

Trois définitions pour introduire une réflexion sur la réparation intégrale

par *Evelyne SERVERIN*, Directeur de recherche au CNRS, IRERP,
Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense, Chercheur au Centre d'études de l'emploi

PLAN

- I. La réparation intégrale comme règle juridique d'évaluation des indemnisations
 - A. La réparation individualisée
 - B. La réparation socialisée
- II. La réparation intégrale comme résultat de l'action en justice
 - A. L'indemnisation brute
 - B. L'indemnisation nette
- III. La réparation intégrale comme compensation du coût social des décisions des entreprises
 - A. La compensation des dommages causés aux collectifs de travail
 - B. La compensation du coût environnemental

Appliqués au travail, le titre et le sous-titre de cette journée (*La réparation intégrale, pour ne pas être victime deux fois*), sonnent étrangement. Ils placent au centre une personne abstraite, sans doute le salarié, mais qui figure là sous sa seule identité de victime, et une victime menacée. Traiter le salarié comme une victime, tout y incite. La « découverte » dans le contrat de travail d'une obligation de sécurité de résultat à la charge de l'employeur à raison des produits fabriqués (1) fait de tout salarié une victime potentielle. Les multiples observations sur le stress au travail, les maladies professionnelles, tout comme le traitement compassionnel du licenciement, avec les actions de soutien psychologique, accentuent une approche victimaire du travail.

Qu'on ne se méprenne pas sur le sens de ce propos. Il est parfaitement légitime pour celui qui défend les intérêts de son client de rechercher pour lui la meilleure indemnisation possible. Mais cette approche nous paraît refermer trop vite la boîte noire de la réparation.

Nous proposons d'entendre autrement le titre retenu par les organisateurs de la journée : comme un *appel pressant* à nous interroger sur ce que signifie « réparer un dommage ». Il est urgent de répondre à cet appel, car l'opacité règne, tant sur la nature que sur la mesure des réparations. L'absence de données fait le lit des rumeurs (2) et instruit le procès du coût excessif de la rupture, et son cortège de projets de réforme (3).

Dans ce contexte, il est plus que jamais nécessaire de définir ce dont on parle. Or l'expression « réparation intégrale » est susceptible de recevoir au moins trois définitions différentes, selon le point de vue sous lequel on se place : une *définition juridique* si on l'aborde comme une règle d'évaluation des compensations (I) ; une *définition empirique*, si on s'interroge sur les indemnités réellement perçues en réparation d'un événement dommageable (II) ; une *définition économique*, si on la traite comme un mécanisme de compensation des *coûts sociaux* entraînés par les décisions de l'entreprise (III). Ces trois définitions se combinent finalement pour dessiner un paysage où coexistent plusieurs formes de totalités.

(1) Quatre arrêts ont été prononcés par la Chambre sociale le 28 février 2002, dont trois sont publiés au Bulletin V, 2002, n° 81, p. 74, Dr. Ouv. 2002 p. 166, n. F. Meyer.

(2) Des économistes tenants de la flexibilité du contrat de travail peuvent ainsi prétendre sans la moindre preuve qu'en France « la jurisprudence impose un coût d'indemnisation, qui est de une ou deux années de salaires », Henri Fraise, Francis Kramarz, Corinne Prost, "Labor Court Inputs, Judicial Cases Outcomes and Labor Flows : Identifying Real EPL", document de travail du 14 octobre 2009.

(3) On se souvient que les signataires de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 ont inscrit dans un article 11 le principe de « travailler avec les pouvoirs publics à la possibilité de fixer un plafond et un plancher au montant des dommages et intérêts susceptibles d'être alloués en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ». L'exposé des motifs de la loi du 25 juin 2008 a repris l'idée d'un plafonnement, tout en renvoyant à une réflexion entre les pouvoirs publics et les parties signataires.

I. La réparation intégrale comme règle juridique d'évaluation des indemnités

Si on synthétise les règles applicables en matière de compensation des préjudices, on constate que des niveaux de réparation élevés peuvent être obtenus en passant par deux procédés différents : une appréciation individualisée et exhaustive des préjudices (A), des référentiels de calcul légaux (B).

A. La réparation individualisée

La réparation intégrale *stricto sensu* constitue le droit commun de la réparation des préjudices, en matière délictuelle comme en matière contractuelle, et également dans certains textes spéciaux. Du point de vue technique, ce principe impose l'*individualisation* de la réparation, avec pour corollaire l'exhaustivité des préjudices : pour être intégrale, la réparation doit comprendre tous les chefs de préjudice subis par une personne, sans lui « *procurer ni perte ni profit* ». Hormis ce principe d'individualisation, le juge n'est tenu par aucune règle particulière de calcul de chaque préjudice, sous réserve de répondre aux prétentions des parties (4).

En matière contractuelle, alors que l'article 1149 C. civ. limite la réparation du créancier à la mesure « *de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé* », une jurisprudence constante estime que les juges ne sont pas tenus de s'expliquer séparément sur chacun des préjudices invoqués. La seule contrainte est de ne pas procéder à des évaluations forfaitaires, qui seraient contraires au principe de réparation intégrale impliqué par l'article 1147 (5). Appliquée au contrat de travail, cette interprétation permet de globaliser la réparation (6), en couvrant les appréciations concrètes du juge du manteau protecteur du pouvoir d'appréciation souveraine (7).

