

# L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié

par Cyril WOLMARK,  
Professeur à l'Université Paris-Nanterre – IRERP

## PLAN

### I. Le registre de la justice : une réparation tronquée

- A. L'ancienneté, un critère fruste
- B. La délimitation du préjudice réparable
- C. Le principe de réparation adéquate en embuscade

### II. Le registre de l'efficacité : une dissuasion affaiblie

- A. La fonction dissuasive de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse
- B. Une atteinte à la fonction dissuasive

### III. Le registre de la morale : une punition affadie

- A. La « faute d'une exceptionnelle gravité »
- B. L'ancienneté et la faute

Dans le bureau des ministres, la moquette sert parfois à étouffer les éclats de voix. Mais de cris sous les ors de la République, rien n'indique qu'il y en ait eu. Aucune dissension, aucune fausse note. Nul ne s'offusque, personne ne démissionne. La presse relaie mollement les protestations d'une clameur lointaine, qui monte, prévisible, de là où on l'attendait, et qui, pour l'heure, ne s'est pas diffusée. C'est vrai, la mesure n'a rien d'inopiné, elle faisait partie du programme du candidat devenu Président : la réparation du licenciement injustifié fait désormais l'objet d'un plafonnement. Elle a été consacrée et organisée par l'article 2 de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017. La langue juridique, technique et froide, ferait presque oublier l'évidence, celle de l'indécence d'une pareille disposition dans le contexte économique actuel.

Le chômage, au sens du BIT, touche environ 3 millions de personnes. Parmi ces chômeurs, 1,2 million déclarent rechercher un emploi depuis au moins un an (1). Ces chiffres offrent cependant une vision optimiste de l'emploi. Le halo autour du chômage enveloppe 1,5 million de personnes supplémentaires, selon les dernières données disponibles (2). Si l'on prend les catégories de Pôle Emploi, il faut compter 3,8 millions de chômeurs et près de 6 millions de personnes inscrites en catégorie A, B, C et D (3). Parmi les chômeurs des catégories A, B, C, le nombre de demandeurs d'emploi de longue durée (en recherche d'emploi depuis plus d'un an) s'élève à 2,5 millions (4). D'autres statistiques sont tout aussi alarmantes. Chez les personnes au chômage, les risques cardio-vasculaires cérébraux et d'infarctus sont fortement augmentés (80 %), tout comme ceux de cancer et de dépression (multipliés par 2 ou 3, en fonction du sexe), selon des données assez robustes (5). Les relations familiales sont également touchées : les probabilités de divorce augmentent, la réussite scolaire des enfants diminue (-12 points pour la réussite au baccalauréat) (6). Outre la baisse de revenus qu'elle emporte, la décision de licencier est ainsi susceptible de causer des « dommages considérables » (7). Pourtant, il a bien été décidé de plafonner l'indemnisation du licenciement injustifié, comme si sa conséquence la plus fréquente – l'entrée au chômage – était bénigne. Un pareil choix politique, si visiblement déraisonnable, ne saurait surgir et s'imposer d'un coup. Il bénéficie d'abord de précédents qui l'ont préparé.

(1) Insee, *Informations rapides*, n° 131, 18 mai 2017.

(2) *Ibid.* Pour une description de ce que recouvre le halo autour du chômage, v. Insee, *Insee Références – Halo autour du chômage : emploi, chômage, revenus du travail*, 2016. Disponible sur le site de l'Insee.

(3) Les personnes relevant des catégories A, B, et C sont tenues d'accomplir des actes positifs de recherche d'emploi. Elles peuvent avoir travaillé de manière réduite (catégories B et C), mais cherchent un emploi. La catégorie D regroupe les personnes sans emploi, qui, non tenues d'accomplir des actes positifs de recherche d'emploi, ne sont pas immédiatement disponibles (demandeur d'emploi en formation, en maladie, etc.).

(4) Dares indicateurs, n° 67, septembre 2017. Disponible et actualisé sur le site de Pôle Emploi.

(5) V. CESE, *L'impact du chômage sur les personnes et leur entourage : mieux prévenir et accompagner*, coll. Les avis du Cese, mai 2016, spéc. p. 31 et s., spéc. pp. 33-36. Adde, sur l'association taux de chômage et suicide Bull. Epidémiol. Hebdo, 1-2, 6 janvier 2015.

(6) *Ibid.*, p. 37 et les études citées.

