



Rapport de Mme Sophie Depelley, conseiller

Arrêt n°140 du 27 janvier 2021 (pourvoi n°18-23.535) - Chambre sociale

Décision attaquée : 21 juin 2018 de la cour d'appel de Paris

M. A... X...

C/

M. B... Y... pris en qualité de mandataire ad hoc de la société General Trailers

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société General Trailers France, appartenant au groupe General Trailers spécialisé dans la construction, vente ou location de remarques et grands containers, a été acquise au mois d'août 2000 au moyen d'un montage financier (« leverage buy-out », LBO) à l'issue duquel la société Apax Partners a pris le contrôle du groupe General Trailers France via sa filiale Société Européenne Boisière (SEB). Un contrat du 31 août 2000 conclu entre la société General Trailers France, SEB et la société Bank of Scotland prévoyait l'octroi à la société General Trailers France de crédits destinés à financer l'acquisition, la dette existante et le fonds de roulement.

Par jugement du 24 novembre 2003, le tribunal de commerce d'Évry a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de la société General Trailers France, désignant Me Z... en qualité d'administrateur judiciaire et Me Y... en qualité de représentant des créanciers.

Par jugement du 5 avril 2004, ce même tribunal a ordonné plusieurs cessions partielles de la société General Trailers France et a nommé Me Y... et Me Z... commissaires à l'exécution du plan pour l'ensemble des cessions.

Le tribunal a également autorisé le licenciement économique de 605 salariés.

Par exploit du 6 février 2006, M. Y... et M. Z..., ès-qualités, ont assigné la société Bank of Scotland devant le tribunal de commerce d'Évry aux fins de la voir condamnée au paiement d'une somme de 180.766.254,91 euros à titre de dommages- intérêts en réparation de l'insuffisance d'actif de la société General Trailers France résultant, selon eux, de crédits ruineux consentis dans le cadre du montage financier ayant conduit à l'acquisition de cette société par Apax Partners.

Par jugement du 21 février 2008, le tribunal de commerce d'Évry s'est déclaré incompétent et a prononcé le renvoi de l'affaire au profit du tribunal de commerce de Paris.

M. A... X... et 73 autres anciens salariés de la société General Trailers France, licenciés le 29 avril 2004, ci-après « les salariés » sont intervenus à l'instance devant le tribunal de commerce de Paris pour solliciter réparation de leurs préjudices, causés selon eux par le crédit consenti par la société Bank of Scotland en août 2000.

Par jugement du 7 avril 2011, le tribunal de commerce de Paris a déclaré irrecevables les intervenants volontaires en leur action et les en a déboutés, et a débouté M. Z... et M. Y... de l'ensemble de leurs demandes.

Me Z..., Me Y... et les salariés ont interjeté appel de ce jugement.

Par un arrêt du 18 juillet 2013, la cour d'appel de Paris, chambre commerciale, a confirmé le jugement attaqué en ce qu'il a déclaré les salariés intervenants volontaires irrecevables en leur action. Elle l'a infirmé pour le surplus et a dit que la responsabilité de la société Bank of Scotland, qui a accordé des crédits ruineux à la société General Trailers France, est engagée envers la collectivité des créanciers représentée par les mandataires judiciaires, Me Z... et Me Y.... Estimant qu'elle ne trouvait dans les pièces produites par les parties aucun élément lui permettant de chiffrer le préjudice causé par Bank of Scotland, la Cour a rouvert les débats et invité les parties à conclure sur le préjudice.

Les salariés intervenants volontaires ont formé un pourvoi en cassation à l'encontre de cet arrêt.

Les mandataires judiciaires et Bank of Scotland ont conclu une transaction qui a été homologuée par le tribunal de commerce d'Évry par jugement du 19 mai 2014. Par arrêt du 16 octobre 2014, la cour d'appel de Paris a donné acte aux mandataires judiciaires de leur désistement d'instance et d'action et a donné acte à la société Bank of Scotland de l'acceptation de ces désistements.

Par arrêt du 2 juin 2015, la chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt du 18 juillet 2013, mais seulement en ce qu'il a déclaré irrecevable l'intervention volontaire des salariés, et a renvoyé les parties devant la cour d'appel de Paris autrement composée.

Devant la cour d'appel de renvoi, les salariés ont demandé de les déclarer recevables et bien fondés et de condamner en conséquence la société Bank of Scotland à leur verser chacun une somme à titre de dommages-intérêts en réparation des préjudices liés à la perte d'emploi au sein de la société General Trailers France et à la perte de chance de retrouver à court terme un emploi équivalent.

Par arrêt du 21 juin 2018, statuant sur renvoi, la cour d'appel de Paris a déclaré recevable l'intervention des salariés mais les a déboutés de leurs demandes.

Le 9 octobre 2018, M. X... et 36 autres salariés ou leurs ayant-droit ont formé un pourvoi contre cette décision.

Ils se sont partiellement désistés de leur pourvoi à l'égard de MM. Y... Z..., en leur qualité de mandataire ad hoc de la société General Trailers.

Un mémoire ampliatif a été présenté le 11 février 2019 (demande de la somme globale de 5000 euros à l'encontre de la société Bank of Scotland sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile).

Le 5 avril 2019, M. P... s'est désisté de son pourvoi.

Un mémoire en défense a été déposé le 11 juin 2019 pour la société Bank of Scotland (demande de 1500 euros à l'égard de chacun des demandeurs au pourvoi sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile).

2 - Analyse succincte des moyens

Les salariés font grief à l'arrêt de les débouter de leurs demandes tendant à voir condamner la société Bank of Scotland à leur verser, à chacun, une somme à titre de dommages-intérêts en réparation des préjudices liés à la perte d'emploi au sein de la société General Trailers France et à la perte de chance de retrouver à court terme un emploi optimisé ou équivalent, alors :

1°/ qu'en application du principe de la réparation intégrale, les salariés licenciés pour motif économique et qui ont perçu de leur employeur une indemnité de licenciement et des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sont fondés à demander réparation des préjudices constitués par la perte de leur emploi et par la perte de chance d'un retour à l'emploi optimisé au tiers au contrat de travail ayant commis une faute ayant concouru aux difficultés économiques rencontrées par l'employeur, au prononcé des licenciements économiques et à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi insuffisant ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 1382, devenu l'article 1240 du code civil ;

2°/ que si l'indemnité de licenciement n'a pas la nature juridique d'un salaire mais de dommages et intérêts qui ont vocation à indemniser le salarié du préjudice causé par l'employeur par la perte de l'emploi, elle ne l'indemnise nullement du préjudice distinct, causé par la perte de son emploi (perte des rémunérations qu'il aurait dû percevoir dans le futur et préjudice moral) et découlant de la faute commise par un tiers au contrat de travail (la Bank of Scotland) ayant concouru à la réalisation du dommage, à savoir son licenciement économique ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 1382, devenu l'article 1240 du code civil ;

3°/ qu'en constatant que les dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse alloués aux salariés licenciés pour motif économique par la cour d'appel de Paris avaient été versés aux seuls motifs que le plan de sauvegarde de l'emploi était insuffisant et que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement tant interne qu'externe, - ce dont il résultait que les salariés étaient fondés à solliciter également la condamnation d'un tiers au contrat de travail (la Bank of Scotland), dont la faute avait concouru à la réalisation du dommage, à savoir leurs licenciements économiques, à les indemniser du préjudice causé par tant la perte de leur emploi (perte des rémunérations qu'ils auraient dû percevoir dans le futur et préjudice moral) que par la perte de chance d'un retour à l'emploi optimisé en raison d'un plan de sauvegarde de l'emploi non proportionné aux moyens financiers du groupe d'appartenance de la société Général Trailers France - , et en déboutant les salariés exposants de leurs demandes, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article 1382, devenu, 1240 du code civil ;

4°/ qu'en affirmant que le préjudice, conséquence de la rupture du contrat de travail, avait été réparé par l'allocation d'indemnités de licenciement et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de sorte que les salariés étaient mal fondés à demander réparation une seconde fois de ces préjudices, sans répondre aux conclusions des exposants (cf. p. 26, productions) qui faisaient valoir qu'ils avaient pris le soin de solliciter, à titre de dommages et intérêts, une somme équivalente aux rémunérations qu'ils auraient dû percevoir depuis leur licenciement, auxquelles s'ajoutait un montant devant couvrir le préjudice lié à la perte des conditions de travail et d'évolution de leur rémunération en raison de leurs ancienneté et compétences (15.000 euros), de laquelle étaient retranchée 24 mois de droits Pôle emploi, outre les dommages et intérêts perçus en suite des arrêts rendus par la chambre sociale de la cour d'appel de Paris, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- L'indemnité légale de licenciement et l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse prévues par les articles L.1234-9 et L.1235-3 du code du travail réparent-elles le préjudice lié à la perte de l'emploi et à la perte de chance d'un retour à l'emploi optimisé pouvant être causés par la faute d'une société tiers au contrat de travail dont la responsabilité est recherchée sur le fondement de l'article 1382 du code civil?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Dans l'instance prud'homale, et par arrêts du 29 janvier et 19 mars 2009, la cour d'appel de Paris a considéré que les licenciements économiques des salariés demandeurs au présent pourvoi étaient sans cause réelle et sérieuse dès lors que l'actionnaire de la société General Trailers, la société SEB, disposait de moyens financiers conséquents rendant le plan de sauvegarde de l'emploi proposé aux salariés insuffisant alors que la pertinence d'un plan de sauvegarde de l'emploi doit s'apprécier en fonction des moyens dont dispose l'entreprise et le groupe pour faciliter le reclassement des salariés. La cour a également relevé que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement interne ni à son obligation de reclassement externe. Des dommages-intérêts ont été alloués à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Devant la chambre commerciale de la cour d'appel de renvoi ayant rendu l'arrêt objet du présent pourvoi, les salariés ont sollicité la réparation d'un préjudice propre né de la faute imputable à la Bank of Scotland, distinct selon eux de celui réparé par la chambre sociale de la cour d'appel de Paris en raison des seuls manquements de la société General Trailers France en sa qualité d'employeur.

Sur le fondement de l'article 1382 du code civil, devenu article 1240, les salariés ont fait valoir que leur préjudice imputable à la seule faute de la banque, est constitué d'une part par la perte de leur emploi au sein de la société General Trailers France et d'autre part par la perte d'une chance d'un retour à l'emploi optimisé.

*Sur le préjudice lié à la perte de leur emploi au sein de la société General Trailers France les salariés ont fait valoir en substance que : (conclusions pages 23 et suivantes, production MA n°2) :

L'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse n'indemnise en rien l'intégralité des préjudices liés à la perte de leur emploi en tant que tel au sein de la société General Trailers France, cette indemnisation étant liée au caractère injustifié du licenciement au regard des obligations légales pesant sur la société employeur, indépendamment du motif économique et ce d'autant plus que celle-ci faisait l'objet d'une procédure collective.

Sur le préjudice lui-même, il est soutenu que : (conclusions pages 24 et 25)

« En l'espèce, il a été démontré que, sans l'octroi du crédit ruineux de la Bank of Scotland à l'employeur des requérants, le licenciement subi n'aurait jamais eu lieu et leur contrat de travail se serait poursuivi en l'état. Le préjudice consiste bien en la perte de l'emploi tel qu'occupé au sein de la société General Trailers.

La faute de la Bank of Scotland cause donc au requérant un préjudice distinct et propre en ce que ceux-ci n'auraient jamais dû être privés de leur emploi, ni des conditions de travail y afférentes, ni de leur lieu de travail, ni encore du niveau de rémunération qui aurait dû continuer à évoluer au regard de leur ancienneté et confirmation de compétences acquises.

Pour autant, les requérants n'ont pas vu leur préjudice lié à la perte de leur emploi au sein de la société General Trailers France apprécié et réparé par la Chambre sociale de la Cour d'Appel de Paris.

En effet, les salariés n'ont aucunement bénéficié :

- d'un droit à réintégration, ni d'un rappel de salaires y afférent, ni d'une indemnisation équivalente à un tel préjudice;

- ni d'une indemnisation complémentaire pour le préjudice subi quant à ces années passées sans leur emploi depuis 2004, privés des conditions de travail y afférentes au sein de la société General Trailers France.

Or, sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil, les requérants doivent voir leur préjudice intégralement réparé en ce qu'ils n'auraient jamais dû perdre le bénéfice de leur emploi et des avantages y étant attachés, tel qu'ils en étaient titulaires au sein de la société General Trailers France et ce, depuis avril 2004 !

Le préjudice ainsi subi par les requérants n'est autre que :

- la perte de rémunération subie depuis leur licenciement jusqu'au jour où la Cour de céans devra se prononcer s'agissant du préjudice financier ;

- la perte de leur emploi et de leurs conditions de travail toutes ces années s'agissant du préjudice moral »

** Sur la perte de chance de retour à l'emploi optimisé :*

Les salariés faisaient valoir en substance que compte tenu du poids de la dette vis à vis de la banque la société employeur ne pouvait abonder suffisamment un plan de sauvegarde de l'emploi. En outre, l'insuffisance du PSE ne pouvait être sanctionnée par la nullité du licenciement avec notamment un droit à réintégration, la société employeur bénéficiant d'une procédure collective.

Les salariés ont globalement évalué leur préjudice de la manière suivante :

- une somme équivalente aux rémunérations qu'ils auraient dû percevoir depuis leur licenciement, auxquelles s'ajoute un montant devant couvrir le préjudice lié à la

perte des conditions de travail et d'évolution de leur rémunération en raison de leurs ancienneté et compétences (15 000 euros) ;

- de laquelle est retranchée 24 mois de droits pôle emploi, outre les dommages et intérêts perçus suite aux arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour d'Appel de Paris alors même que la responsabilité de la Bank of Scotland et le préjudice subi pourraient justifier que ces sommes ne soient pas prises en compte dans leur demande.