L'évaluation est également libre s'agissant de la réparation des préjudices extra-contractuels, liés au comportements fautif de l'employeur lors du

licenciement. Une fois rapportée la preuve de la faute (8), et après apprécié concrètement le préjudice subi, le juge fixe souverainement le montant de l'indemnité (9).

En dehors du droit commun, la réparation intégrale sous-tend nombre de dispositions légales qui réparent des préjudices spécifiques. C'est le cas du régime d'indemnisation des salariés victimes de l'amiante. La loi 2000-1257 du 23 décembre 2000 crée un fonds d'indemnisation et pose le principe de la *réparation intégrale des préjudices*, pour toutes les personnes touchées à la suite d'une maladie professionnelle, d'une exposition sur le territoire de la République, et de leurs ayants-droit (art. 53, I de la loi). Il était même ajouté qu'une indemnisation *complémentaire* pouvait être accordée dans le cadre d'une procédure pour faute inexcusable de l'employeur (art. 53, IV). La formule, ambiguë, laissait croire à la possibilité d'un cumul d'indemnités. La loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la Sécurité sociale pour 2011 vient de lever le doute, en supprimant la référence à l'indemnisation complémentaire. Dans un nouveau paragraphe VI, il est précisé que « *La reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, à l'occasion de l'action à laquelle le fonds est partie, ouvre droit à la majoration des indemnités versées à la victime ou à ses ayants droit en application de la législation de Sécurité sociale. L'indemnisation à la charge du fonds est alors révisée en conséquence* ». L'attribution de la réparation intégrale est le fruit d'une action coordonnée des juridictions.

Le principe d'intégralité, entendu comme ajustement de la réparation aux caractéristiques des personnes, est aujourd'hui synonyme de justice. Toute disposition qui déroge à ce qui constitue le droit commun de la réparation peut être jugée contraire au principe d'égalité devant la loi et les charges publiques. C'est ce

(4) Ainsi, dans le cas d'un accident de la circulation, la Cour de cassation a jugé que le principe de la réparation intégrale « *sans perte ni profit* », exige que le juge procède à l'actualisation au jour de leur décision de l'indemnité allouée en réparation du préjudice professionnel en fonction de la dépréciation monétaire, si elle leur est demandée. Civ. 2, 12 mai 2010, n° 09-14569, Bull. 2010, II, n° 94.

(5) Civ., 1^{re}, 2 avril 1996, Bull. I, n° 166, p. 177.

(6) Soc., 5 novembre 2003, n° 01-43914, inédit au Bulletin : « *Attendu qu'il résulte de l'article 1149 du Code civil que les dommages-intérêts dus au créancier de l'obligation inexécutée sont de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé (...); que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la Cour d'appel a, par une décision motivée, fixé l'indemnité devant réparer le dommage qu'elle avait subi* ».

(7) Soc., 19 octobre 2010, n° 09-42225, inédit au Bulletin : « *Mais attendu que la Cour d'appel, pour condamner la société au paiement d'une somme pour manquement à ses obligations contractuelles, a, d'une part, souverainement apprécié le montant*

de la somme allouée et ainsi assuré une réparation intégrale du préjudice subi et, d'autre part, indiqué que l'employeur n'avait pas rempli son obligation contractuelle de mettre en œuvre des démarches de recrutement d'agents mandataires pour fournir un soutien au salarié ».

(8) Soc. 23 novembre 2010 n° 09-67347 Un salarié ne peut obtenir réparation du préjudice moral subi du fait de l'interruption de l'exécution du préavis, parce que la décision de l'employeur de dispenser le salarié licencié d'exécuter une partie du préavis auquel il a droit ne caractérise pas en elle-même une faute.

(9) Soc., 18 novembre 2009, n° 08-43523, Bull. 2009, V, n° 260. Au double visa de l'article 1382 du Code civil et de l'article 12 du Code de procédure civile, la Cour a cassé l'arrêt d'appel allouant un euro de dommages-intérêts au syndicat intervenant, en considérant « *qu'en se bornant à allouer une somme à titre symbolique, la Cour d'appel, qui n'a pas procédé comme il lui appartenait à l'évaluation du préjudice réel subi par le syndicat, a violé les textes susvisés* ».

