

PRÉJUDICES ET INDEMNISATION EN DROIT SOCIAL

Les préjudices liés à la perte d'emploi

Le contentieux de la violation des engagements en matière d'emploi

par Alexandre FABRE, Professeur à l'Université d'Artois,
Faculté de droit de Douai

PLAN

I. Déconnexion du licenciement

- A. L'absence automatique de justification du licenciement
- B. Une réparation autonome du manquement de l'employeur

II. Forfaitisation de la réparation

- A. La forfaitisation par le juge
- B. La forfaitisation par les parties

Le titre de la présente communication suggère que la violation des engagements en matière d'emploi fait l'objet d'un traitement judiciaire uniforme. Outre qu'une telle proposition n'est pas vraiment dans l'air du temps (il est plutôt de bon ton, aujourd'hui, de présenter le recours au juge comme un facteur de complexité), elle semble difficilement envisageable dans un domaine marqué par une si grande diversité (1)... Diversité des sources pour commencer. Les engagements en matière d'emploi empruntent tous types de support : contrat individuel de travail (2), plan de sauvegarde de l'emploi, procès-verbal de réunion de CE (3), relevé de conclusions (4), convention ou accord collectif (5), plan de cession adopté dans le cadre d'une procédure collective (6)... Diversité des juridictions compétentes aussi : conseil des prud'hommes, tribunal de grande instance, tribunal administratif et même tribunal de commerce peuvent avoir à connaître d'une clause de garantie d'emploi. À cela s'ajoute une diversité de contenu. Parfois, l'engagement est général : l'employeur a interdiction de rompre le contrat de travail pendant une période donnée (7), à l'exception de certains motifs (force majeure, faute grave du salarié (8) ou, plus restrictif encore, faute lourde (9)) (10). Parfois, c'est l'inverse, l'engagement est limité : l'employeur demeure libre de licencier, sauf pour certains motifs (absence de longue durée du salarié (11) ou motif économique).

(1) Sur la diversité des engagements en matière d'emploi, v. X. Vincent, « La théorie prétorienne des périodes de garantie d'emploi, après dix ans de jurisprudence », RJS 01/09, p. 91.

(2) Cass. Soc. 4 mars 2008, n°06-45.221, Bull. civ. V, n°44 (au bénéfice d'un entraîneur de hockey) ; Cass. Soc. 14 juin 2006, n°05-43.670, inédit (au profit de l'ancien actionnaire d'une entreprise en difficulté repris comme salarié par la société cessionnaire).

(3) Cass. Soc. 25 novembre 2003, n°01-17.501, Bull. civ. V, n°296 ; Dr. soc. 2004, p. 166, obs. J. Savatier.

(4) Cass. Soc. 14 février 2007, n°05-42.505, inédit, RDT 2007, p. 243, obs. Ph. Waquet.

(5) Si les accords de maintien de l'emploi (*Robien, Aubry, LSE*) sont la source privilégiée de tels engagements, ceux-ci peuvent également être observés dans des accords de méthode (Soc. 4 juillet 2012, n°11-13493, inédit) ou de GPEC (Soc. 18 juin 2014, n°12-18589 et s., inédit, Dr. Ouv. 2015, p. 303, obs. R. Geoffroy et P. Le Bourgeois).

(6) Cass. Soc. 17 mai 2011, n°09-43.003, Bull. civ. V, n°110 (engagement du cessionnaire de conserver les salariés pendant deux ans) ; Cass. Soc. 14 mars 2012, n°07-44.941, inédit, RDT 2012, p. 361, obs. M. Kocher (clause de garantie d'emploi prévue dans un plan de cession comportant une faculté de substitution) ; Cass. Soc. 29 janvier 2008, n°06-42.712, Bull. civ. V, n°26, RDT 2008, p. 310, obs. A. Fabre (inopposabilité de la clause prévoyant le maintien du contrat de travail d'un salarié nommément désigné).

(7) V. par ex. Cass. Soc. 13 novembre 2008, n°07-42.640, Bull. civ. V, n°215 (engagement de conserver le poste occupé pendant deux ans) ; Cass. Soc. 21 décembre 2006, n°04-40.793, inédit (garantie

d'emploi jusqu'à la date de départ en retraite du salarié) ; Cass. Soc. 21 juin 2006, n°05-43.670, inédit (garantie d'emploi jusqu'à ce que le salarié ait atteint 60 ans).

(8) Cass. Soc. 10 juillet 2001, n°99-44.762, inédit (interdiction de rompre le contrat, sauf faute grave du salarié ou cas de force majeure).

(9) Cass. Soc. 23 octobre 2007, n°06-42.994, inédit (interdiction de rompre le contrat, sauf faute lourde).

