximale hebdomadaire du travail, etc. (prescriptions de la directive européenne 93/104) :

Dans le cas d'un infirmier de nuit ayant un horaire journalier de douze heures, dont 7 h 30 en chambre de veille : *« Attendu que le non-respect des prescriptions minimales imposées par la directive européenne en vue d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs cause*

nécessairement un préjudice aux salariés concernés; que les répercussions, immédiates ou à terme, de la fatigue et des contraintes occasionnées sont difficilement mesurables, mais peuvent être raisonnablement considérées comme d'autant plus fortes qu'il y a cumul des prescriptions non respectées; que dès lors M. B. est bien fondé à former de ce chef une demande d'indemnisation globale; que son préjudice peut être évalué à un montant de 5 000 € ».

Mais si la violation d'une des prescriptions relatives au repos ou à la durée du travail n'est qu'occasionnelle, le préjudice peut être quasi-symbolique.

- préjudice résultant du défaut d'information sur le DIF dans la lettre de licenciement : selon moi, il ne peut s'agir du montant des droits à DIF acquis (qui n'est jamais versé directement au salarié), mais de la perte de chance d'acquiescer une formation utile... Toutefois la Cour d'appel ne partage pas cet avis.

- sanction de la perte de l'"employabilité" : la Chambre sociale a jugé dans un arrêt du 23 octobre 2007 qu'un salarié a le droit d'être formé et adapté non seulement à "son" emploi (ce qui est de l'intérêt de l'entreprise), mais à "un" emploi et que, pour un salarié resté pendant vingt ans dans un même poste sans bénéficier d'aucune formation ni adaptation, et finalement licencié pour motif économique, la violation du droit au maintien de sa capacité à obtenir un emploi justifie l'allocation de dommages et intérêts spécifiques, distincts de l'indemnisation du licenciement. Sur quelle base évaluer un tel préjudice ?

Encore une fois, je pense qu'il faut essayer de coller au plus près du préjudice réel, même s'il est en creux.

4) Article 700

DR : Le quantum du montant alloué au titre de l'article 700 CPC, et aussi de l'article 37 de la loi sur l'aide juridictionnelle, qui mériterait de plus amples développements tant cette demande est souvent mal-traitée par les juridictions, sont sans commune mesure avec le coût supporté par les justiciables pour être remplis de leurs droits.

AZ : L'article 700 du Code de procédure civile dispose : *« Le juge condamne la partie tenue aux dépens, ou à défaut la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. »*

La condamnation est devenue la règle depuis 1992. Le texte initial (1976) en faisait l'exception : *« Lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les*

dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine.»

En tout état de cause, il ne s'agit pas d'une forme de dommages et intérêts, mais de la contribution d'une des parties aux frais (habituellement, mais pas nécessairement, les honoraires d'avocat) exposés par l'autre pour les besoins de la procédure.

Première question : quel est le montant des frais effectivement exposés ? Voyez-vous souvent des demandes d'article 700 présentées autrement qu'en chiffres ronds et assorties de notes d'honoraires ou, pour

les parties qui se présentent seules, du détail des frais (de photocopies, de déplacement...) réellement exposés ?

Deuxième question : dans l'hypothèse où le montant des frais serait communiqué et justifié, comment "déterminer" en fonction de l'équité et des ressources de la partie condamnée la part des frais de l'autre partie qu'elle devra supporter en sus de ses propres frais et honoraires ? Fait-on entrer principalement en ligne de compte la situation économique respective des parties ? Le fait que le demandeur obtient gain de cause en totalité ou en partie ?

II. La réparation en nature

1) La réintégration d'un salarié protégé

DR : La réparation en nature trouve son terrain d'élection dans les phases référé/conciliation. Malheureusement on constate une certaine "timidité" du juge à exercer la plénitude de ses pouvoirs; alors que la réintégration en référé est la seule réparation intégrale efficace à l'éviction d'un(e) salarié(e) protégé(e), elle n'est malheureusement jamais prononcée si ce n'est par le juge départiteur.