raisonnement qui fonde la demande de question prioritaire de constitutionnalité, relative à la loi n° 46-2426 du 30 octobre 1946 relative à la prévention et à la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles (10). Les requérants visaient les dispositions relatives à la réparation de la faute inexcusable de l'employeur, prévues à l'article L. 452-3 du Code de la Sécurité sociale. Ce texte prévoit que « *Indépendamment de la majoration de rente qu'elle reçoit en vertu de l'article précédent, la victime a le droit de demander à l'employeur devant la juridiction de Sécurité sociale la réparation du préjudice causé par les souffrances physiques et morales par elle endurées, de ses préjudices esthétiques et d'agrément ainsi que celle du préjudice résultant de la perte ou de la diminution de ses possibilités de promotion professionnelle. Si la victime est atteinte d'un taux d'incapacité permanente de 100 %, il lui est alloué, en outre, une indemnité forfaitaire égale au montant du salaire minimum légal en vigueur à la date de consolidation* ». A cette rédaction est opposée celle de L. 452-5 du même code : « *Si l'accident est dû à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, la victime ou ses ayants droit conserve contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par application du présent livre* ». Les requérants considèrent que la différence n'est pas justifiée puisque dans les deux cas, une faute se trouve à l'origine du dommage. La revendication est clairement celle du droit commun, avec pour enjeu immédiat la possibilité pour les salariés qui ont établi une faute inexcusable de bénéficier du préjudice spécifique d'anxiété, récemment découvert par la Cour de cassation pour les salariés exposés à l'amiante (11). Le Conseil constitutionnel a entendu cette revendication du retour au droit commun, dans un considérant 18 qui contient une réserve d'interprétation : si la victime ou, en cas de décès, ses ayants droit peuvent, devant la juridiction de Sécurité sociale, demander à l'employeur la réparation de certains chefs de préjudice énumérés par l'article L. 452-3 du Code de la Sécurité sociale, « *les dispositions de ce texte ne sauraient toutefois, sans porter atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes, devant les mêmes juridictions, puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du Code de la Sécurité sociale* » (12).

La revendication de la réparation intégrale s'entend comme le rejet de toute règle qui viendrait limiter l'appréciation concrète des préjudices subis ou, plus précisément, des préjudices allégués. On pourrait s'en réjouir, en considérant qu'il en résultera une réparation plus complète, et donc plus juste. Cela est certain d'un point de vue individuel, mais plus douteux d'un point de vue collectif. L'absence de mode de calcul unifié conduit en effet à des évaluations dispersées, source d'inégalités entre les personnes.

B. La réparation socialisée

Le Code du travail est émaillé de textes instaurant au bénéfice des salariés des indemnités qui ne visent pas seulement à réparer un dommage, mais aussi à sanctionner le manquement d'un employeur à ses obligations. Ces indemnités sont calculées le plus souvent en mois de salaires (donc proportionnels aux revenus des personnes), et leur quotité est déterminée par avance (planchers, périodes de référence, nombre fixe, etc.). La plupart de ces indemnités peuvent se cumuler, et ce cumul conduit à des niveaux de réparation détachés des préjudices réellement subis. Quelques exemples illustreront ces diverses formes de calcul.

Des dispositions nombreuses prévoient des *planchers d'indemnisation*. En dehors du cas bien connu des six mois de salaires pour les licenciements sans cause réelle et sérieuse (mais qui ne concerne pas tous les salariés), des planchers assortissent la réparation des licenciements déclarés nuls. En cas de *nullité du plan de sauvegarde de l'emploi*, et si le contrat de travail ne se poursuit pas, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois (article L.1235-11 du Code du travail). En matière de *nullité de licenciement discriminatoire*, l'article L.1134-4 du Code du travail prévoit que le Conseil de prud'hommes lui alloue plusieurs indemnités, dont « *une indemnité ne pouvant être inférieure aux salaires des six derniers mois* ». Il en va de même en cas de nullité du licenciement pour manquement à l'*égalité professionnelle* (article L.1144-3 du Code du travail). Les victimes d'*accidents du travail* non reclassés ou déclarés inaptes bénéficient quant à eux d'une indemnité qui ne peut être inférieure à douze mois de salaires, et qui se cumule avec l'indemnité compensatrice et, le cas échéant, avec l'indemnité spéciale de licenciement prévues à l'article L. 1226-14 (article L. 1226-15 du Code du travail).

D'autres textes prévoient des indemnités fixes et forfaitaires, qui peuvent se révéler redoutables pour

(10) Conseil constitutionnel, 18 juin 2010, Décision n° 2010-8 QPC, JO du 19 juin 2010, p. 11149 NOR : CSCX1016220S.

(11) Soc., 11 mai 2010, n° 09-42241 et s., Bull. 2010, V, n° 106, Dr. Ouv. 2010 p. 604, n. P. Leroy et p. 612, n. F. Guiomard.

(12) Sur cette décision, M. Badel « Accidents du travail, maladies professionnelles : l'indemnisation soumise à la « question ». À propos de la décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 », Dr. Ouv. 2010 p. 639

l'employeur. Le plus important concerne le travail dissimulé. Le salarié auquel un employeur a eu recours dans des conditions contraires à certains textes (notamment en cas de dissimulation des heures de travail) a droit à une indemnité forfaitaire *égale* à six mois de salaire (article L. 8223-1 du Code du travail).

Enfin, des dispositions spéciales indiquent des « plages de temps » indemnisées, qui couvrent la totalité des préjudices subis. Ainsi, pour les salariés investis de mandat dont l'autorisation de licenciement a été annulée, l'article L. 2422-4 du Code du travail prévoit une option : soit le droit *au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration*, s'il en a formulé la demande ; soit une indemnité *correspondant à la totalité du préjudice subi* au cours de la période écoulée entre son licenciement et l'expiration du délai de deux mois, s'il n'a pas demandé sa réintégration. La disposition est reproduite en termes identiques par l'article L. 4623-7, lorsque l'annulation concerne l'autorisation de licenciement d'un médecin du travail.