(10) Il est à noter que la Cour de cassation a toujours reconnu à l'employeur la possibilité de licencier pour faute grave (Cass. Soc. 20 février 2007, n°05-44.309, inédit) ou pour motif disciplinaire (Cass. Soc. 17 mai 2011, n°09-43.003, Bull. civ. V, n°110 ; Cass. Soc. 16 mai 2007, n°06-40.496, Bull. civ. V, n°79, JCP S 2007, 1673, obs. J.-Y. Frouin), même en présence d'une clause ne prévoyant pas ces possibilités. Récemment, elle a fait évoluer sa jurisprudence sur le modèle du CDD en décidant de n'autoriser la rupture anticipée de la clause de garantie d'emploi « *qu'en cas d'accord des parties, de faute grave du salarié ou de force majeure* » (Cass. Soc. 15 avril 2015, n°13-21.306, publié au Bulletin).

(11) V. par ex. CCN du travail mécanique du bois, des scieries, du négoce et de l'importation du bois : impossibilité de licencier en cas d'absence pour maladie inférieure à un an (Cass. Soc. 13 février 2013, n°11-22.701, inédit) ; CCN du négoce et de distribution de combustibles solides liquides gazeux produits pétroliers : impossibilité de licencier le salarié absent pour maladie (pour pouvoir à son remplacement définitif) avant la fin de la période d'indemnisation à 100 % fixée à 150 jours calendaires (Cass. Soc. 10 mars 2010, n°08-70.405, inédit).

Parfois encore, l'engagement est quantitatif, l'employeur s'obligeant à maintenir un certain volume d'emplois (ce qui ne lui interdit pas de licencier, mais l'oblige à recruter s'il est amené à le faire). Enfin, même si cette déclinaison est moins fréquente aujourd'hui, l'engagement peut prendre un tour plus offensif, par exemple lorsque l'obligation consiste à embaucher un nombre de salariés ou à convertir en CDI un quota de CDD (12).

Dans ces conditions, que peuvent donc avoir en commun des engagements aux sources et aux contenus aussi variés ? C'est là précisément que l'étude du contentieux peut être utile. Au lieu de considérer tous ces engagements comme similaires et les soumettre au même régime, pourquoi ne pas adopter une démarche différente, plus inductive en l'occurrence ? En prenant pour objet d'étude la violation de ces engagements, et en regardant plus spécialement les solutions qu'y

apportent les juges, l'on espère en savoir plus sur la catégorie elle-même. Quels engagements abrite-t-elle exactement et de quelle(s) nature(s) sont-ils ?

Le projet n'a, au fond, rien d'original. Pour clarifier la jurisprudence du début des années 2000, la doctrine avait déjà proposé, à l'époque, de distinguer les solutions applicables selon la source des engagements (13). Si cette distinction a permis de mettre en lumière des divergences jurisprudentielles entre engagements individuels et engagements collectifs, il faut cependant admettre qu'elle n'est plus aussi éclairante aujourd'hui. À dire vrai, les lignes de fracture se sont déplacées. Après examen, deux tendances semblent traverser le contentieux des engagements en matière d'emploi. La première consiste à déconnecter la violation de ces engagements de la justification du licenciement (I). La seconde vise, quant à elle, à forfaitiser la réparation du préjudice subi par le salarié (II).

I. Déconnexion du licenciement

Pour prendre toute la mesure de cette évolution, il faut en présenter le point de départ et le point d'arrivée. En l'espace de quelques années, la violation des engagements en matière d'emploi a changé de registre. Pendant un temps, l'action des plaideurs et la réponse des juges se sont focalisées sur l'acte à travers lequel l'employeur méconnaissait son engagement : le licenciement. Le raisonnement était alors des plus simples : dès lors qu'un licenciement intervenait en violation d'une clause de garantie d'emploi, il était automatiquement privé de cause réelle et sérieuse. Par la suite, le contentieux s'est émancipé du droit du licenciement : les juges sont moins venus sanctionner l'acte contraignant une clause de garantie d'emploi que réparer le préjudice subi par le salarié du fait du manquement de l'employeur.

A. L'absence automatique de justification du licenciement

Cette période laisse sans doute rêveurs les juristes épris de simplicité et de prévisibilité. À cette époque, il faut se souvenir que le licenciement prononcé en violation d'un engagement en matière d'emploi était

ipso facto privé de justification. Et ce, quelle que soit la source ou la nature de l'engagement. Deux décisions rendues en 1997, à seulement quelques jours d'intervalle, témoignent de l'unicité de cette solution en jurisprudence. Dans le premier, du 7 octobre, la Cour de cassation affirme que « le licenciement prononcé en violation d'une clause contractuelle de garantie d'emploi est dépourvu de cause réelle et sérieuse » (14). Même solution une semaine plus tard, le 14 octobre, à propos d'une clause conventionnelle de garantie d'emploi cette fois-ci : « Si les conventions et accords collectifs de travail peuvent limiter les possibilités de licenciement de l'employeur à des causes qu'ils déterminent, le licenciement prononcé pour un motif autre que ceux conventionnellement prévus n'est pas nul, mais seulement dépourvu de cause réelle et sérieuse (...) » (15).

Cette belle harmonie de la jurisprudence reposait sur une certaine conception des engagements en matière d'emploi, encore largement partagée aujourd'hui. Selon celle-ci, lesdits engagements posent moins des obligations au sens civil du terme que des limitations au droit de licencier de l'employeur (16).