En défense, la société Bank of Scotland soutenait que les préjudices invoqués par les salariés avaient déjà été intégralement réparés et subsidiairement que les salariés ne justifiaient pas des montants réclamés . En tout état de cause, la banque soutenait que rien ne permettait d'affirmer que les salariés auraient conservé leur emploi au sein de la société General Trailers France jusqu'au jour de l'arrêt à intervenir, de sorte que leur prétendu préjudice lié à la perte d'emploi n'est en réalité que la perte de chance de ne pas avoir pu conserver leur emploi.

- Pour débouter les salariés de leurs demandes, la cour d'appel a retenu :

Par arrêts devenus définitifs en date du 29 janvier et 19 mars 2009 la cour d'appel de Paris a considéré que les licenciements étaient sans cause réelle et sérieuse dès lors que l'actionnaire de la société General Trailers, la société SEB, disposait de moyens financiers conséquents rendant le plan de sauvegarde de l'emploi proposé aux salariés insuffisant alors que la pertinence d'un plan de sauvegarde de l'emploi doit s'apprécier en fonction des moyens dont dispose l'entreprise et le groupe pour faciliter le reclassement des salariés. La cour a relevé également que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement interne ni à son obligation de reclassement externe. Des dommages et intérêts ont été alloués aux salariés sur ces fondements.

Pour ce qui concerne des préjudices invoqués, ceux nés de la perte des rémunérations qu'ils auraient pu percevoir dans le futur et le préjudice moral né de la perte de leur emploi et de leurs conditions de travail depuis le licenciement, la cour relève que l'indemnité de licenciement allouée aux salariés pour la rupture de leur contrat de travail a justement pour vocation de réparer le préjudice subi du fait de la rupture du contrat de travail et prend nécessairement en compte ces préjudices. Elle n'a pas le caractère d'une créance salariale mais d'une créance de dommages et intérêts qui répare les conséquences de la perte de l'emploi.

De plus l'indemnité légale de licenciement perçue par les salariés a été en l'espèce complétée par des dommages et intérêts à la suite de l'arrêt de la cour d'appel ayant considéré que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Ces dommages et intérêts réparent le préjudice qui est invoqué par les salariés dans le second poste de préjudice, soit l'absence de moyens adéquats alloués au plan de sauvegarde de l'emploi.

Les salariés dont le préjudice a été déjà réparé par l'allocation d'indemnités de licenciement et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sont donc mal fondés à demander réparation une seconde fois de ces préjudices ; que dès lors la cour les déboutera de leurs demandes.

Rappelons que par arrêt du 18 juillet 2013 (cet arrêt n'ayant été cassé et annulé qu'en ce qu'il avait déclaré irrecevables les intervenants volontaires) la Cour d'appel de Paris a dit que la responsabilité de Bank of Scotland, qui a accordé des crédits ruineux à la société General Trailers France, était engagée envers la collectivité des créanciers représentée par les mandataires judiciaires, en retenant notamment que :

« il est certain que des causes étrangères à l'intervention de la Bank of Scotland expliquent les difficultés rencontrées par la société General Trailers France mais qu'il est manifeste que le poids de la dette de l'acquisition des titres qui était étranger à l'intérêt social et la perte de toute flexibilité financière l'ayant entraîné, l'ont empêchée de résister et de se redresser, ce qu'elle aurait pu faire, étant initialement une structure rentable, faiblement endettée et bénéficiant de réserves substantielles ».

Le pourvoi reproche en substance à la cour d'appel d'une part d'avoir méconnu le principe de réparation intégrale du préjudice, d'autre part de ne pas avoir tenu compte de l'existence d'un préjudice distinct de celui réparé par l'indemnité légale de licenciement et l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, à savoir celui causé par la perte de son emploi et la perte de chance d'un retour à l'emploi optimisé découlant de la faute d'un tiers au contrat, la société Bank of Scotland.

Comme le souligne le mémoire en défense, la cour d'appel a débouté les salariés de leurs demandes de dommages-intérêts, sans se prononcer sur la responsabilité de la banque en ce qui concerne la perte de leur emploi par les salariés, mais au motif que ceux-ci avaient déjà été indemnisés des préjudices allégués au soutien de leurs demandes, par l'allocation de l'indemnité légale de licenciement et l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le pourvoi invite à s'interroger sur ce que vise précisément à réparer l'indemnité de licenciement et l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse prévues par le code du travail. Pour ce faire, il convient de revenir sur la nature juridique de ces indemnités (4.2), après quelques propos liminaires sur le principe de la réparation intégrale en matière de responsabilité civile (4.1)

4-1/-Le principe de réparation intégrale

Selon une formule devenue classique en jurisprudence, « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu [...] » (2e Civ., 28 octobre 1954, n°1767, Bull. 1954, II n°328 ; 2e Civ., 9 juillet 1981, pourvoi n°80-12.142, Bull. II n°156).

Ainsi la chambre sociale a pu juger que la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu, et les dispositions de l'article L. 412-2 du Code du travail ne font pas obstacle à ce que le juge ordonne le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée (Soc., 23 novembre 2005, pourvoi n° 03-40.826, Bull. 2005, V, n° 332). Ou encore « La somme allouée au salarié dont le licenciement a été annulé, correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé, est versée à l'occasion du travail et entre dans l'assiette des cotisations sociales » (Soc., 16 octobre 2019, pourvoi n° 17-31.624).

Le principe de réparation intégrale est double, il induit la nécessité de réparer « tout le préjudice »¹, mais aussi celle de s'en tenir au seul préjudice. Il exige ainsi une complétude de la réparation mais interdit d'accorder une réparation supérieure au dommage. C'est un délicat équilibre que doit rechercher le juge entre deux excès : il doit éviter une réparation insuffisante qui n'indemniserait pas totalement la victime mais aussi une réparation excessive qui lui procurerait un bénéfice.

Ainsi, « si la réparation d'un dommage doit être intégrale, elle ne saurait en tout cas excéder le montant du préjudice » (2è civ. 14 février 1985, Bull II n°40 ; 1re Civ., 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-12.506, Bull., 2004, I, n° 264), ou encore « les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit » (2è civ 5 juillet 2001, Bull II n°135 ; 2e Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-17.148, Bull. 2011, II, n° 106).

La Cour de cassation sanctionne donc les décisions qui, sous diverses formes, aboutissent à réparer deux fois un même préjudice ou à replacer la victime dans une position plus favorable (ex : Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-28.799, Bull. 2013, V, n° 135 ; Com., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-24.869, Bull. 2011, IV, n° 80).

¹ Répertoire de Droit civil, Dalloz, Responsabilité du fait personnel, Chapitre 2 : fait personnel générateur de l'obligation de réparer, Section 2 : Réparation, Art. 2 : Réparation du dommage, § 1 :Principe de réparation intégrale

*Notons à ce titre la nécessité pour le juge de distinguer la réparation intégrale du préjudice et la **perte d'une chance** :

- Encourt la cassation l'arrêt qui alloue à une victime une indemnité réparant l'intégralité de son préjudice corporel alors que le préjudice subi du fait du manquement d'une association à ses obligations consistait dans la perte d'une chance d'être assuré selon un contrat d'assurance de personne à garanties forfaitaires (2^e Civ., 19 mars 1997, pourvoi n° 94-19.249, Bulletin 1997, II, n° 89)

-Viole l'article 1147 du code civil, une cour d'appel qui retient que la victime avait perdu une chance d'éviter le dommage, alors qu'elle venait d'en réparer intégralement les conséquences (1^{re} Civ., 22 novembre 2007, n° 06-14.174, Bull. 2007, I, n° 368).

Rappelons que selon l'analyse actuelle la perte d'une chance constitue « la disparition d'une éventualité favorable » (1^{re} Civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.195, Bull. 2010, I, n° 200 ; 1^{re} Civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 11-10.935, 11-11.237, Bull. 2012, I, n° 68 ;).

Lorsque la perte d'une chance est établie, elle constitue un préjudice indemnisable. Mais le dommage certain se limite à cette perte. Elle seule sera donc compensée, et non la totalité du bénéfice que la victime aurait retiré de la survenance de l'événement dont la réalisation est désormais empêchée. La Cour de cassation affirme ainsi de manière constante que « *la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* » (Civ, 1^{ère} 9 avril 2002, n° 00-13.314, Bull I n° 116 ; Soc. 18 mai 2011, n° 09-42.741, Bull V n° 119). La réparation est donc, en principe, nécessairement inférieure à l'avantage que la victime escomptait retirer de l'événement en question. "Pour déterminer le montant de l'indemnité, la Cour de cassation donne une forme de mode d'emploi : la réparation « ne saurait présenter un caractère forfaitaire [et] cette indemnité [...] doit correspondre à une fraction des différents chefs de préjudice supportés par la victime; [il appartient], dès lors, à la cour d'appel, d'une part, d'évaluer les différents chefs de préjudice invoqués [...], d'autre part, d'apprécier à quelle fraction de ces préjudices devait être évaluée la perte de chance indemnisée » (1^{re} Civ., 18 juillet 2000, n° 98-20.430, Bull., I, n° 224 ; 1^{re} Civ., 8 février 2017, pourvoi n° 15-21.528, Bull. 2017, I, n° 38).

Enfin, rappelons que les juges du fond apprécient souverainement tant l'existence du préjudice que son montant (Assemblée plénière, 26 mars 1999, Bull AP n° 3, pourvoi n° 95-20640 ; Ch.mixte, 6 septembre 2002, Bull mixte n° 4, n° 98-22981 ; Soc. 30 juin 2010, n° 08-43619 ; Soc. 22 mars 2012, n° 10-12808 ; Soc 27 février 2013 n° 1127834

4-2. Sur la nature juridique de l'indemnité de licenciement et de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

Après une analyse de chacune de ces indemnités perçues à l'occasion de rupture du contrat de travail, une mise en perspective sera faite avec les récents développements de la jurisprudence de la chambre relative à la responsabilité extra-contractuelle de la société mère.

4-2-1 Sur l'indemnité de licenciement

Nous savons que le montant de l'indemnité légale de licenciement est resté longtemps symbolique, au moins en cas de faible ancienneté dans l'entreprise. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a prévu un doublement du taux en cas de licenciement économique. Cette distinction a été abrogée par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 qui a, en outre, modifié les conditions d'octroi de l'indemnité légale de licenciement en abaissant la condition d'ancienneté pour en bénéficier, de deux ans à un an. Depuis lors, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a élargi le bénéfice de l'indemnité légale de licenciement aux salariés ayant «seulement» huit mois d'ancienneté (et non plus un an comme c'était le cas auparavant) et le décret n°2017-1398 du 25 septembre 2017 a procédé à la revalorisation de cette indemnité et ajusté les modalités de calcul du salaire de référence lorsque la durée de service du salarié dans l'entreprise est inférieure à douze mois.

A l'époque du licenciement économique des salariés en cause (2004), l'indemnité légale de licenciement était de 1/5^e de mois par année d'ancienneté, plus 2/10^e au-delà de 10 ans. (Article R.1234-3 dans sa rédaction antérieure au décret n°2008-715 du 18 juillet 2008).

La Cour de cassation s'est déjà prononcée sur le régime juridique de l'indemnité légale de licenciement :

Ainsi a-t-il été jugé que l'indemnité de licenciement ou son équivalent conventionnel n'est pas la contrepartie d'un travail fourni et ne constitue pas un salaire, trouvant sa source non dans l'exécution du contrat de travail mais dans sa rupture (Soc., 22 mai 1986, pourvoi n°83-42.341, Bull. V n°25 ; Soc., 20 octobre 1988, pourvoi n°85-45.511, Bulletin 1988 V N° 536). En conséquence, l'indemnité de licenciement est soumise à la prescription de droit commun (Soc. 23 octobre 1980, Bull V n°766), elle peut être cumulée avec les allocations de chômage (Soc. 6 mai 1982, Bull V n°290) elle peut faire l'objet de délais de paiement octroyés par le juge (Soc. 18 novembre 1992, pourvoi n°91-40.596) et n'est pas passible de cotisations de sécurité sociale (Soc., 27 novembre 1985, Bull V n°564).

Concernant la nature juridique de cette indemnité, ces arrêts de la Cour de cassation convergent vers l'idée d'une nature non pas salariale mais indemnitaire.

Un arrêt non publié Soc. 14 mars 1991, pourvoi n°89-10.366 précise que les indemnités de licenciement ont le caractère de dommages-intérêts compensant le préjudice subi par les salariés du fait de la rupture du contrat de travail imputable à l'employeur.

Il a été en outre jugé que 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 et se cumule avec elle (Soc., 4 mars 2008 n°06-45.221).

La chambre sociale n'a pas davantage précisé les contours de la nature juridique de l'indemnité de licenciement et ce qu'elle a vocation précisément à réparer.

Si selon une idée classique, l'indemnité légale de licenciement répare de façon forfaitaire le préjudice résultant de la rupture du contrat de travail, ceci demeure discuté en doctrine :

Sur ce point cf. JCL Travail Traité fascicule 32-2 : Indemnité de licenciement

A. - Nature indemnitaire

2. – Controverse – La nature juridique de l'indemnité de licenciement a donné lieu à de vives controverses doctrinales (V. par ex. J. Icard, *Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement* : JCP S 2014, act. 393). La portée de chacune d'entre elles est toutefois extrêmement variable. Certaines, minoritaires, rapprochaient l'indemnité de licenciement de mécanismes relevant tantôt du droit civil (ex. : donation) tantôt du droit du travail (ex. : salaire différé). En droit patrimonial de la famille, la jurisprudence considère depuis longtemps que l'indemnité de licenciement constitue un substitut de salaire ayant vocation à tomber en communauté sur le fondement de l'article 1401 du Code civil (Cass. 1re civ., 5 nov. 1991, n° 90-13.479 : JurisData n° 1991-002896 . – Cass. 1re civ., 3 juin 1997, n° 95-12.970 : JurisData n° 1997-002559 ; Dr. famille 1997, comm. 142, obs. B. Beignier. – Cass. 1re civ., 16 juill. 1997, n° 95-16.977 : JurisData n° 1997-003402 ; Dr. famille 1997, comm. 124. – Cass. 1re civ., 27 nov. 2001, n° 99-16.380. – Cass. 1re civ., 3 févr. 2010, n° 09-65.345 : JurisData n° 2010-051394 ; Dr. famille, comm. 151, obs. V. Brémond. – CA Toulouse, 13 nov. 2001 : JurisData n° 2001-174368), si le licenciement de l'époux marié sous le régime de communauté légale a été notifié pendant le mariage (Cass. 1re civ., 3 févr. 2010, n° 09-65.345 : JurisData n° 2010-051394). Mais ce sont finalement des dommages et intérêts que l'indemnité de licenciement doit être rapprochée. Le concept évoque nécessairement la notion de responsabilité qui peut reposer sur la commission d'une faute ou sur la réalisation d'un risque.