Toutes ces indemnités sont dues indépendamment de toute appréciation concrète, et l'employeur ne peut en obtenir la réduction au prétexte de l'absence de préjudice. Ainsi, un salarié licencié au cours de la suspension de son contrat de travail pour accident du travail doit bénéficier d'une indemnité de six mois, peu important qu'il n'ait qu'une ancienneté de trente-sept

jours (13). De même, un salarié dont le licenciement a été annulé peut bénéficier, en plus des indemnités pour licenciement illicite, d'une indemnité complémentaire pour irrégularité de la procédure de consultation du comité d'entreprise, sans qu'il puisse leur être opposé un enrichissement sans cause (14). Le caractère automatique de ce type de réparation est aujourd'hui dans l'œil d'une QPC. Le 5 janvier 2011, la Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel la question transmise par arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 13 octobre 2010, visant l'article L. 8223-1 du Code du travail. Ce texte, en ce qu'il institue en cas de travail dissimulé une sanction pécuniaire automatique et forfaitaire, porterait atteinte notamment aux principes d'égalité devant la loi, d'individualisation et de personnalisation des sanctions et d'indépendance de l'autorité judiciaire (15). Paradoxe des revendications : l'indemnisation forfaitaire peut se révéler plus avantageuse pour les salariés qu'une réparation intégrale.

Dès lors que le cumul n'est pas prohibé par un texte, toutes ces indemnités s'ajoutent, formant une « totalité » indépendante de toute idée d'intégralité. Les défenseurs des salariés sont rompus à l'exercice consistant à relever toutes ces irrégularités, petites ou grandes, dont le cumul peut conduire à une indemnisation totale, détachée de toute référence au préjudice subi. Pour prendre la mesure concrète de ces indemnisations, la simple référence aux textes ne suffit plus. Il faut se tourner vers des observations empiriques.

II. La réparation intégrale comme résultat de l'action en justice

L'entrée par la technique juridique nous a permis de voir que la réparation des préjudices en matière sociale s'apparente à une mille-feuille, dont seule la totalisation pour un cas donné permet d'évaluer le montant final. Il revient à la recherche socio-juridique de procéder à des évaluations. L'évaluation peut porter sur le montant brut, obtenu à l'issue d'une action en justice (A), ou le montant net, une fois déduits le coût de l'action en justice et les récupérations d'allocations chômage (B). Il faut cependant reconnaître que ces questions sont mal connues, et nous ne ferons pas mieux que d'indiquer les pistes de recherche.

A. L'indemnisation brute

Disons-le tout de suite : aucune source statistique publique ne permet de disposer de données chiffrées relatives aux indemnités obtenues devant les tribunaux (15 bis).

Le répertoire général civil, source de la statistique judiciaire civile, ne collecte pas les données chiffrées. Le résultat des décisions est codé dans une variable comportant trois items (acceptation totale, acceptation partielle, rejet). Il en ressort que le taux le plus élevé est celui de l'acceptation partielle (54 % en 2004, pour 19,7 % d'acceptation totale, et 26,3 % de rejets) (16). On retient généralement un taux de réussite global (73,7 %), qui varie peu au cours des années, mais ne permet pas de mesurer l'ampleur de la réussite de l'action (17).

(13) Soc., 17 novembre 2010, n° 09-40277, inédit au Bulletin.

(14) Soc. 24 juin 2009 n° 08-43704 et s., inédit au Bulletin.

(15) Soc., 5 janvier 2011, n° 10-40049, inédit au Bulletin.

(15 bis) Pour une réflexion de terrain, v. François Ballouhey, "Le juge et l'évaluation économique", in *L'emploi en ruptures*, B. Gomel, D. Méda et E. Serverin (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2009, p.171-182.

(16) Brigitte Munoz-Perez, Evelyne Serverin, *Le droit du travail en perspective contentieuse. 1993-2004*. Ministère de la Justice,

La documentation française, novembre 2005, p. 52, disp. sur le site de La documentation française.

(17) Pour l'année 2007, 71% des décisions rendues au fond par les Conseils de prud'hommes ont fait droit en tout ou partie aux demandes des salariés (Laure de Maillard Taillefer et Odile Timbart « Les affaires prud'homales en 2007 », *Infostat Justice*, février 2009, n° 105). Pour l'année 2008, dernière année publiée, ce pourcentage est de 71,7 %. *Annuaire statistique de la justice 2009-2010*, La Documentation française, p. 41.

Pour en savoir plus, il faut procéder à des études sur des séries de décisions. Une seule recherche a été réalisée, relative à l'année 1996 (18). Ce que cette étude a mis en évidence, c'est précisément l'effet « mille feuille » de la réparation, et le traitement différencié des demandes principales et des autres demandes. Le taux de rejet des *demandes principales* apparaît élevé (48 % des demandeurs sont déboutés au fond, et 39 % en référé). Le taux de réussite final obtenu (67 % au fond, et 69,4 % en référé), est dû à l'admission plus généreuse des autres demandes, conduisant à des réparations qui n'ont qu'un caractère partiel (19). Quant aux résultats bruts, ils se situaient à des niveaux faibles, avec une médiane à 3320 euros (21 780 F), ce qui représentait 3,4 SMIC en valeur 1996 (6 374,68 F). Cependant, ces données sont trop anciennes pour pouvoir en tirer des conclusions sur l'état actuel des réparations, et la question reste entière du niveau de compensation obtenu devant les tribunaux.