Le recours à l'astreinte (trop rare) destinée à assurer l'effectivité de la décision (quantum, liquidation, nouvelle astreinte) devrait être encouragé. AZ : Pas de problème pour ordonner la réintégration à son poste d'un représentant du personnel licencié en violation du statut protecteur (le trouble manifestement illicite justifiant la compétence du juge des référés) et pour assortir cette obligation d'une astreinte. Les difficultés commencent lorsque, pour une raison ou pour une autre, le poste n'existe plus et que la réintégration doit être ordonnée dans un poste à créer, contesté par l'employeur, et dont le salarié, dans ses conclusions, ne délimite pas les éléments (nature de l'emploi, service, classification conventionnelle, niveau hiérarchique, rémunération...). Quand je rends une décision, j'aime à penser que, si elle n'est pas exécutée, elle était au moins exécutable. *A fortiori* quand j'assortis une obligation d'une astreinte dont je me réserve la liquidation, je n'ai aucune envie de voir s'engager deux mois plus tard un débat sur l'exécution ou la non-exécution de cette obligation, faute d'avoir apporté en amont sur son contenu des précisions permettant de trancher ce point sans ambiguïté.

Premier exemple : Mme D., titulaire de divers mandats, fait l'objet de deux demandes d'autorisation de licenciement refusées par l'Inspection du travail, la première disciplinaire, la seconde économique à l'occasion d'une fusion-absorption. Après suppression de son poste, l'employeur, qui attend la décision de la

juridiction administrative sur le refus d'autorisation de licenciement, ne lui propose aucun reclassement acceptable et la laisse sans aucune activité du 1^{er} janvier 2004 à mon jugement fin 2008, en faisant valoir qu'il ne dispose pas d'un emploi de même catégorie et de qualification équivalente aux fonctions de directrice marketing anciennement occupées par Mme D., et qu'aucun des postes qui se sont libérés en cinq ans ne correspond à son profil.

Etant rappelé que l'absence d'activité présentait « *un caractère stigmatisant, ce traitement différencié laissant Mme D. dans l'expectative et empêchant son intégration complète à l'entreprise, qu'elle traduit la conviction de l'employeur que cette salariée protégée n'a pas à titre pérenne sa place dans ses effectifs, et le refus de l'intégrer; qu'elle se trouve exclue de la communauté de travail quant à la production, au fonctionnement et à la chaîne hiérarchique, que cet état de fait n'est pas sans incidence sur l'exercice des mandats, les salariés pouvant avoir des doutes sur l'action d'un représentant du personnel "en sursis"* », j'ai condamné la société à lui payer 70 000 € de dommages et intérêts.

J'ai ordonné à la société « *de reclasser Mme D. dans un emploi conforme à sa qualification, en son sein ou dans l'une des sociétés du groupe dont elle fait partie, en lui fixant des objectifs écrits et réalistes et en lui donnant les moyens de les réaliser* ». Afin de « *lui permettre d'exécuter loyalement cette obligation* », je lui ai laissé un délai de quatre mois « *pour rechercher cet emploi en son sein ou dans le groupe, au besoin en procédant aux réorganisations nécessaires, de recueillir l'accord de Mme D., à laquelle ne peut être imposée, en qualité de salariée protégée, aucune modification de son contrat ni de ses conditions de travail, et au besoin d'assurer son adaptation à ce poste par une formation appropriée* », sous astreinte de 200 € par jour de retard

passé ce délai pendant une durée de deux mois. Je n'ai pas été saisie en liquidation d'astreinte.

Deuxième exemple : Mme G., titulaire depuis septembre 2003 de deux mandats désignatifs, est en outre élue délégué du personnel et secrétaire du CE en décembre 2003. Entre-temps, elle a manifesté son intérêt pour un poste de "chef de groupe produit" diffusé en vue de recrutement interne le 30 octobre. Des négociations se sont déroulées pendant la période électorale, mais elle n'a jamais signé l'avenant formalisant cette mutation. La direction de l'entreprise a par ailleurs soumis au CE un projet de règlement intérieur prévoyant des crédits d'heures largement supérieurs à ceux prévus par la loi (dans le cas de Mme G., 110 heures au lieu de 70). Ce projet n'a jamais été adopté, mais Mme G. a bénéficié de fait d'un statut de quasi-permanent et n'a jamais exercé de fait la fonction pour laquelle elle avait postulé. Lorsqu'une collègue a été nommée sur ce poste et qu'elle-même a disparu de l'organigramme, elle a saisi la formation de référé pour demander sa réintégration dans le poste de chef de groupe produit, qu'elle n'avait jamais occupé et dont il avait été prévu à l'époque que l'aménagement devrait être négocié avec la direction pour être compatible avec l'exercice de ses différents mandats.