(7) *Ibid.*, p. 12.

## Une courte histoire de la disposition

L'origine du plafonnement peut être trouvée à l'article 11 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, lequel fut signé par tous les interlocuteurs sociaux à l'exception de la CGT. Cet article prévoyait que « *les parties signataires conviennent de travailler avec les pouvoirs publics à la possibilité de fixer un plafond et un plancher au montant des dommages et intérêts susceptibles d'être alloués en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse* ». Véritable nouveauté à l'époque, il ne laissait pas d'étonner les commentateurs qui ne voyaient guère « *quel motif d'intérêt général pourrait être avancé pour limiter la réparation de la perte injustifiée de son emploi par un salarié* » (8). La proposition n'a pas immédiatement abouti, mais elle a trouvé à se concrétiser, sous une forme différente, dans la loi du 14 juin 2013, qui a instauré un barème d'indemnités servant de « référence » au calcul de l'indemnité forfaitaire versée au salarié en cas d'accord mettant fin au litige durant la phase de conciliation (9). La prédétermination législative du calcul des indemnités de licenciement injustifié s'est ensuite étendue à la phase judiciaire du procès par la loi du 6 août 2015. Mais, suite à la saisine du Conseil constitutionnel (10), les fourchettes d'indemnisation prévues par l'article 266 ont été censurées. Il n'a subsisté de cette prédétermination qu'un référentiel indicatif, inséré par l'article 258 de la loi à l'article L. 1235-1, qui ne liait pas le juge saisi. Dans l'avant-projet de loi dite « Travail », le Gouvernement de l'époque revint à la charge et tenta d'introduire un « *barème contraignant* » visant à encadrer les indemnités de licenciements sans cause réelle et sérieuse. Devant les manifestations, l'article portant ce plafonnement disparut après le passage de l'avant-projet devant le Conseil d'État (11). Par la grâce de l'article 2 de l'ordonnance n° 2017-1387, le ministre de l'Économie de l'époque devenu Président,

fervent partisan de ce plafonnement et fort marri de sa défaite, prend sa revanche. Est ainsi introduit dans le Code du travail, à l'article L. 1235-2 précisément, un encadrement des montants d'indemnisation, par l'indication d'un plancher et d'un plafond, dont les niveaux respectifs dépendent de l'ancienneté du salarié. Cet encadrement est applicable aux licenciements notifiés à compter du 24 septembre 2017.

## La doctrine économique à la racine du plafonnement

La multiplication en quelques années des tentatives de maîtrise de l'indemnisation des licenciements injustifiés s'enracine dans un discours économique désormais bien rôdé et bien connu (12). Schématiquement, l'incertitude du coût de la rupture déjouerait les anticipations rationnelles des employeurs qui, dès lors, se détourneraient de l'embauche ou privilégieraient des embauches sous des statuts précaires (13). Les études empiriques ne permettent pas de valider cette hypothèse (14), et un récent sondage montre que seuls 14 % des entreprises évoquent au titre des barrières à l'embauche l'incertitude liée aux risques juridiques associés au licenciement (15). Reste que ces théories demeurent très prégnantes (16). Elles ont pour corollaire et comme soubassement une défiance à l'égard des juges, dont les décisions seraient irrationnelles et participeraient, dès lors, d'une incertitude nocive pour l'emploi (17). Ces théories ont reçu par deux fois l'onction constitutionnelle. La rue Montpensier a d'abord estimé qu'« *assurer une plus grande sécurité juridique* » et « *favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche* » (18) constituent un « *motif d'intérêt général* » justifiant le plafonnement des indemnités de licenciement. Puis, ce fut au tour de « *la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail* » de recevoir le même accueil (19).

(8) G. Auzero, « L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une « flexisécurité à la française » RDT. 2008. 152.

(9) Art. L. 1235-1, al. 1 et D. 1235-21 du Code du travail.

(10) C. Const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC.

(11) Sur le détail de cet avant-projet, v. E. Serverin, « Forfaits, minima, maxima, référentiels : les outils de la maîtrise des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », RDT 2016. 634.