1° Responsabilité pour faute

3. – Indemniser la victime – A été soutenue la thèse que l'indemnité de licenciement constituait une forme particulière d'indemnisation du salarié victime d'un préjudice. Comme les dommages-intérêts, n'a-t-elle pas vocation à réparer un préjudice en l'espèce constitué par la perte de l'emploi et des avantages y étant attachés ? Les tribunaux ont pu, à une époque, adopter cette thèse en jugeant que l'indemnité de licenciement, bien que proportionnelle aux services passés du salarié dans l'entreprise,

n'était pas la contrepartie d'un travail fourni par ce salarié (Cass. soc., 9 mars 1957 : Dr. soc. 1957, p. 278, concl. R. Blanchet ; JCP G 1957, II, 10312).

4. – Critique – Deux arguments vont toutefois à l'encontre du raisonnement retenu par les magistrats. D'abord l'indemnisation n'est concevable qu'à la condition qu'une faute puisse être reprochée à l'auteur du préjudice, donc à l'employeur. La difficulté consiste alors à l'identifier. Il n'en commet a priori aucune lorsqu'il licencie un salarié en respectant les règles de forme et de fond prévues par la loi ou des dispositions conventionnelles. Il se borne au contraire à user du droit ouvert par l'article L. 1231-1 du Code du travail de résilier unilatéralement un contrat à durée indéterminée. Ensuite, le montant des dommages-intérêts correspond en principe à l'estimation du préjudice. Or, la technique ici retenue est le recours au forfait établi à partir de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise. Le procédé de la clause pénale peut certes être évoqué. La notion est toutefois plus adaptée à la stipulation d'une indemnité contractuelle qu'à une obligation imposée par la loi ou la convention collective. La révision judiciaire des indemnités excessives sur le fondement de l'article 1231-5 du Code civil est d'ailleurs refusée si la convention collective en est la source.

2° Responsabilité pour risque

5. – Responsabilité sans faute – Quelques arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation (ex. : Cass. soc., 4 mai 1988 : Dr. soc. 1989, p. 132) constituent le point de départ d'une nouvelle proposition qui, sans remettre en cause le fondement tiré de la responsabilité civile, préfère substituer le critère de risque au critère traditionnel de la faute. L'indemnité de licenciement, sans être un salaire, trouverait sa source dans le travail accompli et réparerait un préjudice né de la rupture du contrat en l'absence de toute faute commise par le débiteur (J. Savatier, Les salaires d'inactivité : Dr. soc. 1984, p. 170 s.).

6. – Critique – L'intérêt majeur de cette proposition est de rendre beaucoup plus intelligibles les conditions d'octroi de l'indemnité de licenciement. Toute rupture du contrat de travail ne permet pas au salarié de prétendre au versement de l'indemnité de licenciement. Seuls les salariés licenciés peuvent en revendiquer l'attribution. Pareille restriction n'est que la conséquence de sa nature. Admettre que son versement constitue un mode d'extinction de la dette de l'employeur née de la réalisation du risque de rupture du contrat suppose préalablement consacrée l'existence de cette garantie accordée contre la perte de l'emploi. Or, elle n'a de sens que si l'initiative de la rupture appartient à l'employeur. Il est parfaitement légitime, en revanche, que le salarié renonçant à la sécurité de l'emploi en démissionnant après une longue collaboration acquitte par la perte de l'indemnité de licenciement le prix de sa liberté. L'employeur est alors, à ce propos, libéré de toute obligation.

Elle rend également plus compréhensible le régime de l'indemnité de licenciement. Peuvent ainsi être expliqués :

- son mode de calcul : l'indemnité est calculée, non pas en fonction de l'estimation réalisée du préjudice, mais proportionnellement à la durée des services rendus ; c'est pourquoi plus le salarié vieillit plus le prix de la rupture est élevé ;

- la non-totalisation, sauf exception, des périodes de suspension du contrat de travail dans le calcul de l'ancienneté du salarié n'est compréhensible que si l'indemnité de licenciement, sans être un salaire, n'en est pas moins la contrepartie des services fournis ;

- l'éventuel cumul de l'indemnité de licenciement, prix de la rupture, récompense des services passés, et d'autres indemnités réparant le préjudice né de la rupture du contrat de travail, notamment l'indemnité pour rupture du contrat sans cause réelle et sérieuse.

B. - Régime juridique

7. – Régime hybride – Le régime juridique de l'indemnité de licenciement n'est pas nécessairement conforme à sa nature. La qualification de salaire étant fermement rejetée, aucune des dispositions applicables à la rémunération du salarié ne devrait lui être transposée. Tel n'est pourtant pas le cas. Le droit positif combine, en effet, dans un silence relatif des textes, des règles conformes à la nature indemnitaire des sommes allouées au salarié licencié, et d'autres, inspirées du régime des salaires, donc non conformes à sa nature. (...)

Cf. également : Julien Icard Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement JCP S 4 novembre 2014 p.393 :

(...) À l'aune de ces précisions, l'indemnité de licenciement est-elle réellement d'une nature identique, i.e. indemnitaire ? Consiste-telle à réparer un préjudice c'est-à-dire une atteinte à un intérêt légitime protégé (G. Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité civile : LGDJ, 4e éd. 2013, n° 248 et s.) ? En outre, la rupture du contrat de travail est-elle susceptible d'engendrer en elle-même – quelle que soit la cause du licenciement – un préjudice pour le salarié qu'il faudrait indemniser (V. égal., A. Mazeaud, art. préc., spéc. n°

27 et s. – J. Savatier, Réflexions sur les indemnités de licenciement, préc., p. 126) ? Deux questions en découlent : celle du fait générateur de l'indemnité et du préjudice réparable. L'employeur est-il tenu d'indemniser en raison d'une faute ou d'un fait générateur objectif ? Que doit-il réparer ? Si l'on tente de démontrer la nature indemnitaire de l'indemnité de licenciement, seule une responsabilité objective est envisageable. En effet, l'indemnité est versée au salarié quelle que soit l'appréciation du bien-fondé du licenciement et l'employeur dispose légalement du droit de rompre de sorte que l'éventuelle responsabilité ne peut être fondée que sur un fait non fautif

– par exemple via l'idée de risque-profit (A. Mazeaud, art. préc.). Or, considérer l'exercice du droit de l'employeur comme la mise en œuvre d'une responsabilité sans faute n'est guère convaincant (A. Mazeaud, art. préc. – J. Savatier, Réflexions sur les indemnités de licenciement, préc.). La seconde question ajoute à l'embarras né de la première. Hors la question de la légitimité de la cause ou des conditions de la rupture du contrat de travail, la rupture ne crée en elle-même aucun préjudice pour le salarié sauf à reconnaître que le salarié jouit d'un « droit à » la conservation de son emploi ou à la garantie de son emploi (en ce sens, V. J. Mouly, À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement, préc.). Une telle reconnaissance impliquerait, certes, une réification du lien contractuel (P. Durand, Traité de Droit du travail, préc., p. 97) – phénomène contemporain en pleine expansion (V. not., V. Mazeaud, Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : RTD civ. 2014, p. 29) – mais plus largement une inversion de l'objet même du lien contractuel via une appropriation par le salarié de sa propre obligation (V. en sens inverse – et très critiquable également [L. Saenko, Abus de confiance par détournement du temps de travail du salarié : Dr. soc. 2013, p. 1008] – pour une qualification d'abus de confiance de l'utilisation à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur qui semble impliquer l'appropriation par l'employeur du temps de travail du salarié, Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031 : JurisData n° 2013-012434 ; JCP S 2014, 1128, note F. Duquesne). L'obligation d'exécuter sa prestation de travail se mueraient en droit à la perpétuation de son statut de salarié.

Or, il est une évidence à rappeler : le contrat de travail est synallagmatique ; le salarié ne jouit d'un droit à rémunération que s'il accomplit son obligation de travail ; il ne bénéficie d'aucun droit au maintien de son statut et, de manière corollaire, de sa rémunération. En d'autres termes, le salarié n'est titulaire d'aucun droit subjectif à l'emploi. Sans doute subit-il des dommages lors de la rupture du contrat de travail mais non pas des préjudices réparables du fait même de la rupture. Ainsi, la nature prétendument indemnitaire de l'indemnité de licenciement est donc doublement discutable.

Que s'agit-il dès lors de réparer si ce n'est pas un préjudice matériel et moral né de la rupture ? En réalité, l'indemnité vise à réparer la perte du bénéfice économique que le salarié a contribué à faire naître au sein de l'entreprise. De même que le VRP crée de la richesse via le développement de la clientèle, le salarié en crée par son activité. Cependant, le VRP tire des gains directs et immédiats de cette exploitation, gains qui cessent lors de la rupture du contrat de travail, alors que le salarié ne bénéficie pas de la richesse créée hormis par sa rémunération salariale. Or, ce « préjudice » est inscrit

dans la nature même du contrat de travail, l'employeur s'attribuant originellement la propriété des fruits du travail des salariés (sur ce point, V. T. Revet, La force de travail, étude juridique : Litec, 1992, n° 240). C'est donc l'exercice même de l'activité salariée qui donne naissance à ce « préjudice », et non la rupture du contrat. Si préjudice il y a, il est moins lié à la perte d'emploi qu'à l'exercice du salarié lui-même ; il ne se réalise en revanche que lors du départ de l'entreprise. Son fait générateur consiste non pas dans la rupture du contrat mais dans l'exercice même de l'activité, tandis que son exigibilité trouve sa source dans le départ de l'entreprise. Une telle conception de l'indemnité de licenciement incite à penser que le salarié bénéficie alors d'un droit sur une quote-part de la valeur qu'il a contribué à créer pour l'entreprise. Selon certains (J. Mouly, À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement, préc.), les salariés jouiraient ainsi d'une « part du capital » de l'entreprise dont ils se trouveraient privés. Toutefois, de ce point de vue, l'indemnité de licenciement revêt bien plus l'allure d'un salaire différé puisque le « droit » naît de l'exécution du travail du salarié même si son fondement est indemnitaire car il subit une forme d'expropriation d'utilité privée – ou publique si l'on raisonne de manière systémique (J. Icard, Analyse économique et droit du travail, thèse Paris 1, 2011) – non réellement indemnisée. (...).

Un arrêt de la deuxième chambre civile, Civ 2^{ème}, 11 octobre 2007, pourvoi n° 06-14.611, Bull V n° 228 dans un litige relatif à l'indemnisation d'un accident de la circulation, ayant été suivi d'un licenciement pour inaptitude physique, donne une importante précision sur la nature de l'indemnité de licenciement : L'indemnité de licenciement est la contrepartie du droit de résiliation unilatéral de l'employeur

Attendu que M. AX... et la société GAN assurances font grief à l'arrêt de les avoir condamnés in solidum à payer une certaine somme à Mme AY... en réparation de son préjudice professionnel et de son préjudice soumis à recours, alors, selon le moyen, qu'en refusant, à tort, de prendre en compte pour l'évaluation du préjudice professionnel l'indemnité de licenciement pour inaptitude médicale à l'emploi, destinée à compenser la perte de cet emploi, conséquence directe de l'accident, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu que l'indemnité de licenciement est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur ; que c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'elle avait pour cause la rupture du contrat de travail et qu'elle n'avait pas à être prise en compte pour évaluer la perte des gains professionnels de la victime ;

Cet arrêt a été ainsi commenté, D.2008 p.582 A propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement, Jean Mouly

1 - On ne s'interroge plus guère en doctrine sur la nature juridique de l'indemnité de licenciement. Le magistral article de Camerlynck (1), il y a maintenant un demi-siècle, semble avoir emporté la conviction et clos définitivement le débat en faveur de la thèse indemnitaire. La Cour de cassation s'est d'ailleurs depuis longtemps rangée à cette opinion (2) et ne paraît pas, depuis, s'en être départie (3). Aussi bien ne sera-t-on pas surpris que l'arrêt rapporté se conforme à cette ligne jurisprudentielle. Bien plus, il paraît conforter les solutions acquises et précise même, de façon intéressante, les rapports que l'indemnité de licenciement entretient avec l'exercice par l'employeur de son droit de résiliation unilatérale.

2 - En l'espèce, un salarié avait été victime d'un accident de la circulation. Il en était résulté pour lui une inaptitude physique à l'emploi, qui avait conduit le chef d'entreprise, faute de possibilité de reclassement, à prononcer son licenciement. A cette occasion, le salarié avait touché l'indemnité pour inaptitude médicale à l'emploi, laquelle en réalité n'est qu'une variété d'indemnité de licenciement (4), octroyée en cas d'accident ou de maladie à caractère professionnel et dont le montant est fixé au double de

l'indemnité de droit commun (art. L. 122-32-6 c. trav.). Le salarié ayant par ailleurs demandé réparation au responsable de l'accident, ce dernier prétendait faire réduire le montant de la réparation à sa charge en soutenant que, pour évaluer le préjudice professionnel du salarié, il devait être tenu compte de l'indemnité de licenciement touchée par ce dernier et réparant déjà pour partie le préjudice consécutif à la perte de l'emploi. A priori, une telle prétention n'avait rien de déraisonnable, quelle que soit d'ailleurs la thèse retenue quant à la nature de l'indemnité de licenciement, puisque, de fait, cette indemnité est bien en relation avec la perte de son emploi par le salarié et, par voie de conséquence, avec son préjudice professionnel.