Une perspective nouvelle de recherche s'est ouverte avec la base de données JURICA, développée par la Cour de cassation, qui recense la totalité des arrêts de Cour d'appel (20). Certes, ces arrêts ne concernent qu'une fraction des décisions rendues par les Conseils de prud'hommes. Mais avec un taux d'appel prud'homal supérieur à 60 %, on peut penser que les indemnités constatées reflètent assez fidèlement les niveaux de réparation accordés au premier degré de juridiction.

B. L'indemnisation nette

Pour approcher la réalité des indemnités, il faudrait en déduire certaines sommes : les dépenses entraînées par la défense en justice, les récupérations d'allocations.

Sur les honoraires des avocats, les connaissances sont plus que lacunaires. Si les normes applicables sont bien décrites (21), si la statistique de la profession d'avocat est régulièrement fournie (22), on ne dispose d'aucune information chiffrée, par type de litige, nationale ou comparée, du coût de l'action en justice. Une étude comparative remise en 2007 à la Commission européenne procède à des évaluations des coûts d'avocat sur un cas type commercial, sans référence au contentieux du travail (23). La Commission européenne

pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), ne dispose pas des instruments de mesure nécessaires pour répondre à la question. En dehors des faits divers rapportés par la presse, on ne peut compter que sur la jurisprudence relative aux actions disciplinaires et aux actions en contestations d'honoraires, pour connaître certaines pratiques en matière de fixation des honoraires.

Les récupérations sont également mal connues, et c'est le hasard de nos recherches qui nous a fait découvrir le problème de la récupération des indus d'allocation-chômage (24). En matière d'assurance chômage, les droits sont ouverts en raison de la survenance d'un des événements prévus par la convention d'assurance-chômage. Cependant, si, à la suite d'une action en justice, le salarié obtient des indemnités qui apparaissent compenser des pertes de salaires, les services « recalculent les droits » de manière rétroactive, et demandent le remboursement des sommes devenues indues. Le défaut principal de ces récupérations est qu'elles ne peuvent pas être anticipées par les salariés, qui ne les découvrent qu'au moment de la notification d'un titre exécutoire provenant du juge civil. La situation semble aujourd'hui en passe d'être réglée, avec l'arrêt de la Chambre sociale du 11 mars 2009, qui pose en principe que « *la nullité du licenciement n'a pas pour effet de priver rétroactivement un travailleur du droit à l'allocation d'assurance que l'Assedic lui a servie pendant la période comprise entre son licenciement et sa réintégration où il était involontairement privé d'emploi, apte au travail et à la recherche d'un emploi* » (25). Malgré tout, il serait préférable de prévoir une déclaration des créances de l'Assedic devant le Conseil de prud'hommes, sur le modèle de celle qui est prévue pour les employeurs.

Sur le plan de la recherche empirique sur la réparation, le bilan est mitigé. Si, à partir des sources statistiques de la justice, on peut mesurer des taux de réussite des actions, on ne saisit que très difficilement le niveau des indemnités perçues par les salariés à la suite d'une procédure, et pas du tout les sommes qui lui reviennent finalement.

(18) L'étude a porté sur un échantillon de 11000 décisions (fond et référé), rendues en 1996. Evelyne Serverin (dir.), « Les litiges du travail au temps du jugement prud'homal », CERCRID, 2000, Revue nationale des Barreaux janv.-juin 2002, n° 66-67, p. 66-167. Le fichier de données a fait l'objet d'une analyse secondaire dans une thèse d'économie. Ioanna Marinescu, "Coût et procédure de licenciement, croissance et innovation technologique", Thèse pour le doctorat en sciences économiques, Dir. Thomas Piketty, EHESS, 28 juin 2005.

(19) *Le droit du travail en perspective contentieuse*, préc. p. 148.

(20) Evelyne Serverin, « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond », *Dalloz. Rec.*, décembre 2009, p. 2882.

(21) La réponse française est positive à la question de la CEPEJ sur la transparence de honoraires d'avocat. Mais en guise de justification, le répondant se borne à énumérer les règles

applicables et cite l'article 11-2 du règlement intérieur national (texte normatif édicté par le Conseil national des Barreaux), qui prévoit une telle information. Conseil de l'Europe, CEPEJ, Systèmes judiciaires européens, Edition 2010 (données 2008) : Efficacité et qualité de la justice, Annexe, Questionnaire français.

(22) Caroline Moreau, « Les avocats : une profession en expansion qui se féminise », *Infostat Justice*, n° 109, octobre 2010.

(23) Frédéric Leplat, Bruno Deffains, Etude sur la transparence des coûts des procédures judiciaires civiles dans l'Union européenne, Rapport final, décembre 2007, 393 p.

(24) Evelyne Serverin, Tiennot Grumbach, « Histoire d'Anna S ou a. qui gagne perd », *RDT* n° 12, décembre 2008, p. 723.

(25) Soc., 11 mars 2009, n° 07-43336, *Bull.* 2009, V, n° 75, reproduit ci-après p. 260 en annexe de l'intervention de David Métin.

III. La réparation intégrale comme compensation du coût social des décisions des entreprises

Le coût social regroupe l'ensemble des « externalités négatives » générées par une entreprise ou un ensemble d'entreprises. La compensation intégrale de ce coût doit être appréciée au niveau des collectifs. Pour l'emploi, il s'agit des collectifs de salariés et des organismes qui les indemnisent (A). Pour l'environnement, la réparation intégrale doit couvrir à la fois les dommages économiques et les dommages écologiques (B).