(12) Pour une présentation et une critique, du côté des juristes, de ces théories, v. les travaux de G. Bargain et T. Sachs, notamment leur article commun, « La tentation du barème », RDT 2016. 251. Adde, J. Icard, « une lecture économique du projet de loi Travail », JCP G n° 16, 18 avril 2016, 455

(13) Pour une analyse approfondie des racines de cette théorie économique, O. Favereau, « Critères d'efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée », L'évaluation du droit du travail, dir. A Lyon-Caen, Volume 2, VI ; « Note critique sur le droit, l'économie et le "marché du travail" ». V. également, par les promoteurs de ces théories, P. Cahuc, « Droit

du travail et emploi : que faire ? », Dr. Soc. 2016. 336 ; J. Tirole « La théorie économique de la régulation des licenciements », Commentaire, n° 145, 2014, p. 65.

(14) V. l'impressionnante revue de littérature, dans Camille Signoretto. *Licenciements et rupture conventionnelle : analyse et évaluation empirique des comportements des employeurs*. Économie et finances. Université Panthéon-Sorbonne -Paris I, 2013, spéc., pp. 185-199.

(15) Insee, note de conjoncture, juin 2017.

(16) V. l'article paru sur le journal en ligne, *Les jours*, « Travail : Les muses qui inspirent les conseillers », 11 septembre 2017. Disponible sur [www.lesjours.fr](http://www.lesjours.fr). Sur le terrain juridique, v. CJUE, 21 décembre 2016, *Aget Iraklis*, C-201/15.

(17) V. déjà, M. Grévy, P. Henriot, « Le juge judiciaire, ce gêneur... », RDT 2013, p. 173.

(18) C. Const. 5 août 2015, n° 2015-715 DC, Dr. Soc. 2015. 1019, avec l'art. de T. Sachs « Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique ».

(19) C. Const. 7 septembre 2017, n° 2017-751 DC.

## La sémantique incertaine de la maîtrise du montant de l'indemnisation

La décision de limiter les indemnités en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse joue également sur une sémantique mal fixée. Le dossier de presse accompagnant les ordonnances évoque des « barèmes » d'indemnisation (20), alors qu'il s'agit bien de fourchettes, ou encore de bornes minimales et maximales à l'indemnisation. Le barème renvoie, en réalité, à des sommes fixées à l'avance en fonction de l'appartenance à une classe et de l'application de critères (21). Il peut être appelé référentiel lorsqu'il ne constitue qu'une suggestion, et forfait lorsque l'autorité en charge de la décision doit retenir la somme indiquée. Si l'on adopte cette terminologie, l'ordonnance n° 2017-1387 indique non des barèmes, mais de véritables fourchettes d'indemnisation.

## L'inscription du plafonnement dans un projet de sape du CDI

Ces fourchettes ou bornes d'indemnisation constituent enfin l'une des pièces maîtresses d'un programme plus vaste de torpillage du CDI. Plus précisément, les ordonnances abritent une patiente, mais méthodique, entreprise de brouillage des frontières entre les contrats à durée déterminée et les contrats à durée indéterminée. D'un côté, la durée des contrats à durée déterminée est désormais aux mains des interlocuteurs sociaux, qui peuvent, par accord collectif, multiplier les renouvellements et allonger la période durant laquelle un salarié se trouve lié par ce type de contrat (22). En somme, la durée du CDD s'étire. De l'autre, la promesse de stabilité de l'emploi que le CDI charrie vacille sous le coup de nombreuses dispositions : qualification avantageuse (pour l'employeur) de la rupture dans le cadre des nouveaux accords conclus pour « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer

l'emploi » (23), réduction de la portée de certaines irrégularités de motivation ou de procédure (24), restriction du recours au juge pour obtenir l'indemnisation du licenciement (25). Le contrat de chantier ou d'opération constitue le dernier symptôme de cette entreprise de sape du CDI (26). On reconnaîtra, là encore, les marques du discours économique fustigeant les avantages dont bénéficieraient les insiders, avantages dont le maintien créerait une situation dégradée chez les outsiders (27).