Elle n'a pourtant pas été retenue par la Cour de cassation. Probablement, la Haute juridiction a-t-elle avant tout voulu éviter, de façon fort légitime d'ailleurs, que le responsable de l'accident ne puisse profiter des droits du salarié à l'encontre de son employeur pour limiter la réparation dont il est débiteur. Il en résulte ainsi un cumul d'indemnités au profit du salarié qui, au moins pour partie, pourrait bien conduire à une double indemnisation d'un seul et même préjudice. Quoi qu'il en soit, l'arrêt n'appellerait sans doute pas d'autres commentaires si ce n'était la formule qu'il utilise et qui mérite incontestablement de retenir l'attention. En effet, pour rejeter le pourvoi, la Cour régulatrice énonce que « l'indemnité de licenciement est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur » et que « c'est [donc] à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'elle avait pour cause la rupture du contrat de travail ». En faisant ainsi de l'indemnité de licenciement la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur, la Cour de cassation condamne très nettement la thèse de la nature salariale de cette indemnité.

3 - On se souvient en effet que, pour certains auteurs (5), l'indemnité de licenciement ne pourrait pas être une véritable indemnité, à la fois parce qu'elle procède de l'exercice d'un droit - lequel ne saurait donc, en soi, générer de préjudice - et parce qu'elle est dépourvue de toute fonction réparatrice, l'indemnité étant due même lorsque le salarié a retrouvé immédiatement un emploi. Elle serait donc en réalité la contrepartie du travail fourni par le salarié pendant le contrat de travail - son montant est d'ailleurs calculé en fonction de la durée de celui-ci - et constituerait un véritable salaire différé, fictivement capitalisé au cours du travail accompli dans le passé. En considérant au contraire, en l'espèce, que l'indemnité de licenciement est la contrepartie, non du travail antérieurement fourni, mais du droit de licencier de l'employeur, l'arrêt rapporté condamne incontestablement la thèse de la nature salariale de l'indemnité de licenciement. Cette thèse s'accommoderait d'ailleurs particulièrement mal avec la solution retenue, car l'octroi d'un salaire différé après la rupture du contrat pourrait difficilement ne pas être prise en compte pour évaluer le préjudice professionnel subi par le salarié. On comprend donc que la Cour de cassation ait une fois de plus réfuté la thèse de la nature salariale de l'indemnité de licenciement.

Pour autant, l'on ne saurait nier totalement que cette indemnité a aussi une fonction de revenus de remplacement et que, à ce titre, elle s'apparente donc bien à une rémunération, sinon à un salaire, ce dont la Cour de cassation d'ailleurs ne disconvient pas puisqu'elle considère que l'indemnité de licenciement a pour objet de « compenser le préjudice né de la rupture du contrat » (6) et que celui-ci consiste bien, d'abord, pour le salarié, en la perte de ses revenus. On remarquera aussi que, au-delà d'un certain plafond, l'indemnité de licenciement est imposable à l'impôt sur le revenu (7). Également, dans les régimes matrimoniaux de communauté, elle fait partie, comme les revenus du travail, mais non comme les créances de réparation (8), de la catégorie des biens communs (9). Lorsque l'indemnité est de surcroît prévue par une clause du contrat de travail, elle ne se cumule pas avec les prestations de l'assurance chômage destinées à se substituer aux revenus perdus par le salarié (10). Dans ces conditions, on ne s'étonnera pas que certains auteurs (11) aient pu, encore récemment, répudier la thèse indemnitaire et voir dans cette somme une récompense de la fidélité du travailleur à l'entreprise, puisque la créance n'est de toute façon pas due lorsque c'est le salarié qui quitte son emploi de sa propre initiative. L'indemnité de licenciement s'apparenterait alors à une prime et, par voie de conséquence, à une créance de nature salariale. Dans ce contexte quelque peu incertain, il n'est donc pas sans intérêt que, par l'arrêt rapporté, la Cour de cassation ait réaffirmé son attachement à la conception indemnitaire de la créance prévue par l'article L. 122-9 du code du travail, d'autant que, on l'a vu, elle ne se borne pas

à indiquer négativement, comme par le passé (Soc. 22 mai 1988, préc.), que l'indemnité de licenciement n'est pas la contrepartie du travail fourni antérieurement par le salarié, mais précise, de manière positive cette fois, qu'elle est « la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur », ce qui accrédite pleinement la thèse indemnitaire.

5 - Dans cette conception, l'indemnité de licenciement, qui n'est due qu'en cas de rupture imputable à l'employeur et ne peut donc pas être, pour cette raison, un simple salaire différé - lequel devrait être versé indépendamment du mode de résiliation du contrat - constitue une véritable indemnité destinée à compenser pour le salarié la perte de son emploi, le droit de licencier de l'employeur étant un risque de l'entreprise dont il doit assumer la charge. L'indemnité de licenciement apparaît bien ainsi comme la contrepartie, pour le salarié, du droit de l'employeur de licencier ses salariés en vue de la réorganisation de l'entreprise et, plus généralement, comme la contrepartie de son pouvoir de direction. Le versement de cette indemnité entre dans le cadre d'une politique de limitation des pouvoirs de l'employeur. En particulier, son pouvoir de licencier les salariés n'est plus un pouvoir absolu ou discrétionnaire. Il est devenu un pouvoir conditionné et même, pourrait-on dire, doublement conditionné.

6 - En premier lieu, en effet, le chef d'entreprise, depuis la loi du 13 juillet 1973, ne dispose du pouvoir de licencier un travailleur que s'il possède un motif réel et sérieux de résiliation du contrat. La solution est particulièrement nette depuis que, en cas de doute sur l'existence de ce motif, le licenciement prononcé par l'employeur est de plein droit considéré comme injustifié (art. L. 122-14-3 c. trav. tel qu'il résulte de la loi du 2 août 1989). D'une certaine façon, l'employeur ne dispose plus a priori du droit de résiliation unilatérale ; il ne le retrouve qu'une fois établie l'existence d'un motif légitime de rupture. En second lieu, le chef d'entreprise ne peut exercer son droit de licenciement qu'en versant au travailleur l'indemnité prévue par la loi. On ne peut plus dire ainsi que cette créance n'a pas vraiment de nature indemnitaire, faute de préjudice à réparer - parce que l'exercice par l'employeur de son droit de résiliation ne pourrait causer de dommage au salarié - alors que le chef d'entreprise ne peut plus légalement exercer ce droit qu'en versant ladite indemnité au travailleur. C'est en quelque sorte le « prix à payer » par l'employeur pour pouvoir procéder au licenciement du salarié, tout comme la contrepartie financière, en matière de clause de non-concurrence, est le prix à payer pour limiter la liberté professionnelle du travailleur. Le paiement de cette indemnité est en quelque sorte consubstantiel, sinon à l'existence du droit de licencier, au moins à son exercice. Le licenciement n'est pas seulement l'occasion du paiement de cette indemnité, il en est la « cause », ainsi que l'indique d'ailleurs expressément l'arrêt rapporté. Il existe une corrélation nécessaire entre la rupture du contrat par l'employeur et le versement de l'indemnité, celle-ci étant la contrepartie de l'autre et réciproquement. Car si l'employeur ne dispose plus du droit de licencier un salarié qu'en lui versant l'indemnité légale, c'est bien que cette indemnité est aussi la condition de l'exercice par l'employeur de son droit de résiliation. En d'autres termes, le droit de l'employeur de licencier un salarié devrait à la fois reposer sur une cause subjective licite, la cause réelle et sérieuse de l'article L. 122-14-4 du code du travail, mais aussi avoir une cause objective tangible, c'est-à-dire une cause-contrepartie, l'indemnité légale de l'article L. 122-9. Cette utilisation de la théorie de la cause en matière de licenciement n'a d'ailleurs rien de très surprenant, alors que cette théorie a précisément pour fonction essentielle de renforcer le contrôle judiciaire des actes juridiques et que le licenciement d'un salarié constitue bien un acte (unilatéral) de cet nature, soumis en tant que tel au droit des obligations. En dernière analyse, cette confirmation appuyée de la thèse indemnitaire amène à s'interroger de façon plus précise sur la situation juridique du salarié au sein de son entreprise.

7 - En effet, si l'indemnité de licenciement ne correspond pas au versement d'un salaire différé, mais compense, pour le salarié, la perte de son emploi, c'est bien alors que le travailleur dispose de droits sur celui-ci, dont la disparition en cas de licenciement lui ouvre droit à réparation. L'idée serait que, avec le temps, les droits de créance que le salarié tient de son contrat de travail se transformeraient progressivement en droits réels au regard de la situation juridique d'emploi. La thèse indemnitaire contiendrait en elle-même le concept de propriété de l'emploi, et consacrerait donc, au moins implicitement, la théorie naguère mise à l'honneur aux États-Unis par F. Meyers (12).

Cette thèse de la propriété de l'emploi a d'ailleurs connu quelque écho en droit français puisque des auteurs aussi éminents que Durand et Vitu (13) écrivaient, dans leur traité, que « la reconnaissance de la propriété de l'emploi est dans la ligne d'évolution qui tend à créer de nouveaux droits de propriété fondés sur le travail par une transformation en droits réels d'anciens droits de créance ». Il est vrai que cette théorie n'a pas connu, par la suite, tout le succès que l'on pouvait espérer et que, dans un contexte de flexibilité du travail, elle peut paraître même quelque peu en décalage avec la réalité.

8 - L'on pourrait alors réorienter la réflexion et considérer que la propriété dont il s'agit ici n'est pas tant celle de l'emploi lui-même que celle correspondant à la part de valeur de l'entreprise que le salarié a contribué à créer ou à augmenter par son travail. Le salarié serait ainsi indemnisé pour sa part dans l'accroissement des richesses de l'entreprise dont il se trouve injustement dépouillé lors de son licenciement. De même qu'il existe une participation des salariés aux bénéfices de l'entreprise, donnant lieu à une distribution annuelle régulière de revenus, il existerait une participation de ceux-ci au capital sous la forme d'un dédommagement pour les droits perdus lors du licenciement (14). Certains admettent d'ailleurs déjà cette vue des choses, au moins pour les indemnités de fin de carrière (15). L'analyse du Professeur Revet, dans sa thèse (16), qui voit dans l'indemnité de licenciement une créance rémunératoire non salariale destinée à « corriger l'indépendance entre le salaire et le profit », n'est pas non plus très éloignée de cette conception. En tout cas, elle aurait au moins l'avantage de justifier le cumul de la réparation due par un tiers responsable et de l'indemnité légale de licenciement. Ce cumul ne réaliserait pas une double indemnisation du même préjudice, mais l'indemnisation de deux préjudices distincts : la perte de revenus d'un côté, la perte d'un bien, de l'autre. Par ailleurs, cette idée de bien appartenant au salarié, qu'il s'agisse de la propriété de l'emploi ou de la propriété d'une part salariale du capital, serait en parfaite harmonie avec la double exigence, pour le licenciement, d'une cause subjective, le motif légitime, et d'une cause objective, le versement d'une indemnité puisque, aux termes mêmes de l'article 545 du code civil, nul ne saurait être privé de son droit de propriété si ce n'est pour une cause légitime (17) et moyennant le versement d'une juste et préalable indemnité.

Dans un arrêt suivant la deuxième chambre civile (2e Civ., 7 avril 2011, pourvoi n° 10-30.566, Bull. 2011, II, n° 82) a encore jugé que : L'indemnité de licenciement versée au salarié, qui a pour cause la rupture du contrat de travail qui découle de l'exercice par celui-ci de sa liberté de choix de refuser le poste de reclassement que l'employeur est légalement tenu de lui proposer, n'est pas en relation de causalité directe et certaine avec l'accident ayant provoqué son inaptitude définitive à l'exercice de son emploi antérieur

Mais attendu que l'indemnité de licenciement versée au salarié est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale dont dispose l'employeur ; qu'ayant ainsi pour cause la rupture du contrat de travail découlant de l'exercice par le salarié de sa liberté de choix de refuser le poste de reclassement que l'employeur est légalement tenu de lui proposer, elle n'est pas en relation de causalité directe et certaine avec l'accident ayant provoqué l'inaptitude définitive du salarié à l'exercice de son emploi antérieur ;

Et attendu que l'arrêt retient que la société soutient que le versement par elle d'une indemnité de licenciement à sa salariée est une conséquence de l'accident de la circulation survenu le 9 mars 2001 ; que l'article 6 de la loi du 5 juillet 1985 autorise un tiers à demander la réparation du préjudice qu'il a subi du fait des dommages causés à la victime directe d'un accident de la circulation ; que toutefois, pour obtenir la réparation de son préjudice par ricochet, le tiers doit établir l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice qu'il allègue et l'accident ; que l'indemnité de licenciement que la société a versée à sa salariée est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur qu'il a exercé après avoir apprécié les reclassements qu'elle pouvait proposer, et a pour cause la rupture du contrat de travail ;

Que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, sans être tenue de procéder à la recherche évoquée par la seconde branche du moyen, a exactement déduit que l'indemnité de licenciement que la société a versée en contrepartie du licenciement décidé après usage par la salariée de sa liberté de choix de refuser les postes de reclassement qui lui étaient proposés, avait pour cause exclusive la rupture du contrat de travail ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Enfin, peut être évoquée la situation du salarié protégé, licencié pour inaptitude physique ayant pour origine des faits de harcèlement moral. Dans cette situation, admet l'existence d'un préjudice distinct lié à la perte d'emploi pouvant être réclamé devant les juridictions judiciaires :

- Soc., 29 juin 2017, pourvoi n° 15-15.775, Bull. 2017, V, n° 108

Mais attendu que dans le cas où une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé est motivée par son inaptitude physique, il appartient à l'administration du travail de vérifier que l'inaptitude physique du salarié est réelle et justifie son licenciement ; qu'il ne lui appartient pas en revanche, dans l'exercice de ce contrôle, de rechercher la cause de cette inaptitude, y compris dans le cas où la faute invoquée résulte d'un harcèlement moral dont l'effet, serait la nullité de la rupture du contrat de travail ; que, ce faisant, l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations ;

Et attendu, qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel, qui a relevé que la salariée avait subi pendant de nombreuses années des changements de secrétaires de plus en plus fréquents, ayant entraîné une désorganisation de son service avec de très nombreux dysfonctionnements et un accroissement de sa charge de travail, que malgré ses nombreuses plaintes, l'employeur n'avait procédé à aucune modification de ses conditions de travail, lesquelles avaient eu des répercussions sur sa santé mentale, a estimé que cet employeur avait commis un manquement à son obligation de sécurité, dont la salariée était fondée à solliciter la réparation du préjudice en résultant et, ayant fait ressortir que l'inaptitude de la salariée était en lien avec ce manquement, a exactement décidé que celle-ci était en droit de percevoir, outre une indemnité pour perte d'emploi, une indemnité compensatrice du préavis dont l'inexécution était imputable à l'employeur ;

4-2-2 Sur l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

Les articles L. 1235-3 et L. 1235-5 du code du travail, en vigueur à partir du 1er mai 2008 et jusqu'à l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, fixaient les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse :

- au montant du préjudice subi pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise ou licenciés dans une entreprise employant habituellement moins de 11 salariés ;

- au montant équivalent, au minimum, aux salaires des six derniers mois pour les autres salariés²

Ainsi, aux termes de l'article L. 1235-3 du code du travail : « Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 ».