A. La compensation des dommages causés aux collectifs de travail

Le premier type de collectif est formé par les salariés qui subissent les conséquences d'une même décision. Le second est représenté par les organismes qui les prennent en charge.

La saisie des dommages sériels est rendue difficile par le caractère individuel des actions en justice. Devant les Conseils de prud'hommes, l'enregistrement se fait au niveau du demandeur, masquant la dimension sérielle de nombre de litiges prud'homaux, pourtant bien connue de la chancellerie (26). Du point de vue statistique, on dispose d'indices attestant de phénomènes collectifs devant les Conseils de prud'hommes (notamment les liquidations d'entreprises) (27), sans pouvoir les traiter comme tels. L'approche des collectifs passe donc par des études de cas (grèves, fermetures d'entreprises, licenciements collectifs), dont les récits sont relayés par la presse et les organisations syndicales, et qui viennent éclairer les statistiques du chômage et de l'emploi (28).

Certaines affaires, par l'originalité des actions entreprises, franchissent la barrière du fait divers pour entrer dans le périmètre des publications juridiques. C'est le cas du jugement du Tribunal de grande instance de Péronne, abondamment commenté (29), qui condamnait délictuellement les sociétés italiennes du groupe Flodor à indemniser les anciens salariés de leur filiale liquidée pour défaut de reclassement. Outre l'action conduite devant le Tribunal de grande instance, cette

affaire offre une diversité d'actions en justice (procédures collectives, actions prud'homales, procédures de saisie, procédures pénales), dont l'agencement forme un « récit », qui permet de reconstituer la stratégie industrielle du groupe. A ce niveau d'observation, il est possible d'évaluer globalement les préjudices et les indemnisations. Ainsi, on apprend que les cent soixante dix-huit salariés de Flodor ont obtenu 7 320 000 euros d'indemnités pour perte de chance de reclassement, contre les sociétés du groupe. Mais on sait aussi qu'ils ont transigé avec le liquidateur pour le paiement de leurs indemnités et salaires. Si on se place du point de vue du collectif que représentent les salariés, l'évaluation de la réparation implique d'identifier les sommes, et de les totaliser pour reconstituer le « tout » de la réparation.

Les organismes qui prennent en charge le coût social des décisions (licenciements, accidents du travail et maladies professionnelles) sont également en droit de compenser les préjudices qu'ils ont subis. Les compensations passent par le paiement de cotisations supplémentaires, ou le remboursement de prestations, dont la finalité est à la fois réparatrice et incitative. La contribution dite *Delalande*, créée par une loi du 10 juillet 1987 et supprimée par une autre loi du 30 décembre 2006, répondait à cette logique.

En matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, la fixation du taux des cotisations fait l'objet d'une réglementation propre, dont les taux sont calculés de manière à intégrer le comportement des entreprises. Une triple tarification, qui dépend de la taille de l'entreprise (collective pour les moins de dix, mixte pour les entreprises de dix à cent quatre vingt dix-neuf salariés, et individuelle au-delà), permet de compenser les coûts réels pour les activités les plus importantes.

Les remboursements de prestations ont une vocation directement compensatoire. Le plus ancien (il a été créé par la loi 13 juillet 1973), est le mécanisme de remboursement aux Assedic par l'employeur des

(26) Ce constat a justifié l'allocation d'un nombre d'heures d'indemnisations réduit au conseiller prud'homme qui déclare « avoir consacré à la rédaction de décisions qui présentent entre elles un lien caractérisé, notamment du fait de l'identité d'une partie, de l'objet ou de la cause, et qui n'auraient pas fait l'objet d'une jonction » (article D. 1423-67 du Code du travail).

(27) En 2004, hors demandes formées par les personnels dans les procédures collectives, une contestation de licenciement pour motif économique sur cinq était dirigée contre une entreprise qui n'était plus *in bonis* à la fin de la procédure prud'homale. *Le droit du travail en perspective contentieuse*, préc., p. 32.

(28) Un site a même été créé, en juillet 2009, à l'initiative d'un groupe d'anciens salariés, pour suivre pas à pas ces histoires collectives. En moins d'un an et demi, 315 entreprises, qui licencient ou projettent de le faire,

ont été recensées. Le site est accessible à l'adresse <http://www.collectifcontrelespatronsvoyou.com>

(29) TGI Péronne, RG n° 07/856, 18 août 2009 ; Cour d'appel de Paris, 10 avril 2008, 07/10060 ; Gilles Auzero, « Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés, Illustration de l'ineffectivité de la règle de droit », *Semaine Sociale Lamy*, 12 octobre 2009, n° 1416, p. 6-10 ; Patrick Morvan, « L'étrange action en justice Flodor : les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté », *JCP éd. Sociale*, n° 44, Etude, 1489, 24 octobre 2009 ; Evelyne Serverin, Tiennot Grumbach, « La saga judiciaire Flodor. L'action délictuelle, une nouvelle étape dans le dossier Unichips-Flodo », *RDT* n° 11, décembre 2009, p. 693. Voir également Marianne Keller, « L'action du mandataire-liquidateur en validité du plan de sauvegarde de l'emploi : un modèle à suivre ? », note sous *Cass. soc.* 23 septembre 2008, *Dr. soc.* 2009.561.

allocations versées aux salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse (article L. 1235-4 du Code du travail). Mais d'autres remboursements prévus çà et là dans les contrats aidés en cas de rupture anticipée à l'initiative de l'employeur (contrat d'accompagnement dans l'emploi, article R. 5134-45, contrat initiative-emploi, article R. 5134-68) remplissent également une fonction compensatoire.