(12) Sur cette distinction v. F. Gaudu, « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1998, p. 367.

(13) V. not. A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, LGDJ, vol. 48, 2003.

(14) Cass. Soc. 7 octobre 1997, n° 94-43.995, inédit ; Cass. Soc. 24 juin 1998, n° 96-42.087, inédit. Dans le même sens depuis, v. par ex. Cass. Soc. 30 mai 2007 n° 05-45.590, inédit.

(15) Cass. Soc. 14 octobre 1997, n° 97-40.033, Bull. civ. V, n° 225.

(16) En faveur d'une telle analyse, not. F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats de travail*, LGDJ, 2001, n° 283 ; F. Canut, « Les sanctions des engagements collectifs en matière d'emploi », *JCP S* 2005, 1411 ; J. Mouly, note sous Cass. Soc. 13 novembre 2008, D. 2009, p. 528 ; G. Auzero, not. sous Cass. Soc. 13 novembre 2008, RDT 2009, p. 32.

Pour cette raison, il ne faut pas chercher plus loin la sanction applicable en cas de violation. Si l'employeur licencie un salarié en se fondant sur un motif prohibé par la clause, il agit sans justification et s'expose donc à une condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette solution s'est imposée « naturellement » en droit du travail, où le régime du licenciement a vocation à attirer vers lui tous les questionnements liés à la rupture. Elle était, en outre, assez favorable aux salariés, qui étaient certains de bénéficier du plancher d'indemnisation applicable en cas de licenciement injustifié. Reste que, à bien y regarder, l'avantage n'était pas si évident. Certes, une réparation automatique était assurée par le biais des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mais cette indemnisation ne réparant que le seul préjudice pour perte d'emploi injustifiée, elle pouvait ne pas couvrir entièrement celui résultant de la violation d'un engagement en matière d'emploi. C'était le cas, par exemple, lorsque l'employeur procédait à des licenciements dans les premiers mois d'exécution d'une période de garantie d'emploi. Il n'était pas certain, alors, que le préjudice subi par les salariés soit intégralement réparé par les seuls dommages-intérêts liés à l'absence de justification du licenciement. C'est sans doute pour remédier à cette situation que la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence par la suite, en permettant une réparation autonome du manquement de l'employeur.

B. Une réparation autonome du manquement de l'employeur

L'évolution s'est produite à la fin des années 1990, d'abord à propos des *engagements collectifs* en matière d'emploi. Rompant avec la jurisprudence antérieure, la Cour de cassation a adopté une solution originale fondée non pas sur le droit du licenciement, mais sur celui de la responsabilité contractuelle. Esquissée dans l'arrêt *Case France* du 1^{er} avril 1997 (17), cette solution a été pleinement consacrée dans l'arrêt *Briou* du 22 janvier 1998 (18). En l'espèce, un accord collectif prévoyait de maintenir l'activité

d'un site sur une période donnée en contrepartie d'une réduction salariale. Or, quelque temps plus tard, l'employeur a méconnu cet engagement en transférant les salariés sur un autre site. Faute de licenciement à contester, ceux-ci ont demandé réparation du préjudice subi sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, ce que les juges du fond et la Cour de cassation ont admis.

Cette décision a ouvert la voie à une autre forme d'action indemnitaires : plutôt que de contester la justification du licenciement, il était dorénavant possible de se placer sur le terrain de la responsabilité contractuelle pour obtenir réparation du préjudice causé par le manquement de l'employeur. Au regard de certaines décisions, l'on pouvait être enclin à relativiser cette solution en considérant qu'elle ne s'appliquait que lorsque la sanction de l'absence de cause réelle et sérieuse était inenvisageable, soit parce qu'aucun licenciement n'était prononcé (*Briou*), soit parce que l'autorité de la chose jugée par le juge commercial empêchait toute contestation de la justification des licenciements dans les entreprises en difficulté (*Desarbre* (19)). En réalité, d'autres arrêts rendus dans des affaires plus topiques (20) ont permis de comprendre qu'il s'agissait, non pas d'une solution alternative, mais de la solution de principe retenue dorénavant.

Cette évolution a touché quelques années plus tard les *engagements individuels*. Depuis un arrêt de revirement du 13 novembre 2008 (21), la Cour de cassation ne voit plus dans la violation d'une clause contractuelle de garantie d'emploi une absence automatique de justification du licenciement (22). Pour reprendre ses termes, le simple fait qu'un employeur méconnaisse cet engagement « ne dispense pas le juge d'examiner la cause du licenciement ». Est-ce à dire que les engagements individuels en matière d'emploi ont perdu toute force obligatoire ? Non, c'est juste que leur violation appelle désormais une réparation autonome, distincte de celle découlant des sanctions prévues par le droit du licenciement (23).

(17) Cass. Soc. 1^{er} avril 1997, n°95-45.284, inédit, Dr. soc. 1997, p. 646, obs. J.-E. Ray.