De la conjonction de ces différents facteurs est né l'encadrement de l'indemnité versée en cas de licenciement injustifié. Pareil encadrement, dont on vient de tracer schématiquement l'histoire, les sous-basements et le projet, mérite un examen juridique attentif, parce qu'il brouille les fonctions de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse sur les trois registres qu'une indemnisation peut couvrir (28). Dans le registre de la justice – de la justice corrective, précisément, permettant à chacun de voir son préjudice compensé – c'est la fonction réparatrice qui est malmenée (I). Dans le registre de l'efficacité – de la règle et non de l'efficacité économique – auquel il est possible de rattacher la fonction dissuasive de l'indemnisation, l'ordonnance n° 2017-1387 marque un véritable recul (II) (29). Enfin, sur le terrain moral auquel on peut rattacher la répression de la faute de l'auteur, la fonction punitive de l'indemnisation n'est pas davantage assurée (III). Cette triple investigation offrira, on l'espère, une meilleure compréhension de la loi et ainsi la possibilité d'une utilisation optimale des ressources qui peuvent être mobilisées pour « crever le plafond ».

(20) Très exactement « un barème de dommages et intérêts impératifs qui donne sécurité et visibilité sur les contentieux potentiels » (p. 8)

(21) O. Leclerc, « Introduction », in I. Sayn (dir.), *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2014, p. 117.

(22) Art. 22, 23 et 24 (délai de carence) de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. Des dispositions similaires ont été prises en matière de contrat de travail temporaire.

(23) Art. 3, ordonnance n° 2017-1385 (futur article L. 2254-2 du Code du travail).

(24) Insuffisance de motivation de la lettre de licenciement et non respect de la procédure conventionnelle de licenciement : art. 4 de l'ordonnance n° 2017-1387 (art. L. 1235-2 nouveau).

(25) Outre le plafonnement des indemnités et la réduction de certains planchers, il faut citer, au titre des principales mesures rendant moins attractif ou plus difficile le recours au juge, la réduction du délai de prescription, porté à 12 mois (art. 6 de l'ordonnance

n° 2017-1387, art. L. 1235-7 nouveau) et la condamnation de la jurisprudence sur le grief contaminant (art. 4 de l'ordonnance n° 2017-1387, art. L. 1235-2-1 nouveau).

(26) Ordonnance n° 2017-1387, art. 30 et 31 (art. L. 1223-8, L. 1223-9 et L. 1236-8 nouveau).

(27) V. dans une version grand public, J. Tirole, *Économie du bien commun* [sic], Puf, 2016. Chez l'auteur, les termes insiders/outsideurs sont plus souvent utilisés pour qualifier les dirigeants et entrepreneurs/investisseurs.

(28) V. sur les fonctions de la réparation, C. Grare, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2005 ; C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2011 ; E. Jeanmaire, *La réparation du préjudice en droit du travail*, Thèse 2016, Université de Nancy, dir. F. Géa.

(29) J. Mouly, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le comité européen des droits sociaux », Dr. Soc. 2017. 745.

## I. Le registre de la justice : une réparation tronquée

À côté de la sécurisation des décisions de l'employeur, un argument a surgi dans le discours gouvernemental pour justifier la limitation de l'indemnité : le plafond assurerait « une plus grande équité [...] pour les salariés » (30). Déjà, l'étude d'impact insistait, ne craignant pas d'utiliser la mauvaise foi, sur les prétendues inégalités entre salariés devant les juridictions : « Il ressort d'une étude menée par le ministère de la Justice en mai 2015 que les montants de dommages et intérêts au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse allaient de 500 € à 310.000 €, soit un rapport de 1 à 620 » (31).

L'argument de l'égalité est, il est vrai, souvent mentionné au soutien des barèmes, mais il est simultanément mis en relation avec le risque d'uniformisation des décisions (32). Il existe, en effet, une tension inhérente aux barèmes et, dans une moindre mesure, aux plafonds entre standardisation de la décision, notamment judiciaire – favorisant l'égalité, au moins formelle – et individualisation de cette même décision – potentiellement porteuse d'une rupture d'égalité. Cette tension ne s'apaise que dans la mesure où la construction du barème distingue, sur la base de critères adéquats, des classes suffisamment fines pour permettre un ajustement du montant de la réparation aux différentes situations (33). La construction et le choix des critères sont généralement l'objet de toutes les attentions (34). Tel n'est cependant pas le cas du plafonnement introduit par l'ordonnance n° 2017-1387 : le niveau de l'indemnité maximale croît simplement en fonction de l'ancienneté. Bien que fruste (A), ce critère constitue l'outil de fixation de la limitation du préjudice réparable, limitation dont il faut précisément prendre la mesure (B), et que pourrait remettre en cause le principe d'une réparation adéquate (C).