B. La compensation du coût environnemental

Nous n'en n'avons pas fini avec l'évaluation du coût social des décisions des entreprises. Une approche « à coûts complets » implique de prendre la mesure des incidences de leurs décisions sur leur environnement, dans une double dimension : économique, avec l'atteinte aux bassins d'emploi ; écologique, avec les traces laissées dans les sols par l'exploitation de certaines installations.

Les décisions des entreprises relatives à leur activité ont une incidence immédiate sur le tissu économique environnemental, ainsi que sur le coût collectif de la prise en charge des salariés. Sur ces deux points, le Code du travail prévoit diverses mesures de compensation. La première est l'obligation de revitalisation des bassins d'emploi, dont l'ampleur varie selon la taille de l'entreprise et leur situation économique. Aux entreprises ou établissements de mille salariés et plus qui procèdent à un licenciement collectif affectant, par son ampleur, l'équilibre du ou des bassins d'emploi dans lesquels elles sont implantées, l'article L. 1233-84 du Code du travail impose de « *contribuer à la création d'activités et au développement des emplois et d'atténuer les effets du licenciement envisagé sur les autres entreprises dans le ou les bassins d'emploi* ». Une des sanctions du non-respect de cette obligation peut être la nullité pour insuffisance d'un plan de sauvegarde de l'emploi. L'application jurisprudentielle de ce texte montre cependant que le sérieux de ces mesures de revitalisation ne fait pas l'objet d'un contrôle particulier, mais participe de l'évaluation d'ensemble du caractère suffisant du plan (30).

Pour les entreprises de cinquante salariés et plus, et de moins de mille, l'obligation n'est plus que de participer à ces mesures. L'article L 1233-87 prévoit que l'autorité administrative intervient pour « *faciliter la mise en œuvre d'actions de nature à permettre le développement d'activités nouvelles et atténuer les effets de la restructuration envisagée sur les autres entreprises dans le ou les bassins d'emploi* ». L'entreprise et l'autorité administrative « *définissent d'un commun accord les modalités selon lesquelles l'entreprise prend part, le cas échéant, à ces actions, compte tenu notamment de sa situation financière et du nombre d'emplois supprimés* ». Le point délicat est le contrôle de l'exécution de ces obligations. La Cour de cassation semble hésiter sur la portée des manquements, et attend simplement de la part des salariés qu'ils apportent la preuve de cette inexécution (31). Mais dans tous les cas, ces obligations cessent lorsque les entreprises sont en redressement ou en liquidation judiciaire. Cette dérogation n'est pas sans risque. Elle peut être utilisée par des groupes qui envisagent la fermeture d'une filiale en France. Mieux vaut pour eux d'envisager une liquidation plutôt qu'une cessation d'activité. Rien n'est prévu pour engager la responsabilité des sociétés têtes de groupe, lorsque la liquidation résulte de décisions qu'elles ont prises.

Reste le coût écologique, qui n'est pas le moindre. Du point de vue théorique, le coût environnemental a joué un rôle fondateur dans le développement de la micro-économie du droit, avec les travaux pionniers de Ronald Coase (32). Pour ces économistes, cependant, le coût social est moins une affaire de compensation que d'incitation. Pour eux, les règles, notamment les règles de responsabilité, ont un effet préventif (accidents de la circulation) ou dissuasif (sanctions pénales (33)), et contribuent à minimiser le coût social. Le droit lui-même est traversé par cette double dimension, compensatoire et incitative, du coût écologique.

La compensation des coûts de dépollution est la plus lourde pour les entreprises, et elles le savent. Au travers de certaines liquidations d'entreprise se profilent des stratégies de « défaisance » conduites par des groupes exploitant des installations industrielles. On pense à

(30) Soc. 7 juillet 2009, n° 08-40322. Le PSE concernait le transfert d'activité d'une usine à l'autre opéré par la société Michelin. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel qui jugeait le PSE satisfaisant, sur le motif que « *ce plan prévoyait, outre la proposition personnelle à chacun des salariés concernés de deux possibilités de reclassement dont l'une sur un site proche de Poitiers, des mesures de reclassement interne dans diverses sociétés du groupe assorties d'une aide à la mobilité, des mesures d'âge, des mesures de revitalisation du bassin d'emploi de Poitiers pour faciliter le reclassement externe du personnel concerné ainsi que la mise en place d'une cellule de reclassement et l'allocation d'aides spécifiques complémentaires pour favoriser la création ou la reprise d'activités par les salariés* ».

(31) Soc., 12 novembre 2008, n° 07-41507. Le PSE prévoyait le licenciement économique de plus de 10 % des salariés d'une

papeterie de 1 259 salariés. Parmi d'autres griefs relatifs à l'insuffisance du plan, les salariés relevaient que la société, qui devait apporter dans le cadre d'une convention une enveloppe financière nette de 355 191 euros, s'était acquittée seulement de la somme de 12 000 euros pour favoriser la revitalisation du bassin de l'emploi. La Cour de cassation rejetait le moyen, « *au motif qu'il s'agissait d'allégations des salariés non assorties d'offre de preuve* ».