(18) Cass. Soc. 22 janvier 1998, n°95-45.400, Bull. civ. V, n°29, Dr. soc. 1998, p. 375, n. G. Couturier, Dr. Ouv. 1998, p.321.

(19) Cass. Soc. 10 octobre 2002, n°00-42.906, Bull. civ. V, n°304, Dr. soc. 2002, p. 1158, obs. C. Radé.

(20) V. par ex. Cass. Soc. 3 avril 2002, n°99-46.357, inédit.

(21) Cass. Soc. 13 novembre 2008, n°07-42.640, Bull. civ. V, n°215, D. 2009, p. 528, n. J. Mouly, RDT 2009, p. 32, obs. G. Auzero, JCP S 2009, 1056, obs. F. Dumont.

(22) Déjà en ce sens, v. Cass. Soc. 21 décembre 2006 n°04-40.793, inédit, JCP S 2007 1270 obs. T. Tauran : « La violation par

l'employeur de la clause de garantie d'emploi insérée à un contrat de travail à durée indéterminée ne prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse ; il appartient au juge de vérifier si le motif invoqué par l'employeur dans la lettre de licenciement constitue une cause réelle et sérieuse ». La solution devait toutefois être relativisée, car elle concernait, en l'espèce, un licenciement pour motif économique prononcé pendant la période d'observation d'une procédure collective. Or, en pareille hypothèse, du fait de l'autorité de la chose jugée attachée à l'ordonnance du juge-commissaire, l'appréciation de la cause économique échappe, on le sait, au juge du contrat de travail...

(23) Ce qui n'empêche pas un cumul de réparation si le salarié parvient à prouver, en outre, que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse.

Même si les solutions ne présentent pas le même degré de généralité dans les deux cas, il est difficile de nier que les engagements individuels et collectifs en matière d'emploi ont connu une évolution similaire, consistant à déconnecter la question de leur violation de celle de la justification du licenciement. Pour le dire autrement, il n'y a plus désormais de lien automatique entre la méconnaissance d'un engagement en matière d'emploi et l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement (24). Ce sont deux problèmes distincts. Mais ce constat soulève une autre question : qu'advient-il alors en cas d'inexé-

cuton de l'engagement ? La jurisprudence *Briou* peut laisser penser que la réponse se trouve du côté de la responsabilité contractuelle de droit commun. Les engagements en matière d'emploi étant considérés comme des obligations au sens civil du terme, il reviendrait à l'employeur de réparer le préjudice subi par le salarié sur le fondement de l'article 1147 du Code civil. Une conception civiliste aurait eu raison, en somme, de la conception travailliste qui prévalait jusque-là. En réalité, une autre tendance, aux racines plus anciennes, mais aux applications renouvelées, vient tempérer cette analyse.

II. Forfaitisation de la réparation

En application des mécanismes de responsabilité contractuelle, le salarié devrait, en principe, établir le préjudice qu'il a *réellement* subi du fait de la violation d'une clause de garantie d'emploi. Cette règle élémentaire du droit commun de la responsabilité est cependant loin de constituer la norme en la matière. L'on observe plutôt une tendance à forfaitiser l'indemnisation du salarié, cette forfaitisation étant opérée soit par le juge, soit par les parties.

A. La forfaitisation par le juge

Cette tendance est ancienne. Elle a précédé d'une dizaine d'années celle ayant pour objet de déconnecter la violation des engagements en matière d'emploi de la justification du licenciement. Même s'il existe quelques précédents (25), c'est dans un arrêt du 27 octobre 1998 (26) que la Cour de cassation a forfaitisé les dommages-intérêts versés en pareille circonstance : « *la violation de la clause de garantie d'emploi oblige l'employeur à indemniser le salarié du solde des salaires restant dû jusqu'au terme de la période de garantie d'emploi* » (27).

Il y a deux façons de comprendre cette règle. La première consiste à y voir une application extensive du régime du CDD (28), lequel prévoit une indemnisation du même ordre en cas de rupture anticipée (29). Du

reste, cette inspiration ressort clairement de plusieurs arrêts antérieurs de la Cour de cassation (30), dans lesquels l'employeur fut condamné, « *pour rupture anticipée du contrat de travail* », à verser aux salariés des dommages-intérêts d'un montant égal à celui des rémunérations qu'ils auraient dû percevoir jusqu'au terme de la période de garantie d'emploi.

Cette règle ne signifie pas que le contrat change de nature. Un contrat reste à durée indéterminée, même lorsqu'il contient un engagement à durée déterminée ; c'est l'engagement qui est assorti d'un terme, pas le contrat. Si rapprochement il pouvait y avoir avec le régime du CDD, ce serait juste du point de vue de l'indemnisation. En cas de violation d'un engagement en matière d'emploi, le salarié souffrirait, comme lors de la rupture anticipée d'un CDD, d'un préjudice particulier : la perte « prématurée » de son emploi. L'analyse est séduisante, mais elle ne convainc pas complètement. En quoi une perte d'emploi prématurée se distingue-t-elle d'une perte d'emploi « injustifiée » ? La perte d'emploi n'est-elle pas injustifiée, dès lors qu'elle est prématurée ? À supposer que le salarié parvienne à démontrer que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse, n'est-ce pas, au fond, le même préjudice qui risquerait d'être réparé deux fois (31) ?