### A. L'ancienneté, un critère fruste

Dans le cadre des fourchettes introduites par l'ordonnance n° 2017-1387, l'ajustement permettant de concilier standardisation et égalité pourrait s'effectuer à travers l'existence d'une marge d'appréciation accordée au juge, qui reste compétent pour moduler l'indemnisation entre le plancher et le plafond. Mais cette marge s'inscrit dans la construction, grossière, des classes du tableau, fondée uniquement sur l'ancienneté.

Il est vrai que le Conseil constitutionnel a considéré que l'ancienneté, à la différence de la taille de l'entreprise, présente un lien avec le préjudice subi par le salarié à la suite d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (35). Cette affirmation est néanmoins fort contestable. Nombreux et divers sont les auteurs qui ont relevé l'inadéquation du critère de l'ancienneté avec l'évaluation du préjudice subi par le salarié (36). Le rapport ainsi établi entre ancienneté et préjudice du salarié paraît également bien tenu dès lors que le regard se porte sur les données statistiques établies par Pôle Emploi. Ces données montrent que si la durée d'inscription moyenne à Pôle Emploi est de 353 jours, de fortes disparités existent tenant à d'autres facteurs, qui ne sont pas nécessairement corrélés à l'ancienneté (37). Tout d'abord, les femmes connaissent une durée de chômage supérieure de 40 jours à celle des hommes. Ensuite, les personnes de plus de 50 ans restent en moyenne 671 jours au chômage, alors que celles de moins de 25 ans ne connaissent une durée de chômage que de « seulement » 196 jours. En croisant les données de l'âge et du sexe, on obtient le spectre suivant : la durée moyenne de chômage des hommes de moins de 25 ans est de 189 jours, alors que celle des femmes de plus de 50 ans est de quasiment 2 ans. La qualification, en revanche, joue un rôle fluctuant en fonction

(30) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-387.

(31) Étude d'impact du projet de loi d'habilitation, 27 juin 2017, p. 36 et p. 54 (<http://www.assemblee-nationale.fr/15/projets/pl0004-ei.asp>).

(32) Le barème présente de surcroît l'intérêt, pour ses partisans, d'assurer une plus grande rapidité et une rationalisation du travail judiciaire. V. I. Sayn, « Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice », *Le droit mis en barèmes ?*, préc. p. 1, spéc., pp. 13 et s.

(33) O. Leclerc, préc.

(34) V. par exemple les lignes directrices publiées par la commission européenne en matière de sanctions financières dans le domaine du droit de la concurrence citées par H. Bouthinon-Dumas et F. Marty.

(35) C. Const, 5 août 2015, n° 2015-715 DC, préc. cons. 152. C. Const. 7 septembre 2017, préc.

(36) G. Bargain, T. Sachs, préc. ; A. Lyon-Caen, « Plafond », RDT 2015. 489 ; J. Grangé, « La fixation des plafonds d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse », JCP S, n° 30-34, 2017, act. 233. Voir également les exemples cités par M.-L. Morin, « Derrière le pragmatisme des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux au travail », Dr. Ouv. 2017. 590, spéc., p. 597 ; D. Métin, « Ordonnance : promotion sur les licenciements injustifiés ! », *Actualités du droit*, disponible sur le site wk-rh.

(37) Données issues de « La durée de chômage au 4<sup>ème</sup> trimestre 2016 » (Statistiques et Indicateurs n° 17.010), mars 2017, disponible sur le site de Pôle Emploi. V. également, T. Amossé, C. Perraudin, H. Petit, « Mobilité et segmentation du marché du travail : quel parcours professionnel après avoir perdu ou quitté son emploi ? » *Économie et statistique*, n° 450, 2011, p. 79 (sur des cohortes de chômeurs datant de 2003).

de la conjoncture (38). Des études un peu anciennes montraient également la forte sensibilité de la durée du chômage aux contraintes spatiales (39). Le préjudice lié à la durée du chômage dépend donc d'autres éléments que l'ancienneté (40), qui ne constitue pas un critère pertinent de détermination du préjudice maximal.