(32) Ronald Coase, « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law and Economics*, oct., vol. III, 1960, pp. 1-44.

(33) Pour une présentation de ce courant, v. Bruno Deffains, « L'évaluation des règles de droit : Un bilan de l'analyse économique de la responsabilité », *Revue d'Économie Politique*, vol. 110, n° 6, 2000, pp. 751-785.

Alstom Power Boilers, filiale à 100 % de la société Alstom Power Holdings, dont le fonctionnement avait donné lieu à une vaste contamination des salariés par l'amiante (34). Le site de Lys avait payé un lourd tribut, avec 30 % de salariés atteints de maladies professionnelles. La société, et l'ancien directeur de l'usine, ont du reste été condamnés pénalement pour ces faits. Ces poursuites n'avaient pas empêché Alstom PB de céder l'usine et ses salariés à une autre société opportunément créée la même année et à l'autonomie de façade. Chargée de procéder aux travaux de dépollution de l'usine de Lys-Lez-Lannoy, la SIE connaissait rapidement des difficultés de trésorerie, consécutives notamment à ces travaux, et ne tardait pas à être placée en redressement judiciaire, entraînant le licenciement de tous les salariés, suivi d'une transaction et de quelques péripéties judiciaires qui se sont conclues au plus grand avantage des entreprises (35). On pense aussi à l'entreprise Metaleurop, bien connue par les procédures diligentées contre les sociétés du groupe après sa fermeture (36), moins connue pour avoir été condamnée à réparer les préjudices environnementaux causés à une agricultrice par les poussières de plomb et de divers métaux (37).

Des changements semblent s'amorcer. La loi du 12 juillet 2010 a modifié l'article L. 512-17 du Code de l'environnement pour élargir l'imputation du coût environnemental aux sociétés des groupes dont une filiale fait l'objet d'un licenciement judiciaire. Dans ce cas, « le ministère public ou le représentant de l'Etat dans le département peut saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société-mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société-mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité. Lorsque la société

condamnée dans les conditions prévues au premier alinéa n'est pas en mesure de financer les mesures de remise en état en fin d'activité incombant à sa filiale, l'action mentionnée au premier alinéa peut être engagée à l'encontre de la société dont elle est la filiale au sens du même article L. 233-1 si l'existence d'une faute caractérisée commise par la société-mère ayant contribué à une insuffisance d'actif de la filiale est établie ». Les rapporteurs de ce texte ont donné la clé de la réforme : il s'agit de garantir le paiement des créances environnementales, qui « restent inexécutées ». Et pour ne pas sembler accabler les entreprises, ils ont ajouté que « des maisons-mères ont souhaité, même en l'absence de tout comportement fautif, prendre volontairement à leur charge des obligations incombant normalement à l'une de leurs filiales défaillantes. ».

Certes, les salariés et leur emploi ne font pas partie de l'environnement des entreprises. Mais ce texte peut offrir des ressources aux salariés licenciés qui veulent entreprendre des actions sur le modèle de Flodor, en réclamant aux maisons-mères la réparation des dommages qu'ils ont subis.

Ce rapide parcours permet de prendre la mesure de l'ampleur des questions soulevées par l'appel à la réparation intégrale. Ce qui est certain, c'est que l'analyse ne peut être circonscrite au seul principe qui porte ce nom, et qui reste enfermé dans des appréciations individuelles. Les thèmes impliqués dans l'objet de cette journée sont multiples, et requièrent des approches plurielles à tous les niveaux : pluridisciplinaires, entre droit, économie et sociologie ; plurijuridiques, entre les différentes branches du droit ; mais aussi pluriprofessionnelles, entre praticiens, chercheurs et universitaires. Des alliances ont déjà été nouées. Il reste à les préserver et à les prolonger.

Evelyne Serverin

(34) Evelyne Serverin, « Le contrôle juridictionnel d'une restructuration affaibli par la portée excessive d'une transaction », *Dalloz Rec.*, sept. 2008, pp. 2117-2120.

(35) Soc., 14 mai 2008, n° 07-40.946 à n° 07-41.061, Bull. 2008, V, n° 106.

(36) Com. 19 avril 2005, n° 05-10094, *Mételeurop*, Bull. 2005, V, n° 92 p. 95. Dans cette affaire, c'est le comité d'entreprise qui était intervenu volontairement devant le tribunal saisi de la procédure pour demander l'extension de la procédure contre la

société-mère Mételeurop SA et d'autres sociétés du groupe. L'action n'avait pas eu de succès, les faits relevés n'ayant pas été considérés comme constitutifs d'une fictivité et/ou d'une confusion de patrimoines. La Cour de cassation a ensuite confirmé la condamnation du liquidateur pour ne pas avoir recherché « de manière effective et sérieuse » le reclassement des salariés dans les sociétés du groupe. Soc. 7 juillet 2009, n° 07-45584 et s., inédit au Bulletin.

(37) Civ. 2, 25 mai 1993, n° 91-17276, inédit au Bulletin.