Selon l'article L. 1235-5 du même code : « Ne sont pas applicables au licenciement d'un salarié de moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les dispositions relatives :[...]

2°/ A l'absence de cause réelle et sérieuse, prévues à l'article L. 1235-3;

3°/ Au remboursement des indemnités de chômage, prévues à l'article L. 1235-4.

Le salarié peut prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi. (...) ».

Dès la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 modifiant le code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, dont sont issues les dispositions de l'article L.1235-3, le législateur a choisi de ne pas faire de l'exigence de cause réelle et sérieuse du licenciement une condition de validité de celui-ci. La sanction de l'absence d'une telle cause n'est pas la nullité du licenciement mais l'octroi de dommages et intérêts au salarié.

L'article L. 1235-3 prévoit toutefois la faculté pour le juge de « proposer » la réintégration. Il ne s'agit pas d'une obligation pour lui et les parties peuvent refuser cette réintégration. La réintégration est, en revanche, imposée à l'employeur lorsque le licenciement est nul.

L'indemnité en cause n'est, enfin, pas « l'indemnité de licenciement » prévue par l'article L. 1234-9 du code du travail. Elle répare l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement et s'ajoute à l'indemnité de licenciement, ainsi que le prévoit expressément l'article L. 1235-3. Cette indemnité se cumule en outre avec l'indemnité

² Antérieurement, les articles L. 122-14-4 et L. 122-14-5 du code du travail alors applicables prévoyaient déjà les mêmes montants d'indemnisation

de préavis, l'indemnité compensatrice de congés payés et les éventuelles indemnités contractuelle ou conventionnelle.

Rappelons que l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement est caractérisée en matière de licenciement économique, dès lors que la cause économique et l'incidence sur l'emploi ne sont pas établis ou en cas de manquement de l'employeur à son obligation de reclassement.

S'agissant du préjudice, notre chambre avait posé comme principe que la seule constatation de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement doit entraîner la condamnation de l'employeur à réparer le préjudice subi par le salarié dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue. (Soc., 7 décembre 1995, pourvoi n° 92-42.942, Bulletin 1995 V N° 336 ; Soc., 14 mai 1998, pourvoi n° 96-42.104, Bull. 1998, V, n° 253 ;) Dès lors qu'un salarié a été licencié sans cause réelle et sérieuse, il subit nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue. (Soc., 22 février 2006, pourvoi n° 03-46.086, Bull. 2006, V, n° 79).

Ce dispositif est volontiers présenté comme donnant à l'indemnisation une triple fonction réparatrice, dissuasive et punitive (cf. Droit du Travail, précis Dalloz 2019 page 584).

Par un important arrêt du 13 avril 2016 (Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28.293, Bull. V n° 72), la chambre sociale a abandonné la notion de préjudice nécessairement subi dont il résultait que certains manquements fautifs de l'employeur étaient considérés comme source, par eux-mêmes, d'un préjudice ouvrant droit à réparation, peu important que l'existence d'un tel préjudice ne soit pas véritablement démontrée. Elle a, en conséquence, décidé que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Toutefois, par exception, la chambre sociale a décidé qu'il résulte de l'article L. 1235-5 du code du travail que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue, alors que la cour d'appel avait retenu que le salarié ne justifiait d'aucun préjudice du fait de son licenciement abusif (Soc., 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.578, Bull. 2017, V, n° 136).

Cette décision a été notamment commentée de la manière suivante :

- Droit social 2017, p.1074 L'abandon de la théorie du dommages nécessaire :
« l'exception » du licenciement sans cause réelle et sérieuse, Jean Mouly

(...) Sans doute. Il ne faut pourtant pas oublier que ces indemnités, et notamment celle de licenciement irrégulier, ont également été conçues par le législateur comme des sanctions de l'employeur qui s'est rendu coupable d'une violation de la loi. Elles comportent ainsi une double nature, à la fois indemnisation du salarié victime et sanction de l'employeur coupable. Les indemnités accordées

par le juge à l'occasion d'un licenciement remplissent donc également une fonction de peine privée (L. Gratton, Le dommage déduit de la faute, RTD civ. 2013. 275). Or l'abandon de la théorie du préjudice nécessaire conduit à ignorer purement et simplement cette dernière fonction et, à défaut de préjudice établi, à organiser une véritable « immunité » de l'employeur coupable (D. Boulmier, préc.) ; c'est alors l'effectivité même de la règle de droit qui se trouve mise à mal. On comprend donc que certains aient pu regretter l'abandon de cette théorie qui permettait de stigmatiser les comportements coupables de l'employeur dans « une logique de correction des conduites et de dissuasion » (P. Bailly, préc.).

En effet, elle affirme, de façon d'ailleurs très péremptoire, qu'« il résulte de l'article L. 1235-5 du code du travail que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue ». On ne trouve pas, dans la formule, les termes de « préjudice nécessaire », soigneusement évités par la Cour. Le résultat est cependant le même : selon la Cour, la violation par l'employeur de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse emporte par elle-même un préjudice pour le salarié, dont il appartient au juge d'assurer l'indemnisation.

Ce dernier n'a plus le pouvoir d'apprécier l'existence du préjudice subi ; il peut seulement évaluer son étendue et fixer le montant de la réparation. Ainsi, en ce qui concerne l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, la théorie du préjudice nécessaire se trouve maintenue par la cour régulatrice. Cette solution concerne, pour le moment, les hypothèses où le plancher des six mois de salaire n'est pas applicable. Avec la réforme Macron-Pénicaud qui généralise les planchers d'indemnisation, son champ d'application sera encore plus restreint, seuls les travailleurs de moins d'un an d'ancienneté dans les entreprises de moins de onze salariés étant désormais intéressés par la solution (nouv. art. L. 1235-3, al. 5). On observera également que la jurisprudence autorisant, pour les salariés relevant de l'article L. 1235-5, le cumul des indemnités de licenciement irrégulier et injustifié (Soc., 28 janv. 1998, n° 96-43.914, Bull. civ. V, n° 44) a perdu beaucoup de sa vigueur puisque, comme on l'a vu, l'octroi d'une indemnité sanctionnant les irrégularités de procédure se trouve désormais subordonné à la preuve d'un préjudice. Or, il ne sera pas aisé, pour le salarié, d'établir que la violation de la procédure de licenciement lui a causé un préjudice distinct de celui résultant de l'absence de cause réelle et sérieuse. Le plus souvent, le juge pourra donc se contenter d'accorder une seule indemnité.

Cela étant, il convient surtout de remarquer que la formule utilisée par la Cour dans l'arrêt rapporté se démarque de celles précédemment utilisées. Dans son arrêt « inaugural » du 25 septembre 1991 (Soc., 25 sept. 1991, n° 88-41.251, Dr. soc. 1991. 762, concl. G. Picca), la Cour énonçait que « la seule constatation de l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement doit entraîner la condamnation de l'employeur à réparer le préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue » (v. dans le même sens, Soc. 7 déc. 1995, n° 92-42.942, Bull. civ. V, n° 336 - Soc., 14 mai 1998, n° 96-42.104, Bull. civ. V, n° 253). Il est clair qu'une telle formule, en visant avant tout à assurer la sanction de la violation de la loi par l'employeur, se rattache à la théorie du préjudice nécessaire. La formule de l'arrêt rapporté est, au contraire, beaucoup plus prudente. Si, en suggérant que la perte injustifiée de l'emploi engendre nécessairement un préjudice à l'encontre du salarié, elle se rattache bien elle aussi à cette théorie du dommage nécessaire, elle présente néanmoins la solution retenue comme une exception à la nouvelle jurisprudence, imposée par les textes, en l'occurrence l'article L. 1235-5. En réalité, pour préserver le revirement opéré en 2016, la Cour s'abrite derrière la « doctrine » qu'avait exprimée, au lendemain de l'arrêt du 13 avril, une plume autorisée selon laquelle la théorie du préjudice nécessaire ne pourrait se maintenir qu'en présence « d'un texte ou d'une règle qui en consacrerait clairement le principe » (P. Florès, art. préc.). Était-ce bien le cas en l'espèce ? L'article L. 1235-5 impose-t-il vraiment le maintien de la théorie du préjudice nécessaire en matière de licenciement injustifié ? Il y a, en réalité, de fortes raisons d'en douter.

- On peut ajouter que la chambre sociale admet, dans certaines circonstances, que le salarié dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse peut prétendre à des dommages-intérêts réparant un préjudice distinct, en particulier en cas de comportement fautif de l'employeur dans les circonstances ou les conséquences de la rupture.

*Ainsi la chambre sociale a admis le versement d'une telle indemnité en cas de préjudice résultant de procédés vexatoires dans la mise en œuvre ou les circonstances du licenciement. A cet égard, il peut être noté que dans des arrêts anciens la chambre considérait un préjudice distinct de celui résultant du licenciement :

- Soc., 12 mars 1987, pourvoi n°84-41.002, Bull n°147

Mais attendu que la cour d'appel a retenu que les circonstances de la rupture avaient été vexatoires en raison de la brutalité du licenciement et de l'animosité de la nouvelle direction à l'égard du salarié ; qu'ayant ainsi caractérisé le comportement fautif de l'employeur, pour constater que ce comportement avait causé au salarié un préjudice distinct de celui résultant du licenciement, elle en a déduit à bon droit que celui-ci pouvait prétendre à des dommages-intérêts se cumulant avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

cf. également Soc., 13 mars 2012, pourvoi n° 10-16.802

- ou un préjudice moral distinct : Soc., 19 mars 1998, pourvoi n° 96-40.079, Bulletin 1998, V, n° 159 Sommaire Indépendamment du caractère réel et sérieux de la cause d'un licenciement prononcé à tort pour faute grave par l'employeur, les circonstances de la rupture peuvent constituer une faute ouvrant droit pour le salarié à la réparation de son préjudice moral.

Puis la chambre a considéré que le préjudice résultant de procédés vexatoires devait être distinct de celui résultant de la perte de l'emploi :

- Soc., 19 juillet 2000, pourvoi n° 98-44.025, Bull. civ. 2000, V, n° 306

Sommaire : Même lorsqu'il est prononcé en raison d'une faute grave du salarié, le licenciement peut causer au salarié en raison des circonstances vexatoires qui l'ont accompagné un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi et dont il est fondé à demander réparation.

- Soc. 27 novembre 2001, pourvoi n°99-45.163, Bull n° 360 Sommaire : Ayant rappelé que le salarié dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse peut prétendre à des dommages-intérêts distincts de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en cas de comportement fautif de l'employeur dans les circonstances de la rupture, la cour d'appel, qui a constaté que le licenciement avait été prononcé par l'employeur dans des conditions vexatoires pour le salarié et ainsi caractérisé l'existence d'un préjudice distinct de la perte de son emploi, a légalement

justifié sa décision condamnant l'employeur à payer au salarié des dommages-intérêts en plus d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

* De même, Le fait de porter à la connaissance des membres du personnel, sans motif légitime, les agissements d'un salarié nommément désigné, constitue une atteinte à la dignité de celui-ci de nature à lui causer un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi. (Soc., 25 février 2003, pourvoi n° 00-42.031, Bull. 2003, V, n° 66).

* Par ailleurs, dans un arrêt rendu le 2 mars 2011, la Cour de cassation a retenu l'existence d'un préjudice distinct dans une affaire où la détérioration de l'état de santé du salarié était imputable au comportement fautif de l'employeur (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 08-44.977) : qu'ayant constaté que le comportement fautif de l'employeur était à l'origine de la détérioration de l'état de santé et de l'inaptitude physique du salarié, la cour d'appel, qui en a déduit que le salarié avait subi un préjudice distinct de celui indemnisé au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

Également en matière de licenciement pour inaptitude notre chambre a jugé (Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-28.799, Bull. 2013, V, n° 135) :

Sommaire : L'indemnisation du préjudice résultant de la perte d'emploi du salarié, licencié pour une inaptitude médicale consécutive à un accident du travail imputable à la faute inexcusable de l'employeur, est comprise dans les dommages-intérêts alloués à ce salarié en réparation du préjudice découlant de la méconnaissance par l'employeur des dispositions de l'article L. 1226-10 du code du travail relatif à son obligation de reclassement.