La situation des travailleurs les plus fragiles – ceux dont « la distance à l'emploi » sera la plus grande au chômage – n'entre donc pas en ligne de compte dans les règles de fixation du plafond. À ancienneté égale, la limitation de l'indemnisation n'affecte pas aussi lourdement les un.e.s et les autres. Dans une manière d'oxymore politique déjà bien connu, l'équité est indifférente aux inégalités, voire les accroît (41). Le masque de la vertu du plafonnement tombe vite. Pourtant, l'inspiration en la matière n'était pas difficile à trouver pour ce Gouvernement. L'article L. 1235-1 du Code du travail, dans sa version issue de la loi dite *Macron* du 6 août 2015, invitait le pouvoir exécutif à construire le référentiel d'indemnité en fonction de « l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi ». En définitive, le choix du critère n'est pas guidé par une évaluation *a priori* du préjudice (42). Il est clairement orienté vers un seul objectif, la calculabilité du coût du licenciement injustifié grâce à l'utilisation d'un critère rudimentaire, autorisant l'inscription de la provision correspondante dans les écritures comptables. En raison de son caractère grossier et inadapté, ce critère, qui limite le préjudice réparable, ne saurait permettre de déterminer une réparation adéquate (43).

## B. La délimitation du préjudice réparable

En vertu de l'article L. 1235-2 nouveau, l'indemnité que le juge peut prononcer en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ne peut pas dépasser un montant maximal. Ce maximum varie entre 1 et 20 mois de salaire brut et dépend de l'ancienneté du salarié. Pour le moment, la détermination du salaire

brut à retenir comme base de calcul ne paraît pas fixée. Elle pourrait suivre celle imposée pour le calcul de l'indemnité de licenciement (C. trav. art. R. 1234-4). Ce plafond constitue une limite de la somme versée tant au titre du licenciement injustifié qu'au titre du non-respect de l'obligation de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'administration (art. L. 1235-12) (44), du non-respect de l'obligation de réembauche (L. 1235-13) ou de l'absence de mise en place d'un comité social et économique (L. 1235-15). En revanche, il est clair que les indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture ne sont pas comprises dans le plafonnement, puisque les juges peuvent en « tenir compte » pour fixer l'indemnisation du licenciement injustifié (art. L. 1235-4, al. 4). Cette précision implique que ce sont deux indemnités différentes qui se cumulent, même si le juge peut prendre en considération l'importance de la première pour modérer le montant de la seconde. Ces dispositions ne dessinent que de manière périphérique le préjudice soumis à plafonnement. Or, la détermination de ce que recouvre l'indemnité plafonnée est bien évidemment cruciale. En effet, la première technique pour contourner le plafond consiste à limiter les chefs de préjudice qu'il couvre et ainsi de laisser prospérer les demandes pour des préjudices distincts. Aussi convient-il de disséquer l'indemnité allouée sur le fondement de l'article L. 1235-3 (45).

L'indemnité couvre tous les préjudices nés de la perte d'emploi. Sont ainsi indemnisés la perte financière subie par le salarié en raison de sa mise au chômage, la privation des gains qu'il pouvait attendre de son maintien dans l'entreprise (46), le préjudice moral subi par le salarié licencié, ainsi que des préjudices supplémentaires liés à des circonstances particulières consécutives à la perte d'emploi (47), telle que l'impossibilité de bénéficier d'un taux d'emprunt avantageux en raison de la perte d'emploi (48). Un arrêt récent rappelle cette conception large du préjudice réparé par l'indemnité versée au titre du licenciement injustifié (ou nul). Dans cette affaire,

(38) La durée de chômage des cadres depuis 5 ans varie entre 328 et 458 jours, celle des employés entre 326 et 463, les courbes se croisant (tableau 3 de « La durée du chômage au 4<sup>ème</sup> trimestre 2016 », préc.). V. toutefois pour un lien fait entre durée du chômage et appariement des qualifications, Y. Lhorty, F. Sari, « Why are there so many long-term unemployed in Paris », Working papers, TEPP, n°2015-1. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.tepp-repec.eu/RePEc/files/teppwp/TEPP-wp-15-01-yl-fs.pdf>.

(39) V. K. Bouabdallah, S. Cavaco, et J.-Y. Lesueur. « Recherche d'emploi, contraintes spatiales et durée de chômage : une analyse microéconométrique », *Revue d'économie politique*, vol. 112, n° 1, 2002, p. 137.

(40) V. J. Gautié, *Le chômage*, Repères, 2015, pp. 6 et s.

(41) Rapp. E. Serverin, préc., qui montre que les salariés les plus touchés par les plafonds sont les salariés âgés.

(42) Si une rationalisation de la logique réparatrice devait être effectuée, elle aurait pu se traduire par la mise en place d'une nomenclature des préjudices associés à des critères pertinents.