(24) À l'exception des clauses conventionnelles limitant les causes de licenciement. Sur cette exception, v. *infra*.

(25) V. notamment la jurisprudence de la Cour de cassation sur les contrats aidés. Après avoir assimilé la durée minimale de formation imposée par la loi à une clause de garantie d'emploi (Cass. soc. 18 juillet 1995, n°92-40.275, Bull. civ. V, n°248, à propos d'un contrat d'adaptation), elle a décidé que la violation de celle-ci donnait droit aux salariés à une indemnité égale au montant des salaires restants dus (Cass. soc. 7 avril 1998, n°96-40.224, Bull. civ. V, n°205 à propos d'un contrat de retour à l'emploi).

(26) Cass. Soc. 27 octobre 1998, n°95-43.308, Bull. civ. V, n°341, D. 1999, p. 186, n. J. Mouly.

(27) Dans le même sens depuis, v. Cass. Soc. 2 février 1999 n°96-40.773, Bull. civ. V, n°49 ; Cass. Soc. 10 juillet 2001, n°99-44.762, inédit ; Cass. Soc. 20 février 2007, n°05-44.309, inédit.

(28) Selon le professeur Jean Mouly, cette solution témoignerait de « l'attraction » exercée par le régime des CDD (D. 1999, p. 186, note sous Cass. Soc. 27 octobre 1998, préc.).

(29) Art. 1243-3 C. trav.

(30) Cass. Soc. 28 avril 1994, n°90-45.755, Bull. civ. V, n°151 ; Cass. Soc. 13 février 1996, n°92-42.024, inédit (la Cour de cassation justifiant les dommages-intérêts par la « *rupture anticipée du contrat de travail* »).

(31) En ce sens, v. J. Mouly, D. 2009, p. 528, note sous Cass. Soc. 13 novembre 2008, préc.

C'est pourquoi il est sans doute préférable de justifier la règle prétorienne d'une autre manière. La piste est d'ailleurs suggérée par la Cour de cassation elle-même. Ainsi, dans plusieurs décisions postérieures (32), celle-ci a pris soin de viser l'article 1149 du Code civil, aux termes duquel « *Les dommages-intérêts dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé...* ». Cette référence est fondamentale, selon nous, car elle renseigne sur la manière dont la Cour de cassation conçoit les engagements litigieux. Si celle-ci opte pour une réparation forfaitaire, c'est probablement parce que, ici, l'employeur s'oblige moins à ne pas licencier le salarié qu'à lui fournir un travail rémunéré.

Si l'on veut bien suivre cette analyse, celle-ci conduit à distinguer selon la nature des engagements dits de « maintien de l'emploi ». La règle d'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts ne vaudrait que pour les engagements pouvant s'analyser comme des obligations de fournir un travail rémunéré au salarié. Mais encore faut-il que ceux-ci remplissent deux conditions. Il faut que ce type d'engagement soit limité dans le temps, et qu'il ne vise pas des périodes de suspension du contrat de travail au cours desquelles l'employeur est libéré de son obligation de fournir du travail au salarié (33). Si ces deux conditions ne sont pas remplies, l'engagement se conçoit plutôt comme une limitation au pouvoir de licencier de l'employeur, de sorte que sa violation prive automatiquement le licenciement de cause réelle et sérieuse.

Cette proposition se trouve d'ailleurs confortée par l'étude de la jurisprudence. Il convient, en effet, d'observer que les seules hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation n'applique pas le forfait de dommages-intérêts visent les clauses limitant (sans fixation d'un terme) les causes de licenciement (34)

et celles interdisant (même temporairement) le licenciement des salariés absents pour maladie (35). S'il en est ainsi, c'est parce que l'employeur s'engage à ne pas licencier dans ces circonstances. Cette analyse, fondée sur la nature des engagements, est, en l'absence de demande conjointe des parties, plus pertinente que celle proposant de distinguer selon leurs sources. Au lendemain de l'arrêt *Briou*, la doctrine a pris l'habitude de considérer que la règle d'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts ne valait que pour les engagements individuels, les engagements collectifs relevant, quant à eux, du régime de responsabilité contractuelle classique. L'étude de la jurisprudence montre que les solutions dépendent, en vérité, de la nature des engagements et non de leur source. Pour preuve, la Cour de cassation n'hésite pas à appliquer le forfait de dommages-intérêts à un engagement collectif lorsque ce dernier peut être analysé comme obligeant l'employeur à fournir aux salariés un travail rémunéré pendant une période donnée (36).