Dès lors, viole l'article 1147 du code civil la cour d'appel qui, dans de telles circonstances, alloue au salarié une indemnité pour perte d'emploi distincte des dommages-intérêts qu'elle lui a déjà accordés en raison d'un licenciement intervenu en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1226-10 précité.

Il est précisé au rapport annuel à propos de cet arrêt : La chambre sociale juge, dans son second arrêt ici commenté, que la cour d'appel a ainsi méconnu le principe selon lequel la réparation du dommage ne peut excéder le montant du préjudice : dès lors que le salarié a obtenu des dommages-intérêts en raison du licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse, cette indemnisation comprend celle du préjudice lié à la perte de l'emploi, la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur étant, à cet égard, sans incidence.

Par la suite, il a été jugé que La demande d'indemnisation de la perte, même consécutive à un licenciement du salarié pour inaptitude, tant de l'emploi que des droits à la retraite, correspond en réalité à une demande de réparation des conséquences de l'accident du travail. (Soc., 6 octobre 2015, pourvoi n° 13-26.052, Bull. 2015, V, n° 187)

* En outre, la Cour de cassation a retenu le principe de l'indemnisation de la perte d'une chance :

- celle de lever des options dont le salarié était bénéficiaire, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse : Dès lors qu'un salarié n'a pu, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, lever les options sur titres ("stocks options") dont la levée était réservée aux salariés présents dans l'entreprise à la date où cette opération était possible, il subit nécessairement un préjudice qui doit être réparé.(Soc., 29 septembre 2004, pourvoi n° 02-40.027, Bull., 2004, V, n° 234)

- de la perte de chance pour le salarié de valoriser ses capitaux investis dans le plan épargne entreprise (Soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 06-40.543)

- de la perte de chance pour le salarié de percevoir un complément de pension de retraite (Soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 09-69.125)

* Il est par ailleurs rappelé, avant les ordonnances de 2017 que l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse (Soc. 20 janvier 1998, Bull. V n°20, 2 juillet 2015 n°14-16.213). Elle constitue pour le salarié une illégalité qui entraîne un préjudice pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi (sans application du barème) et qui doit être intégralement réparé selon son étendue (Soc. 23 avril 1997, Bull. V n°144, 30 mars 1999, Bull. V n°145), sans cumul possible avec une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc. 12 mars 2003, pourvoi n°98-44.682 ; Soc. 24 septembre 2008, pourvoi n°07-42.200 ; Soc. 6 avril 2016, pourvoi n°14-298.20).

◆ Depuis les ordonnances de 2017, il est fixé un montant minimum et maximum des dommages-intérêt que le juge peut accorder au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse et qui n'est pas réintégré dans l'entreprise (C. trav., art. L. 1235-3). Ils s'imposent donc au juge.

Ces planchers et ces plafonds sont des montants bruts qui varient selon l'ancienneté du collaborateur et selon que l'entreprise emploie ou non au moins 11 salariés. Ce second paramètre n'intervient toutefois qu'en dessous de 10 ans d'ancienneté s'agissant des plafonds.

À l'intérieur de ces fourchettes, c'est à la juridiction saisie qu'il appartient de fixer le montant de l'indemnité effective. Ces dommages-intérêts sont évalués conformément aux règles du droit commun en fonction du préjudice subi

Il peut être noté que pour déterminer le montant de l'indemnité en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge peut désormais tenir compte, le cas

échéant , des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, à l'exception (depuis 2018) de l'indemnité légale de licenciement. On comprend ici que, dans la limite des planchers et plafonds qu'il fixe, l'article L.1235-3 du code du travail autorise le juge à majorer ou, plus vraisemblablement, minorer le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, en prenant notamment en compte les indemnités conventionnelles ou contractuelles de licenciement.

Certains auteurs se sont étonnés de cette faculté reconnue au juge , car ce serait confondre là des indemnités qui réparent des préjudices distincts (cf. notamment Droit Social précis Dalloz 2019 page 586).

De même que le dernier alinéa de l'article L.1235-3 dispose que l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse « est cumulable, le cas échéant, avec les indemnités prévues aux articles L.1235-12, L.1235-13 et L.1235-15, dans la limites montants maximaux prévus au présent article. » Ces dernières indemnités réparent le non-respect de certaines irrégularités de la procédure en matière de licenciements économiques et la violation de la priorité de réembauche. Il peut être constaté que tout en préservant l'autonomie de ces différentes indemnités, la loi les globalise pour leur appliquer un plafond édicté pour l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

* Rappelons la décision du Conseil Constitutionnel En ce qui concerne certaines dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail dans sa rédaction résultant du 7° du paragraphe I de l'article 11 de la loi qui lui était déférée (point 83 et suivants

85. En premier lieu, aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. La faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle. Toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée. Il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs.

86. D'une part, en fixant un référentiel obligatoire pour les dommages et intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le législateur a entendu renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général.

87. D'autre part, l'indemnité ainsi encadrée a pour objet de réparer le préjudice né d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et, le cas échéant, celui né de l'absence de respect de la priorité de réembauche et de la méconnaissance des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative ou de l'obligation de mise en place d'un comité social et économique. Les montants maximaux de cette indemnité fixés par la loi varient, selon l'ancienneté du salarié, entre un et vingt mois de salaire brut. Il ressort des travaux préparatoires que ces montants ont été déterminés en fonction des « moyennes constatées » des indemnités accordées par les juridictions. Par ailleurs, conformément aux dispositions de l'article L. 1235-1 du code du travail, ces maximums ne sont pas applicables lorsque le licenciement est entaché d'une nullité résultant de la

violation d'une liberté fondamentale, de faits de harcèlement moral ou sexuel, d'un licenciement discriminatoire ou consécutif à une action en justice, d'une atteinte à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, de la dénonciation de crimes et délits, de l'exercice d'un mandat par un salarié protégé ou des protections dont bénéficient certains salariés.

88. Il résulte de ce qui précède que la dérogation au droit commun de la responsabilité pour faute, résultant des maximums prévus par les dispositions contestées, n'institue pas des restrictions disproportionnées par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi.

89. En second lieu, d'une part, le législateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité, moduler l'indemnité maximale due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'il retient, pour cette modulation, des critères présentant un lien avec le préjudice subi. Il en est ainsi du critère de l'ancienneté dans l'entreprise. D'autre part, le principe d'égalité n'imposant pas au législateur de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes, il n'était pas tenu, de fixer un barème prenant en compte l'ensemble des critères déterminant le préjudice subi par le salarié licencié. En revanche, il appartient au juge, dans les bornes de ce barème, de prendre en compte tous les éléments déterminant le préjudice subi par le salarié licencié lorsqu'il fixe le montant de l'indemnité due par l'employeur.

90. Dès lors, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi.

91. Il résulte de tout ce qui précède que les deuxième à septième alinéas de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui ne méconnaissent pas non plus la garantie des droits ni aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution

3/ Éléments d'appréciation au regard de la jurisprudence récente de la chambre relative à la responsabilité extra-contractuelle de la société mère

Par ailleurs, sans statuer expressément sur ce point, la jurisprudence de la chambre sociale relative à la responsabilité extra-contractuelle de la société mère, tiers au contrat de travail, dans la déconfiture de sa filiale, tendrait à ne pas exclure le principe de la réparation d'un préjudice distinct né de la perte de l'emploi ou de la perte d'une chance, alors même que les salariés ont été licenciés (et donc ayant bénéficié d'une indemnité légale de licenciement) :

- Soc. 8 juillet 2014, pourvoi n°13-15.573, Bull n°180 : Dans cette affaire les salariés licenciés pour motif économique à la suite de la liquidation judiciaire de la société employeur, réclamaient à l'actionnaire principal sur le fondement de l'article 1382 le paiement de dommages-intérêts pour comportement déloyal et légèreté blâmable ayant entraîné la perte de leur emploi. La cour d'appel a fait droit à leur demande.

Cet arrêt est confirmé : Ayant constaté que l'actionnaire, directement ou par l'intermédiaire d'une autre société, avait pris des décisions profitables à lui-même, mais dommageables pour l'entreprise et qui avaient aggravé la situation économique difficile de cette dernière, la cour d'appel a pu en déduire, pour allouer des dommages-intérêts

aux salariés, que ces sociétés avaient, par leur faute et légèreté blâmable, concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résultée.

Pour les salariés ayant adhéré à la convention ASFNE : (Soc., 8 juillet 2014, pourvoi n° 13-15.470, Bull. 2014, V, n° 179

Si l'adhésion des salariés à la convention d'allocations spéciales du fonds national pour l'emploi (ASFNE) prive les salariés, sauf fraude ou vice du consentement, de discuter la régularité, la légitimité ou la validité de leur licenciement, elle ne rend pas irrecevable une action en responsabilité extracontractuelle contre un tiers auquel sont imputées des fautes ayant concouru à la déconfiture de l'entreprise et, par là, à la perte de leur emploi, dès lors que ces fautes sont distinctes de celles reprochées à l'employeur relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

Viole dès lors les articles 1382 et 1383 du code civil la cour d'appel qui rejette la demande de dommages-intérêts des salariés à l'encontre de l'actionnaire de la société.

- Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 16-22.903, en cours de publication : dans cette affaire les salariés sollicitaient des dommages-intérêts pour perte d'emploi à l'égard de l'actionnaire principal du groupe détenant la société employeur, et subsidiairement des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse à l'égard de la société employeur en liquidation judiciaire. La cour d'appel avait considéré que les salariés licenciés pour motif économique étaient recevables à exercer une action en responsabilité extra-contractuelle dirigée contre un tiers auquel sont imputés des fautes ayant concouru à la déconfiture de l'entreprise et par là, à la perte des emplois dès lors que ces fautes se distinguent des manquements qui pourraient être reprochés à l'employeur en ce qui concerne le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ou de l'obligation de reclassement. La cour d'appel, après avoir retenu la faute de l'actionnaire principal dans la déconfiture de la société employeur, avait condamné celui-ci à payer aux salariés des dommages-intérêts au titre de la perte de leur emploi. Dans le même temps, la cour d'appel avait retenu des manquements de la société employeur en ce qui concerne le contenu du PSE et l'obligation de reclassement pour considérer les licenciements dépourvus de cause réelle et sérieuse, mais tout en constatant que les salariés n'avaient formé une demande de dommages-intérêts pour licenciement injustifié à l'égard de la société employeur qu'à titre subsidiaire.

Cet arrêt a été confirmé par la chambre sociale en ces termes :

Attendu, selon les arrêts attaqués (Amiens, 28 juin 2016), que la société Lee Cooper France a été placée en redressement judiciaire le 26 mars 2010 et qu'elle a fait l'objet d'un plan de cession par jugement du tribunal de commerce du 9 juillet 2010 ; qu'à la suite du prononcé de la liquidation judiciaire de la société, le licenciement économique des soixante-quatorze salariés non repris dans le cadre du plan a été notifié les 22 juillet et 19 août 2010 après la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi ; que M. A... et vingt-sept autres salariés ont saisi la juridiction prud'homale afin que soit

reconnue la qualité de coemployeur de la société Sun Capital Partners Inc. et qu'elle soit condamnée au paiement de dommages-intérêts en raison de sa responsabilité extra-contractuelle ayant conduit à la perte de leur emploi ;

Attendu que la société Sun Capital Partners Inc. fait grief aux arrêts de dire que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse, de constater que les salariés n'avaient formé de demandes indemnitaires à l'égard de la société Lee Cooper France qu'à titre subsidiaire et de la condamner à payer aux salariés des dommages-intérêts pour la perte de leur emploi, alors, selon le moyen :

1°/ que le juge a l'obligation de motiver sa décision ; qu'il doit préciser sur quels éléments de preuve il fonde ses affirmations ; qu'en l'espèce, la société Sun Capital Partners Inc. contestait détenir, directement ou indirectement, une participation au sein des sociétés du groupe Lee Cooper et soulignait qu'elle n'apparaissait pas sur les différents organigrammes du groupe Lee Cooper établis, dans le cadre de la procédure collective de la société Lee Cooper France, par l'administrateur judiciaire de cette dernière et par l'expert mandaté par le tribunal de commerce pour analyser les liens juridiques, économiques et financiers entre la société Lee Cooper France et les sociétés du groupe Lee Cooper ; qu'en se bornant à affirmer, pour retenir que la société Sun Capital Partners Inc. est au final l'actionnaire principal du groupe Lee Cooper, que la société de droit luxembourgeois Lee Cooper Group SCA, qui détient indirectement le capital de la société Lee Cooper France, « est détenue à 100 % par Sun Capital Partners Inc. », sans préciser sur quel élément de preuve elle fondait une telle affirmation, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que seule est de nature à engager la responsabilité personnelle d'un associé envers un tiers (cocontractant de la société), une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé ; qu'en l'absence de toute immixtion dans la gestion économique et sociale caractérisant une situation de coemploi, une faute simple et, a fortiori, une légèreté blâmable sont insuffisantes à engager la responsabilité délictuelle de l'actionnaire principal d'un groupe vis-à-vis des salariés d'une filiale de ce groupe ; qu'en se bornant à relever, pour condamner la société Sun Capital Partners Inc. à payer aux salariés de la société Lee Cooper France des dommages-intérêts au titre de la perte de leur emploi, que « des fautes de gestion et à tout le moins la légèreté blâmable » sont établies par les pièces du dossier, la cour d'appel n'a pas caractérisé de faute intentionnelle d'une particulière gravité, privant ainsi sa décision de base légale au regard des articles 1382 et 1842 du code civil, dans leur rédaction applicable au litige ;