Tout en soulignant que « *si Mme G. refuse de bénéficier d'une délégation permanente et veut consacrer à un travail effectif le temps excédant ses heures de délégation, il appartient à l'employeur de lui proposer un poste compatible avec l'exercice de ses mandats et n'entraînant ni diminution de sa rémunération, ni disqualification* », j'ai estimé qu'il n'était pas possible d'ordonner en référé sa réintégration dans des fonctions qu'elle n'avait jamais occupées et dont il avait été prévu de négocier l'aménagement, étant précisé qu'elle refusait d'être réintégrée dans ses fonctions antérieures; qu'il y avait « *ainsi contestation sérieuse sur la définition du poste dans lequel elle doit être réintégrée* », que « *l'intéressée n'étant privée ni de son salaire, ni de l'exercice de ses mandats, et ayant, ainsi qu'il résulte de son mail du 19 mars 2004, accepté au moins temporairement sa situation, celle-ci n'est pas constitutive d'un trouble manifestement illicite justifiant la compétence de la formation de référé* », et que la discussion sur la définition du poste à lui proposer relevait du juge du principal.

2) Discrimination à l'embauche

La Cour d'appel de Toulouse, en février 2010, a reconnu l'existence d'une discrimination à l'embauche

pratiquée par la société Airbus mais, jugeant que "*la juridiction n'a pas la faculté de contraindre l'employeur à conclure un contrat de travail*", elle l'a condamnée au paiement de DI sans ordonner l'embauche du salarié discriminé, qui aurait évidemment constitué la réparation intégrale du préjudice. Dans le cadre d'échanges entre avocats du SAF et magistrats du SM au sujet de cette décision, une avocate a proposé une argumentation susceptible, me semble-t-il, de vaincre la réticence des magistrats à porter atteinte à la liberté contractuelle lorsque certaines conditions sont réunies :

– la liberté contractuelle et *l'intuitu personae* qui en fait partie (droit d'embaucher celui-ci et de ne pas embaucher celui-là, de le promouvoir, de l'augmenter...) est bornée par la prohibition de la discrimination. Que ce soit au moment de la formation du contrat, de son exécution ou de sa rupture, le choix ne peut être fondé sur un des critères illicites de l'article 1132-1, et la sanction s'impose au juge : c'est la nullité et rien d'autre ;

– mais pour déterminer la réparation (dont la nullité n'est qu'une modalité), il faut identifier le moment de l'acte discriminatoire :

- dans le cas où les CV des blacks ou les noms à consonnance maghrébine sont écartés d'office, il n'y a pas de certitude que la personne discriminée aurait été embauchée, d'autres critères objectifs et pertinents pouvant conduire à l'embauche d'un autre candidat lorsqu'ils étaient plusieurs en lice. L'acte discriminatoire n'est pas le refus de contracter, mais le fait d'avoir été écarté en amont d'une procédure de recrutement en cours. La nullité de l'acte discriminatoire n'est pas suffisante pour contraindre l'employeur à réparer par un acte positif d'embauche ce qui n'est que la perte d'une chance. Dans ce cas l'acte discriminatoire annulé ne peut se résoudre qu'en DI,

- mais s'il résulte des circonstances que la non-embauche (la non-conclusion du contrat de travail) est exclusivement fondée sur un motif illicite (dans le dossier de Toulouse, deux intérimaires étaient candidats au recrutement, et la Cour d'appel a écarté les arguments d'Airbus tendant à justifier son choix par des motifs autres que l'origine maghrébine du demandeur), c'est bien le refus de contracter qui constitue l'acte discriminatoire, et qui est par conséquent entaché de nullité. Le principe de réparation intégrale est la remise en l'état dans lequel les parties auraient dû se trouver si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu, et donc l'embauche du salarié discriminé.

Daniel Ravez, Agnès Zissmann