La règle d'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts invite, en définitive, à reconsidérer les engagements auxquels elle s'applique : contrairement à ce que suggère l'expression couramment admise, il ne s'agit pas d'« engagements de maintien de l'emploi ». Plus qu'un emploi, l'employeur garantit au salarié le versement d'une rémunération pendant un certain laps de temps. Cessons donc de parler dans ces cas de clauses de maintien de l'emploi, parlons plutôt de clauses de revenus garantis. Cela permet, au fond, de distinguer, pour mieux les réparer cumulativement, deux ordres de préjudices :

- d'un côté, les **préjudices liés à la perte d'emploi** : indemnité légale, conventionnelle ou contractuelle de licenciement (37), indemnité compensatrice de préavis (38) et, le cas échéant, indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

(32) Cass. Soc. 2 février 1999, préc. (visa des articles 1134 et 1149 du Code civil) ; Cass. Soc. 10 juillet 2001, préc. (visa des articles 1134, 1147 et 1149 du Code civil).

(33) En ce sens, X. Vincent, préc.

(34) Cass. Soc. 25 octobre 2005, n° 02-45.158, Bull. civ. V, n° 301 : « Les articles 52 et 36 du statut du personnel des caisses d'épargne limitent la possibilité de licenciement pour motif personnel de l'employeur aux causes qu'ils énumèrent après respect des procédures prévues, ce dont il résulte qu'un licenciement pour d'autres causes en dehors des prévisions de ces textes est sans cause réelle et sérieuse... ».

(35) V. not. Cass. Soc. 13 février 2013 n° 11-22.701, inédit (à propos des articles 44 et 45 de la CCN du travail mécanique du bois, des scieries, du négoce et de l'importation du bois, interdisant le licenciement des salariés absents pour accident ou maladie sur une période inférieure à un an).

(36) Cass. Soc. 28 février 2006, n° 04-41.380, Bull. civ. V, n° 86 (à propos d'un accord de RTT conclu le 31 décembre 1999 prévoyant le maintien de 189 emplois jusqu'au 31 décembre 2001) ; Cass. Soc. 10 octobre 2002, n° 00-42.906, Bull. civ. V, n° 304 (à propos

d'un accord de RTT signé le 30 avril 1997 prévoyant de maintenir l'effectif de l'entreprise jusqu'au 30 juin 2000).

(37) Cass. Soc. 4 mars 2008 n° 06-45.221, Bull. civ. V, n° 44 : « l'indemnité due en cas de violation de l'engagement contractuel de garantie d'emploi répare un préjudice distinct de celui couvert par l'indemnité légale de licenciement ». La solution est la même s'agissant d'une indemnité contractuelle de rupture (Cass. Soc. 26 septembre 2012, n° 11-20.194, inédit).

(38) Cass. Soc. 23 octobre 2007, n° 06-42.994, inédit, RDT 2007, p. 719, obs. G. Auzero, D. 2007, Pan., p. 442, obs. A. Fabre, JCP S 2008, 1033, obs. P.-Y. Verkindt ; Cass. Soc. 13 novembre 2008, n° 07-42.640, Bull. civ. V, n° 215. L'indemnité est due même lorsque le salarié a été dispensé de son préavis et qu'il a continué à percevoir son salaire pendant la période correspondante. Pour certains auteurs, la notion de préavis s'opposerait toutefois à ce cumul : le préavis « étant destiné à informer à l'avance le salarié de la prochaine rupture de son contrat, sa raison d'être disparaît lorsque cette rupture ne peut plus intervenir avant une date déterminée et que la violation de cette stipulation se trouve déjà sanctionnée par l'octroi d'une indemnité, en l'occurrence celle de garantie d'emploi » (en ce sens, J. Mouly, D. 1999, préc.).

- de l'autre, les **préjudices liés à la perte de revenus** : en plus des salaires proprement dits, cela englobe tous les éléments de rémunération accessoires (les primes, l'intéressement, la participation) dont le salarié a été privé du fait de la violation de l'engagement. En raison de leur nature salariale (et non indemnitaires), il est logique que ces sommes ne puissent pas se cumuler avec les revenus de remplacement versés par Pôle emploi, conformément à ce que la Cour de cassation considère aujourd'hui (39).

Plus qu'une tendance contentieuse, la forfaitisation des dommages-intérêts témoigne surtout d'une analyse approfondie par le juge de la nature particulière de certains engagements en matière d'emploi. Derrière cette expression plurielle se trouvent, en réalité, des engagements classiques de ne pas licencier et des obligations de fournir un travail rémunéré. Or, seule ces dernières sont soumises, en cas de violation, à la règle d'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts. La seconde forfaitisation observée, qui est plutôt le fait des parties, répond à une logique bien différente.

B. La forfaitisation par les parties

Cette forfaitisation passe principalement par l'insertion d'une clause pénale. Après quelques hésitations (40), la Chambre sociale de la Cour de cassation a retenu un critère de définition plus conforme au droit commun (41) : constitue une clause pénale la stipulation par laquelle les parties fixent à l'avance et de manière forfaitaire l'indemnité due par l'employeur en cas d'inexécution de son engagement (42).