3°/ que la société mère n'encourt aucune responsabilité personnelle du fait de ses filiales et que l'actionnaire principal d'une société n'est pas davantage responsable personnellement des fautes commises par cette société ; que la responsabilité délictuelle de la société mère ou de l'associé principal d'un groupe vis-à-vis des salariés de l'une des sociétés de ce groupe ne peut être engagée qu'à la condition que soit caractérisée une faute personnelle de leur part à l'origine du préjudice invoqué ; qu'en l'espèce, après avoir écarté toute immixtion de la société Sun Capital Partners Inc. dans la gestion des sociétés du groupe Lee Cooper, la cour d'appel a relevé une série d'opérations défavorables à la société Lee Cooper France passées entre cette dernière et différentes sociétés du groupe Lee Cooper, sans constater aucune participation de la société Sun Capital Partners Inc. à ces opérations ; qu'en retenant néanmoins que ces opérations caractérisaient « des fautes de gestion et à tout le moins la légèreté blâmable » de l'actionnaire principal du groupe Lee Cooper -identifié comme étant la société Sun Capital Partners Inc.- et engageaient sa responsabilité extra-contractuelle de ce dernier à l'égard des salariés, au motif inopérant que ces opérations ont été faites « dans le seul intérêt de l'actionnaire principal », sans à aucun moment caractériser la part personnelle prise par la société Sun Capital Partners Inc. dans ces opérations, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1382 et 1383 du code civil, dans leur rédaction applicable au litige ;

4°/ qu'en vertu du principe d'autonomie des personnes morales et du principe d'intangibilité des engagements des associés, la société mère ou l'actionnaire principal d'une société n'est pas tenu de

remédier aux difficultés économiques de cette société ; qu'en relevant, pour retenir la responsabilité extra-contractuelle de la société Sun Capital Partners Inc., que cette dernière n'a pris aucune disposition pour remédier aux difficultés économiques de la société Lee Cooper France que les opérations imputées à d'autres sociétés ont engendrées, la cour d'appel n'a pas davantage caractérisé de faute personnelle susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de la société Sun Capital Partners Inc., privant encore sa décision de base légale au regard des articles 1382 et 1383 du code civil, dans leur rédaction applicable au litige ;

5°/ que la société mère ou l'actionnaire principal d'un groupe dont la responsabilité extra-contractuelle est engagée vis-à-vis des salariés d'une filiale ne peut être condamné qu'à réparer le préjudice directement causé, par sa faute, à ces salariés ; que sa faute ne peut priver les licenciements de cause réelle et sérieuse et ne peut, en conséquence, justifier la condamnation de ce tiers au contrat de travail à réparer la perte injustifiée de l'emploi des salariés ; qu'en retenant, en l'espèce, que la société Sun Capital Partners Inc., dont la qualité de coemployeur était pourtant écartée, devait être condamnée, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, à payer à chaque salarié de la société Lee Cooper France des dommages et intérêts au titre de la perte de son emploi, tout en constatant que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse du fait de l'insuffisance des recherches de reclassement et, plus généralement, de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi par la société Lee Cooper France, la cour d'appel a violé les articles 1382 et 1383 du code civil, dans leur rédaction applicable au litige ;

Mais attendu que la cour d'appel, par une décision motivée, a constaté d'une part que la société Sun Capital Partners Inc. était l'actionnaire principal du groupe Lee Cooper qui détenait la société Lee Cooper France, à travers les sociétés qu'elle contrôlait ; que la cour d'appel a constaté d'autre part qu'à l'initiative de la société Sun Partners Inc. la société Lee Cooper France avait financé le groupe pour des montants hors de proportion avec ses moyens financiers, que notamment le droit d'exploiter la licence de la marque Lee Cooper avait été transféré à titre gratuit à une autre société du groupe, les redevances dues au titre du contrat de licence étaient facturées à la société Lee Cooper France, que celle-ci avait dû donner en garantie un immeuble pour un financement bancaire destiné exclusivement à une autre société du groupe et que cet immeuble avait été vendu au profit des organismes bancaires, qu'un stock important de marchandises gagées d'une société du groupe avait été vendu à la société Lee Cooper France qui s'était vue opposer le droit de rétention du créancier du groupe, que les facturations établies aux autres sociétés du groupe pour les services rendus par la société Lee Cooper France n'avaient été que très partiellement acquittées ; qu'en l'état de ces constatations dont il résultait que la société Sun Capital Partners Inc. avait pris, par l'intermédiaire des sociétés du groupe, des décisions préjudiciables dans son seul intérêt d'actionnaire, lesquelles avaient entraîné la liquidation partielle de la société Lee Cooper France, la cour d'appel a pu en déduire que la société Sun Capital Partners Inc. avait par sa faute, concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résultée ; que le moyen, inopérant en sa cinquième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Cet arrêt a été commenté de la manière suivante concernant l'indemnisation du préjudice lié à la perte d'emploi :

- La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 31-35, 2 Août 2018, 1434, Joël Grangé, Florence Aubonnet et Florence Terroux-Sfar

(...) L'arrêt Lee Cooper interpelle encore pour une autre raison au moins. En effet, retenant également une conception souple du lien de causalité, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir condamné la société à verser aux salariés des dommages et intérêts au titre de la « perte de leur emploi ». La société avait pourtant souligné que l'actionnaire principal d'un groupe dont la responsabilité

extra-contractuelle est engagée vis-à-vis des salariés ne peut être condamné qu'à réparer le préjudice directement causé par sa faute à ces salariés. Elle observait que cette faute ne pouvait priver les licenciements de cause réelle et sérieuse, et par conséquent, justifier la condamnation de ce tiers à réparer la perte injustifiée de l'emploi. Elle le contestait d'autant plus qu'en l'espèce, les licenciements étaient jugés sans cause réelle et sérieuse du fait de l'insuffisance des recherches de reclassement et plus généralement de l'insuffisance du plan.

La Cour de cassation balaie le moyen et se contente de relever que la cour d'appel avait pu déduire que la société avait, par sa faute « concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résultée ».

Cette solution soulève de nombreuses questions. On peut, en effet, à la fois s'interroger sur le lien de causalité entre la faute et le dommage, mais aussi sur la nature du préjudice devant être indemnisé. Retenir qu'il s'agit de la perte de l'emploi semble, là encore, discutable. On observe que le terrain de prédilection de l'action en responsabilité délictuelle à l'encontre d'un actionnaire est celui des licenciements notifiés dans le cadre d'une liquidation ou d'un redressement judiciaire. Cela suppose donc que l'employeur ait été reconnu en état de cessation des paiements. Considérer que la « faute » est la cause de la cessation des paiements, puis des licenciements, semble excessif, sauf à démontrer de manière certaine que, sans ladite faute, la société n'aurait jamais été en cessation des paiements ou même qu'elle n'aurait jamais connu de circonstances l'amenant à devoir mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi. En d'autres termes, il semblerait plus juste de considérer que la faute imputée au tiers a privé la société employeur d'une chance de voir sa situation économique évoluer différemment et partant, par ricochet, que les salariés ont été privés de la perte d'une chance de conserver leur emploi ou, à tout le moins, de bénéficier d'un plan de sauvegarde de l'emploi plus « généreux » que ceux généralement mis en œuvre dans le cadre de procédures collectives. On comprendrait alors, à l'instar de ce qui peut être retenu dans l'hypothèse d'une condamnation du précédent employeur pour avoir fait preuve de « légèreté » en cédant une activité à un repreneur se trouvant ensuite en cessation des paiements, qu'une somme forfaitaire soit allouée aux salariés afin d'indemniser cette perte de chance, et non la perte de leur emploi. En tout état de cause, si l'on admet, ce qui est discutable, que le préjudice devant être indemnisé est la perte de l'emploi, doit-on alors appliquer les plafonds d'indemnités désormais prévus par l'article L. 1235-3 du Code du travail ? On pourrait être tentés de le croire. En effet, si le préjudice indemnisé est la perte de l'emploi, on ne voit pas comment le juge pourrait s'en écarter au motif que la condamnation intervient au titre de la responsabilité extra-contractuelle.

La question se pose d'autant plus que le juge amené à connaître de ces litiges ne sera pas le juge prud'homal.

Faisant une stricte application de l'article L. 1411-1 du Code du travail, la Cour de cassation a, en effet, écarté dans un arrêt du 13 juin 2018 la compétence du juge prud'homal : « Mais attendu qu'ayant relevé qu'il n'existait aucun contrat de travail entre les salariés et la société Platinum Equity Advisors LLC, qu'il n'était pas soutenu l'existence d'une situation de co-emploi et que les demandes reposaient sur la responsabilité extra-contractuelle de cette société, la cour d'appel en a exactement déduit que le conseil de prud'hommes n'était pas compétent » (Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-25.873 à 16-25.883, préc.). Comme en matière de co-emploi hier, la responsabilité délictuelle des sociétés mères soulève ainsi de nombreuses interrogations qu'il appartiendra à la Cour de cassation de trancher comme elle vient de le faire s'agissant de la compétence du conseil de prud'hommes

Rappelons que dans la procédure qui nous occupe, la chambre commerciale a décidé dans son arrêt, 2 juin 2015, pourvoi n° 13-24.714, Bull. 2015, IV, n° 94 que :

Relèvent du monopole du commissaire à l'exécution du plan toutes les actions tendant à la protection et à la reconstitution du gage commun des créanciers.

Tel n'est pas le cas de l'action en responsabilité pour soutien abusif dirigée contre une banque par des salariés, licenciés en exécution du plan de cession de leur employeur, tendant à la réparation des préjudices consécutifs à la perte de leur emploi.

Cet arrêt a été commenté de la manière suivante :

- Cahiers sociaux, 01 octobre 2015 n° 278, P. 494, Recevabilité de l'action délictuelle des salariés licenciés à l'encontre d'une entreprise tierce en cas de procédure collective de l'employeur, Julien Icard

(...) La chambre commerciale confirme et précise ici la brèche au monopole de représentation de l'intérêt collectif des créanciers du commissaire à l'exécution du plan ouverte d'abord timidement et de manière assez théorique par l'assemblée plénière (Cass. Ass. plén., 9 juill. 1993, n° 8919211 : Bull. Ass. plén., n° 13 ; D. 1993. 469, concl. M. Jeol, rapp. J.P.Dumas, note F. Derrida ; RTD com. 1993. 699, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié) et ensuite formellement par la chambre sociale (Cass. soc., 14 nov. 2007, n° 0521239 : Bull. civ. V, n° 188 ; Dr. soc. 2008. 129, obs. J. Savatier ; RDT 2008. 103, obs. Y. Chagny) puisqu'elle énonce que l'action en réparation des préjudices invoqués par les salariés licenciés ne relève pas du monopole du commissaire à l'exécution du plan (...) Le commissaire à l'exécution du plan, une fois qu'il est désigné, a pour mission d'agir dans l'intérêt collectif des créanciers (C. com., art. L. 62625, al. 3). Il bénéficie dès lors d'un monopole de représentation de l'intérêt collectif des créanciers de sorte que toute action qui relèverait de ce monopole et qui serait introduite par un autre créancier, pour demander la réparation d'un préjudice qui n'est pas distinct de celui causé aux créanciers, serait irrecevable (Cass. com., 4 mars 2003, n° 9911836 : Bull. Civ. IV, n° 37). En effet, le produit de l'action conduite par le commissaire est alors réparti entre tous les créanciers de la procédure collective. Cependant, lorsque le demandeur justifie avoir subi un préjudice spécial et distinct des autres créanciers de la procédure collective, il est recevable à agir. Son action ne relève alors pas du monopole du commissaire à l'exécution du plan et le produit de son action bénéficiera à lui seul, en réparation du préjudice qu'il a subi. Or, pour déterminer ce qui relève du commun aux créanciers ou du spécial et distinct d'un créancier, la chambre commerciale se fonde sur le critère de la protection et de la reconstitution du gage commun des créanciers, qui circonscrit le rayonnement du monopole d'action du commissaire à l'exécution du plan. Ce critère fondé sur la finalité légale de défense du gage commun des créanciers permet donc d'apprécier l'intérêt collectif des créanciers, pour la défense duquel il jouit seul de la qualité pour agir. Cette position jurisprudentielle n'est d'ailleurs pas très éloignée de la position de la doctrine, qui en déduit que le monopole cesse lorsqu'il s'agit d'exercer une action dans l'intérêt d'un groupe particulier de créanciers (P.M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2015/2016, n° 611.36).

La solution revêt une importance particulière à l'heure où la chambre sociale réoriente vers la responsabilité délictuelle le contentieux de la mise en cause des sociétés mères en cas de licenciement économique au sein de l'une des filiales. En effet, par deux décisions très remarquées – et chronologiquement bien articulées – des 2 et 8 juillet 2014 (Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 1315208 : Bull. civ. V, n° 159 ; Cass. soc., juill. 2014, préc.), la Cour de cassation avait semblé faire basculer le contentieux entre les salariés d'une entreprise et un tiers du coemploi, qu'elle entendrait désormais restrictivement, à la responsabilité délictuelle. Encore, fallait-il qu'une telle action en responsabilité soit possible, ce qu'il n'allait pas nécessairement de soi lors d'une procédure collective. Or, c'est lorsque l'entreprise qui licencie se trouve dans une situation de défaillance que les salariés ont intérêt à se retourner vers celui qu'ils considèrent comme responsable de la déconfiture économique. La déclaration de principe de la recevabilité d'une telle action est en ce sens une précision importante. Il appartiendra

alors aux juges du fond d'apprécier le bienfondé de l'action. À ce titre, la Cour de cassation précise également dans cette affaire que l'allocation d'indemnités de rupture pour les salariés n'a aucune incidence sur la recevabilité de l'action. Les juges de renvoi devront dès lors se demander si le versement de telles indemnités supprime ou limite le droit à réparation et, en outre, si les salariés justifient d'un préjudice ouvrant droit à réparation et si l'octroi de crédits ruineux reproché à la banque présente un lien de causalité avec le préjudice invoqué. Plus généralement, la solution permet d'envisager à l'avenir des actions en responsabilité délictuelle contre une société mère pour des licenciements prononcés par une filiale lorsque les salariés estiment que le comportement fautif de celle-ci est à l'origine de la situation économique de celle-ci, y compris si l'employeur est sous le coup d'une procédure collective.