(43) Voir *infra* C.

(44) Dont il appartient au salarié de prouver qu'il lui a causé un préjudice : Cass. Soc. 1<sup>er</sup> juin 2017, n°16-16001.

(45) V. la contribution à cette question de M. Keller, « La réparation du préjudice né de la perte d'emploi », *Dr. Ouv.* 1996. 264.

(46) V. par exemple Cass. Soc. 16 janvier 2008, n°06-40.543 : indemnisation de la perte de chance de valoriser ses capitaux investis dans le PEE.

(47) M. Keller, préc.

(48) Cass. Soc. 30 mars 2011, n°09-69.515.

la Chambre sociale a cassé la décision d'une Cour d'appel ayant accordé à des salariés des dommages-intérêts réparant le préjudice qui résultait de la privation des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi. Pour la Cour de cassation, cette indemnisation spécifique était déjà couverte par l'indemnité versée sur le fondement des articles L.1235-10 et L.1235-11 réparant intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement (49).

Par conséquent, seuls les préjudices véritablement distincts de ceux résultant de la rupture échappent au plafonnement de l'indemnité. La jurisprudence est clairsemée, mais elle livre quelques lignes de force. Constituent un préjudice distinct les préjudices nés de la mauvaise exécution des obligations issues du contrat de travail, tels le non-respect de l'obligation de veiller au maintien de la capacité à occuper un emploi, prévue par l'article L.6321-1 du Code du travail (50), ou encore la violation de l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, laquelle peut être soulevée dès lors que le salarié n'a pas été mis en mesure d'exécuter ses propres obligations (51). Bien évidemment, l'abus du droit de rompre continue à donner lieu à une réparation autonome qui se cumule avec celle prévue pour le caractère injustifié du licenciement (52). L'abus peut être lié aux circonstances vexatoires, brutales (53), attentatoires à la dignité (54) de la rupture. De manière proche, un préjudice d'anxiété lié à la crainte d'être licencié pourrait être envisagé dans certaines situations (55). Enfin le non-respect d'une obligation spéciale de prévention semble pouvoir se cumuler avec les indemnités liées

à la réalisation du risque qu'il s'agissait de prévenir et donc de la rupture subséquente (56). Dans le domaine du licenciement économique, le non-respect des règles relatives à l'ordre des licenciements, qui n'est pas sanctionné par un licenciement sans cause réelle et sérieuse (57), devrait faire l'objet d'une indemnisation distincte, non comprise dans le plafond.

En somme, la réparation, véritable « *mille-feuilles* » (58), ne saurait être corsetée dans les limites d'une fourchette, fourchette qui, du reste, par son impérativité et son exhaustivité, prête le flanc à de sérieuses critiques. D'une part, elle semble clairement violer le principe de réparation adéquate qui impose, selon le Comité européen des droits sociaux, que les hypothèses de préjudice spécifique puissent être prises en compte (59). D'autre part, elle pourrait bien être en contradiction avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de laquelle il paraît résulter qu'en présence d'une faute de l'auteur, la limitation de la réparation ne peut s'étendre à la totalité des préjudices subis par la victime (60). Cette tendance de la jurisprudence constitutionnelle rejoint, du reste, les enseignements que l'on peut tirer du droit de la responsabilité civile (61). Exception faite des plafonds applicables à certaines hypothèses particulièrement graves (accident nucléaire (62), pollution maritime par hydrocarbures (63)), les plafonds légaux ne s'appliquent qu'à une partie des préjudices liés au dommage (64). Le plafonnement du licenciement sans cause réelle et sérieuse constitue donc une scorie, à tout le moins une singularité, dans le droit de la responsabilité civile (65). Il convient alors d'envisager

(49) Cass. Soc. 14 septembre 2017, n° 16-11.563, Publié. Toutefois, la Cour de cassation vise également le principe de réparation intégrale. Aussi, pourrait-on déceler dans ce visa la possibilité d'une plus grande souplesse sur la distinction des préjudices lorsque le principe de la réparation intégrale n'est pas respecté, à l'instar des fourchettes d'indemnisation prévues par l'ordonnance n° 2017-1387.

(50) Cass. Soc. 23 octobre 2007, BC V n° 171 : « un préjudice distinct de celui résultant de sa rupture » ; Cass. Soc. 7 mai 2014, n° 13-14.749 (peu important que le licenciement ait été prononcé pour un motif économique ou pour un motif personnel).