Comme l'enseigne la doctrine civiliste (43), la clause pénale présente un double intérêt pour le créancier, ici le salarié. Elle a une dimension *comminatoire* du

fait de la menace qu'elle fait peser sur l'employeur. Dans cette optique, l'on comprend aisément que plus la pénalité est importante, plus l'employeur est incité à respecter son engagement. Elle a aussi une dimension *coercitive*, dans la mesure où elle vient sanctionner automatiquement le manquement constaté. La seule garantie offerte à l'employeur réside dans le pouvoir modérateur confié au juge. En vertu de l'article 1152 du Code civil, ce dernier peut, même d'office, réduire (ou augmenter) la pénalité si celle-ci est manifestement excessive (ou manifestement dérisoire). Dans l'hypothèse d'une réduction, il est cependant interdit au juge de situer l'indemnisation en dessous du préjudice (44), qui correspond, dans les cas où s'applique le forfait de dommages-intérêts, au montant des rémunérations dont le salarié a été privé du fait de la rupture anticipée de son contrat.

Pour ces raisons, l'insertion d'une clause pénale ne répond que partiellement à une logique de réparation. Certes, le montant des dommages-intérêts est souvent déterminé en fonction du préjudice censé résulter de la violation de l'engagement. Mais ce montant ne correspond pas forcément au préjudice réel du salarié ; c'est une estimation du préjudice escompté. La clause pénale vise surtout à sanctionner l'employeur défaillant. Une logique de sanction qui peut cependant favoriser une certaine instrumentalisation : connaissant la pénalité financière à laquelle il s'expose, l'employeur peut méconnaître son engagement en toute connaissance de cause. Dans une certaine mesure, la clause pénale risque donc de permettre la violation efficace du contrat... Il suffit de provisionner.

(39) Cass. AP 13 décembre 2002, n° 00-17.143, Bull. civ. AP, n° 3, Dr. Ouv. 2003, p.231, obs. P. Tillie ; Cass. Soc. 28 février 2006, n° 04-41.380, Bull. civ. V, n° 86. Pendant un temps, la Cour de cassation a estimé que le montant des dommages-intérêts pour violation de la clause devait être déduit du montant des allocations de chômage versées pendant la période couverte par la clause (Cass. Soc. 21 décembre 2006, n° 04-40.793, inédit). Désormais, elle décide que la règle de non-cumul n'a vocation à s'appliquer « que dans les rapports entre le salarié et l'organisme d'assurance-chômage » (Cass. Soc. 23 octobre 2007, préc. ; Cass. Soc. 24 octobre 2012, n° 11-18.919, inédit). En d'autres termes, l'employeur ne peut pas demander à ce que l'indemnité due au titre de la violation de la clause de garantie d'emploi soit diminuée du montant des revenus de remplacement versés par l'organisme d'assurance-chômage. Seul Pôle emploi peut demander le remboursement de l'indu.

(40) V. not. Cass. Soc. 23 octobre 2007, préc. Dans cet arrêt, la Cour de cassation adopte un critère de définition peu convaincant puisque, pour écarter la qualification de clause pénale, elle relève que la stipulation « avait pour but de préserver la salariée de la perte de son emploi dans un contexte économique rendant difficile son reclassement professionnel ».

(41) V. par ex. Cass. Civ. 3^{ème}, 26 janvier 2011, n° 10-10.376, Bull. civ. III, n° 12 : « Constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée ».

(42) Cass. Soc. 4 mars 2008, n° 06-45.221, Bull. civ. V, n° 44, RDT 2008, p. 304, obs. G. Auzero. En l'espèce, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir rejeté la qualification de clause pénale en présence d'une stipulation « qui ne prévoyait pas le versement d'une indemnité forfaitaire en cas de violation de la garantie d'emploi ». Par conséquent, n'est pas une clause pénale la clause qui se borne à rappeler que la violation de la clause de garantie d'emploi oblige l'employeur à indemniser le salarié du solde des salaires restant dû jusqu'au terme de la période (Cass. Soc. 24 octobre 2012 n° 11-18.919, inédit).

(43) V. not. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6^{ème} éd., 2013, n° 989.

(44) Cass. Civ. 1^{ère}, 24 juillet 1978, n° 77-11.170, Bull. civ. I, n° 280.

C'est la raison pour laquelle il est possible de critiquer le régime des accords de maintien de l'emploi institué par la loi du 14 juin 2013 (45). Au nombre des clauses dites obligatoires, ces accords doivent prévoir une clause pénale applicable en cas de violation par l'employeur de ses engagements, « notamment ceux de maintien de l'emploi » (46). Ce choix est discutable car, si les salariés restent apparemment libres de contester la justification de leur licenciement (47), ils ne semblent pas pouvoir agir en réparation sur le fondement de la responsabilité contractuelle. La critique la plus forte est que la clause pénale, compte tenu de son caractère global, ne permet pas de tenir compte de la situation particulière de chaque salarié licencié, ni de la nature du manquement de l'employeur (48). En introduisant une clause pénale, le législateur a donc fait prévaloir une logique prédictive (les salariés gagnent une réparation automatique que l'employeur connaît par avance) sur la logique réparatrice (puisque les salariés n'ont plus droit au forfait de dommages-intérêts prévu par la jurisprudence). On ne peut donc que regretter l'abandon (au cours des débats parlementaires) de l'une des modifications introduites dans le projet de loi *Macron* (49). Le texte voté par le Sénat en première lecture proposait d'abroger la clause pénale obligatoire, ce qui, par voie de conséquence, revenait à soumettre la violation des accords de maintien de l'emploi aux solutions prévues par la jurisprudence de la Cour de cassation. Sauf si les parties décidaient d'insérer une telle clause (ce n'était plus une obligation, mais cela restait une faculté), les salariés auraient eu droit à des dommages-intérêts équivalant aux salaires qu'ils auraient dû percevoir jusqu'à l'échéance de l'engagement pris dans l'accord. Mais, lors de l'examen du texte en deuxième lecture (50), l'Assemblée nationale