- La Semaine Juridique Edition Générale n° 30-35, 27 Juillet 2015, 888, Reconnaissance d'une action individuelle des salariés pour perte d'emploi dans le cadre d'une procédure collective Note sous arrêt par François Dumont

Au-delà, la position de la chambre commerciale qui admet la recevabilité de l'action en responsabilité délictuelle des salariés pour le préjudice affectant l'emploi et la jurisprudence la plus récente de la chambre sociale qui admet également une telle action (Cass. soc., 8 juill. 2014, n° 13-15.573 : JurisData n° 2014-016033 ; JCP S 2014, 1311, note G. Loiseau, 3e esp. - Et Cass. soc., 8 juill. 2014, n° 13-15.470 : JurisData n° 2014-016030 ; JCP S 2014, 1311, note G. Loiseau, 3e esp.), interpellent quant au recours à une notion aujourd'hui bien connue : le co-emploi. Celle-ci serait-elle définitivement abandonnée (J.-F. Césaro, Du co-emploi à la responsabilité civile, retour au droit civil ; E. Peskine, Le co-emploi dans l'angle mort, in Le coemploi sur la sellette : RDT 2014, p. 661. - F. Dumont, La nébuleuse du co-emploi : JCP E 2015, 1222) ? Cette mécanique, qui permet aux salariés la reconnaissance de certains de leurs préjudices et l'adjonction d'un autre débiteur que l'employeur au sens strict, s'affiche par nature sur le terrain d'un groupe de sociétés. Il faut caractériser une confusion d'intérêts, d'activité et de direction. Mais un tel fondement n'était objectivement pas adapté aux circonstances de l'espèce et à l'adresse d'un établissement de crédit qui ne pouvait revêtir la qualité de co-employeur. Il n'en demeure pas moins que la reconnaissance du co-emploi, comme celle de la responsabilité délictuelle, a pour effet d'admettre la réparation d'un préjudice lié à la perte de l'emploi. La question reste posée, dans la lignée de l'arrêt du 2 juin 2015, de l'évaluation du dommage, de son chiffrage précis, notamment quand il s'agit d'une procédure collective. L'AGS intervient dans ce cas pour le versement d'indemnités de rupture du contrat de travail. Avec la mise en jeu de la responsabilité délictuelle, si l'intérêt à agir est reconnu, si le bien-fondé de l'action ne fait aucun doute, il sera difficile d'éviter les risques d'une double indemnisation du même préjudice, celui des effets de la perte de l'emploi, et le nouveau contentieux que cela pourra engendrer

- La Semaine Juridique Social n° 30, 28 Juillet 2015, 1278 La responsabilité des tiers du fait de licenciements pour motif économique Commentaire par Grégoire Loiseau

(...)Que tirer de cela ? Le constat s'impose à la lecture de l'arrêt : la Cour de cassation ne fait pas barrage à l'action en responsabilité des salariés licenciés à l'encontre de l'établissement bancaire ayant soutenu la société employeur dont tout ou partie des salariés ont été licenciés. Mais ce constat n'annonce ni ne suggère rien d'autre. La chambre commerciale ne fait que procéder, à ce sujet, à une stricte application des règles du droit processuel, laquelle ne peut être interprétée comme un indice de crédit qui serait donné, sur le fond, à l'action ou à l'intervention des salariés qu'elle ne fait que libérer des filets procéduraux. Cela ne préjuge pas du succès de l'action qui n'est pas en l'occurrence garanti puisqu'il suppose la démonstration d'une faute, d'un préjudice ainsi que d'un lien de causalité.

La faute, dans cette perspective, est assez sûrement profilée. Si sa matérialité doit être établie au cas par cas, son génotype est connu : elle est de celles, dégagées par la jurisprudence, qu'un établissement financier peut se voir reprocher lorsque l'entreprise qu'il a assistée n'a pu surmonter ses difficultés au point de faire l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Les types de fautes les plus courantes consistent à avoir accordé un concours financier excessif, voire ruineux, ou à avoir poursuivi un financement malgré la situation désespérée de l'entreprise, ou encore, à l'inverse, à avoir rompu abusivement des concours bancaires. Néanmoins, une telle faute serait-elle établie, elle n'est que le fait générateur d'une responsabilité à laquelle il faut encore, pour faire naître une dette de réparation, deux pièces supplémentaires que sont le préjudice et le lien de causalité.

C'est sur l'un et l'autre de ces points que le montage d'une responsabilité de l'établissement de crédit se fragilise. À commencer par le lien de causalité, il est audible que l'octroi de crédit ruineux, qui constitue la faute imputée à la banque ayant financé la restructuration du groupe, a pu contribuer, voire précipiter la cessation des paiements de la filiale française et, subséquemment, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire dont le traitement a lui-même abouti à des licenciements pour motif économique. Il y a bien alors un enchaînement dans la production des circonstances. Encore faut-il s'attacher, plus précisément, à la nature des préjudices liés aux licenciements pour motif économique dont la réparation est demandée.

Il s'agissait, d'une part, de la perte pour l'avenir des rémunérations que les salariés licenciés auraient pu percevoir et, d'autre part, de l'atteinte à leur droit de voir leurs chances de retrouver un emploi « optimisées » faute d'avoir pu bénéficier de formations qualifiantes. Le premier chef de préjudice, à l'envisager lié à la perte d'emploi, peut être perçu dans un rapport de causalité avec l'octroi de crédits ruineux dans la mesure où ceux-ci ont contribué à la déconfiture de la société employeur et aux licenciements d'une partie des salariés. En revanche, il paraît difficile de dégager un lien, fût-il très distendu, entre la faute de la banque et le fait pour les salariés licenciés de n'avoir pu bénéficier de formations qualifiantes, ce qui a réduit leurs possibilités de retrouver un emploi. La perte de chance de réintégrer dans de meilleures conditions une situation d'emploi, si elle peut être la conséquence d'un plan de sauvegarde de l'emploi insuffisant qu'il comporterait pas de mesures proposant des formations qualifiantes, est totalement déconnectée de la faute de la banque ayant concouru, par l'octroi de crédits ruineux, à l'état de cessation des paiements de la société et, par un effet domino, à des compressions d'effectifs parallèlement au plan de cession partielle. Le lien, apparent entre la faute de la banque et les suppressions d'emplois, n'est plus visible entre l'octroi de crédits ruineux et les conditions dans lesquelles il a été procédé au licenciement collectif des salariés et, spécialement à ce titre, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi élaboré par l'employeur. Seul ce dernier, tenu de l'obligation de réaliser un plan de sauvegarde de l'emploi conforme aux exigences légales, peut avoir à répondre de ses insuffisances s'il ne comporte pas, en particulier, des mesures de formation et d'adaptation s'agissant de mesures obligatoires pour l'employeur au titre de l'article L. 1233-4 du Code du travail qui doivent être prévues dans le plan de sauvegarde de l'emploi en application de l'article L. 1233-57-3.

(...) Il s'y ajoute que, pour que la responsabilité puisse développer ses effets indemnitaires, il est nécessaire que la faute ait produit un préjudice qui ne doit pas avoir été auparavant réparé, selon le principe invariable de la réparation intégrale. Instinctivement, la tentation est certes grande, après avoir décelé une faute, d'en faire payer le prix à son auteur par l'octroi de dommages-intérêts. Mais le contentieux du travail n'échappe pas à la règle, même s'il s'en éloigne parfois, la chambre sociale considérant à l'occasion qu'un manquement de l'employeur cause « nécessairement » un préjudice au salarié. Cette jurisprudence contestable ne peut en tout cas concerner la responsabilité de tiers à la relation de travail lorsqu'elle est recherchée suivant les canons du droit commun : il n'y a pas de responsabilité engagée sans préjudice à indemniser.

A cet égard, les juges d'appel avaient relevé au cas d'espèce que le préjudice résultant de la rupture des contrats de travail avait déjà été réparé par l'allocation d'indemnités de rupture par une

précédente décision devenue irrévocable. Les salariés ne seraient donc pas fondés, quand bien même leur action serait recevable, à obtenir d'un autre débiteur l'indemnisation d'un chef de préjudice identique.

C'est ce que l'on retiendra en ce qui concerne le préjudice dont les salariés licenciés poursuivaient en l'occurrence la réparation, à savoir la perte pour l'avenir des rémunérations qu'ils auraient pu percevoir, encore qu'il faille remarquer que ce préjudice se présente davantage comme un gain manqué que comme une perte subie. Il ne peut être pourtant exclu, d'un point de vue plus général, qu'une analyse plus fine du préjudice puisse conduire à distinguer celui tenant à la perte d'emploi, qui est indemnisé par l'allocation de l'indemnité de licenciement, et des préjudices consécutifs à la perte d'emploi à condition que ces derniers demeurent dans un rapport de causalité, non pas seulement avec les licenciements eux-mêmes, mais avec la faute imputée à l'établissement de crédit. Autrement dit, on ne peut être certain qu'un chef de préjudice non réparé à l'occasion du règlement des effets du licenciement pour motif économique, puisse être rattaché à la faute de l'établissement de crédit ayant participé, même si elle n'en est pas la cause exclusive, à la succession de circonstances ayant abouti aux ruptures de contrats.

La menace d'action en responsabilité qui pèse sur les établissements de crédit en raison de la faute qu'ils auraient commise à l'occasion du financement d'une entreprise ayant procédé à des licenciements pour motif économique existe donc bel et bien. L'action est recevable : l'arrêt du 2 juin 2015 n'en dit pas plus, mais c'est déjà beaucoup. C'est beaucoup après que la chambre sociale a ouvert la voie, à la possibilité pour les salariés licenciés de se placer sur le terrain de la responsabilité délictuelle pour agir contre la société mère à laquelle il était reproché d'avoir pris des décisions préjudiciables pour sa filiale, aggravant la situation économique de celle-ci pour le seul profit de son actionnaire unique et contribuant de la sorte aux licenciements pour motif économique des salariés. Les juges de cassation avaient alors retenu la recevabilité d'une « action en responsabilité extracontractuelle dirigée contre un tiers auquel sont imputées des fautes ayant concouru à la déconfiture de l'entreprise et, par-là, à la perte des emplois dès lors que ces fautes se distinguent des manquements qui pourraient être reprochés à l'employeur en ce qui concerne le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ou de l'obligation de reclassement » (Cass. soc., 8 juill. 2014, n° 13-15.470 : Juris-Data n° 2014-016030 et Cass. soc., 8 juill. 2014, n° 13-15.573 : JurisData n° 2014-016033 ; JCP S 2015, 1311, note G. Loiseau, 2e et 3e esp. ; Bull. Joly 2014, p. 381, note G. Auzero ; RTD 2014, p. 672, note A. Fabre ; Cah. soc. 2014, p. 511, obs. J. Icard ; Rev. proc. coll. 2014, p. 45, note D. Jacotot ; Dr. ouvrier 2015, p. 37, note A. Mazières).

Cela soulève, en profondeur, une question : la législation organisant le licenciement prévoyant l'octroi d'une indemnité à la charge de l'employeur pour compenser la perte d'emploi, quelle place peut ou doit prendre une action en responsabilité civile contre des tiers ayant contribué par leur faute aux ruptures de contrats ? À la considérer pour son utilité ou du point de vue de la justice sociale, c'est-à-dire à la faveur des salariés pour lesquels la responsabilité peut être une source d'indemnités supplémentaires mises à la charge du tiers fautif, il ne faut pas dissimuler le risque, non maîtrisable car nul ne peut en évaluer aujourd'hui la mesure, de multiplier les débiteurs d'indemnités quand le préjudice réparable, fondamentalement, est la perte d'emploi.

Le risque est de favoriser, pour justifier des condamnations, la découverte de préjudices annexes, périphériques, fussent-ce de nanopréjudices, pour donner à la responsabilité pour faute du tiers une issue indemnitaire. Outre les inévitables effets collatéraux de telles condamnations sur les politiques de crédit des banques, déjà peu enclines à soutenir les entreprises en difficulté, ce sont les mécanismes indemnitaires du droit du licenciement qui sont mis à mal par un système parallèle d'indemnisation sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Les dérèglements peuvent être multiples : action en réparation de salariés contre le tiers fautif pour le préjudice non réparé par l'indemnité forfaitaire de licenciement ; recours de l'entreprise ayant indemnisé les salariés licenciés contre son bailleur de fonds ayant contribué par sa faute à sa cessation des paiements.

Ces perturbations prévisibles pourraient de surcroît impliquer d'autres « tiers » rendus responsables de licenciements découlant de la détérioration de la situation économique à laquelle ils ont

contribué par leur faute : après la société mère et l'établissement bancaire, pourrait venir le tour du partenaire commercial ayant rompu abusivement une relation commerciale établie avec la société employeur, précipitant sa déconfiture. Une partie du contentieux du règlement des effets du licenciement passerait ainsi sous la coupe du droit de la responsabilité civile, s'évadant des rapports employeur-salariés. On ne peut croire qu'il y ait là un progrès du droit. Le recours aux règles frustrées de la responsabilité civile est tout sauf une sophistication du régime indemnitaire des licenciements pour motif économique par l'apport d'une complémentaire indemnitaire. Il est au contraire le symptôme du désordre qui, depuis l'essai avorté du coemploi, s'est installé dans le droit du licenciement pour motif économique. De façon générale, le recours aux règles de la responsabilité civile, quand il existe par ailleurs un dispositif légal conçu pour régir certaines situations juridiques, est une tendance régressive du droit.

Répliquerait-on que, en pratique, les conditions de la responsabilité du fait de tiers pour des licenciements pour motif économique prononcés par l'employeur seront rarement réunies, le risque n'en est pas moins présent, latent et passivement nocif. On entend déjà la rumeur : tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un licenciement pour motif économique oblige celui par la faute duquel il est arrivé à en réparer les conséquences.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, la chambre devra dire si l'arrêt encourt les griefs du moyen.

5 - Orientation proposée : Formation de section 1

Nombre de projet(s) préparé(s) : deux projets