a supprimé cette modification, laissant ainsi intacte la clause pénale obligatoire.

L'on ne saurait conclure sur ce thème sans évoquer un pan du contentieux que l'objet du colloque dans lequel s'inscrivait cette communication conduisait à exclure. La violation des engagements en matière d'emploi ne se réduit pas à une réponse indemnitaire. Le droit commun des contrats offre d'autres moyens permettant de garantir l'efficacité des clauses de maintien de l'emploi ou de revenus garantis (51). Le juge peut être mobilisé en amont pour prévenir la réalisation du dommage. Plutôt que de réparer la perte d'emploi ou de revenu consécutive au manquement de l'employeur, les syndicats (signataires ou non) ou les salariés (pris individuellement) pourraient ainsi agir en référé afin d'obliger l'employeur à respecter ses engagements (52). Et lorsqu'il est manifestement trop tard pour s'engager dans cette voie, ne pourrait-on pas envisager une autre piste contentieuse, plus radicale celle-là, consistant à demander la résiliation de l'accord sur le fondement du caractère synallagmatique des engagements ? Dès lors que l'employeur ne respecte pas l'accord, pourquoi les salariés devraient-ils continuer à le faire (53) ? À n'en pas douter, le contentieux de la violation des engagements en matière d'emploi gagnerait à sortir de la seule réparation du préjudice.

Alexandre Fabre

(45) G. Couturier, « Accords de maintien de l'emploi », *Dr. soc.* 2013, p. 805 ; F. Favennec-Héry, « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S* 2014, 1186 ; E. Peskine, « Les accords de maintien dans l'emploi - Ruptures et continuités », *RDT* 2013, p. 168 ; G. Loiseau, « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S* 2013, 1260 ; A. Martinon, « Les accords de maintien de l'emploi », *Cahiers sociaux* 2013, p. 309 ; H.-J. Legrand, « Les accords collectifs de maintien de l'emploi entre deux frontières de la négociation collective », *Dr. soc.* 2013, p. 245.

(46) Pour un aperçu du contenu de quelques accords sur ce point, et sur d'autres, v. F. Canut, « Accords de maintien de l'emploi : l'heure d'un premier bilan », *Cahiers sociaux* 2015, p. 47.

(47) V. not. en ce sens, F. Favennec-Héry, préc.

(48) Sur ce point, v. G. Loiseau, préc.

(49) Art. 98 A, 4^e du projet de loi adopté par le Sénat en première lecture le 12 mai 2015, supprimant le troisième alinéa de l'article L. 5125-2 du Code du travail. Pour une analyse approfondie de l'ensemble des modifications apportées au régime des accords de maintien de l'emploi, v. F. Géa, « Le projet de loi *Macron* et l'emploi (III) : simplifier, sécuriser, libérer, délivrer... », *RDT* 2015, p. 254.

(50) Texte adopté le 18 juin 2015.

(51) Sur cette orientation, v. F. Canut, « La sanction des engagements collectifs en matière d'emploi », *JCP S* 2005, 1411. Déjà en ce sens, G. Couturier, note sous *Cass. Soc.* 22 janvier 1998, préc. ; F. Gaudu, et R. Vatinet, *Les contrats de travail*, LGDJ, 2001, n° 710 et s.

(52) Le contentieux en a fourni quelques exemples. Ainsi, dans la célèbre affaire *Potain* (*Cass. Soc.* 13 décembre 1995, n°94-13.867, *Bull. civ. V*, n° 345), connue pour avoir conduit la Cour de cassation à adopter une lecture restrictive d'un engagement conventionnel de maintien de l'emploi, les syndicats avaient saisi le juge afin qu'il soit fait défense à l'employeur de poursuivre la procédure de licenciement envisagé.

(53) Cette possibilité est moins évidente depuis l'entrée en vigueur du régime des accords de maintien de l'emploi, l'article L. 5125-5 du Code du travail prévoyant un mécanisme de suspension judiciaire de l'accord avant son éventuelle résiliation. L'abrogation de ce mécanisme avait également été envisagée par le Sénat (art. 98, A 6^e du texte adopté par le Sénat en première lecture le 12 mai 2015), mais l'Assemblée nationale a supprimé cette modification en deuxième lecture (art. 98, A du texte adopté le 18 juin 2015).