(51) Cass. Soc. 19 octobre 2010, n° 09-42.225.

(52) Dans le même sens, A. Fabre, « Loi *Macron* : le plafond de l'indemnisation des licenciements injustifiés contraire au principe d'égalité », *Constitutions* 2015. 421.

(53) Cass. Soc. 1<sup>er</sup> avril 1998, n° 96-40.146 : interdiction d'accès au bureau, fouille du bureau et de documents personnels, mise à pied verbale.

(54) Cass. Soc. 3 juin 1998, portant atteinte à la dignité et à la notoriété du salarié, et de nature à l'humilier auprès de son entourage (Cah. Soc. Barreau Paris 1998, S 280, n° 103).

(55) V. déjà en ce sens M. Keller, « Les principes de la responsabilité du droit civil de la réparation de l'entier préjudice appliqués aux rapports de travail », *Dr. Ouv.* 2011. 234, spéc. p. 244.

(56) Cass. Soc. 17 mai 2017, n° 15-19.300, Publié.

(57) Cass. Soc. 14 janvier 1997, *GADT*, n° 113.

(58) E. Serverin, « Trois définitions pour introduire une réflexion sur la réparation intégrale », *Dr. Ouv.* 2011. 226, spéc., p. 230.

(59) CEDS, 8 septembre 2016, récl. 106/2014, pt. 49 et 53. V. *infra*.

(60) C. const. 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, cons. 14 à 18. C. const. 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, cons. 11. Voir déjà C. const. 23 juillet 1998, déc. n° 98-403 DC, mais la solution était également commandée par la conception stricte du principe d'égalité devant les charges publiques.

(61) V. les exemples donnés par G. Viney et alii, préc., n° 505 et s. Adde, art. 4 et 16 du règlement 2004/261 relatif au transport aérien.

(62) Art. L. 597-1 et s. du Code de l'environnement et L. 5122-1 et s. du Code des transports.

(63) Art. L. 5122-25 du Code des transports.

(64) Par convention, on retiendra ici que le dommage est l'événement conduisant à la naissance de préjudices. Ainsi, dans un accident de voiture, le dommage est constitué par l'accident, et les préjudices consistent dans les lésions patrimoniales et extrapatrimoniales en résultant. Rapp. art. 1235 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile.

(65) Exception faite de l'hypothèse particulière de l'indemnité versée au défendeur en cas de pourvoi abusif. Le plafonnement impératif de l'indemnité a vocation à couvrir l'intégralité du préjudice résultant du dommage (indemnité plafonnée à 10.000 euros depuis le décret du 7 mai 2017. V. art. 628 CPC).

sérieusement l'incidence du principe de réparation adéquate sur la limitation du préjudice réparable.

### C. Le principe de réparation adéquate en embuscade

L'exigence d'une réparation adéquate en cas de licenciement injustifié résulte tant des termes de l'article 24 de la Charte sociale européenne (66) que de ceux, proches, de l'article 10 de la convention 158 de l'OIT (67). L'invocabilité horizontale du premier instrument devant les juridictions judiciaires n'est pas garantie (68). En revanche, la convention 158 de l'OIT est directement invocable dans les litiges entre particuliers devant les juridictions judiciaires.

Jean Mouly a montré que le principe de réparation adéquate, interprété par le Comité européen des droits sociaux (CEDS) dans une décision du 8 septembre 2016 (69), fragilise fortement le dispositif français de plafonnement des indemnités (70). En effet, le CEDS a estimé que la législation finlandaise établissant un plafond d'indemnités prud'homales à 24 mois de salaires, soit davantage que le plus haut plafond prévu par l'ordonnance, viole l'article 24 de la Charte. Selon le CEDS, « *le plafonnement de l'indemnisation prévu par la loi relative au contrat de travail peut laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvre pas le préjudice subi* » (71). Dès lors, la réparation n'est pas adéquate. L'indemnité plafonnée peut, en effet, ne pas suffire pour compenser les pertes et le préjudice subis.

Le droit interne ne reconnaît pas expressément de principe similaire ayant une valeur supra-législative.

Effectivement, le principe de réparation intégrale du préjudice, s'il constitue un principe du droit de la responsabilité civile (72), n'a pas valeur constitutionnelle (73). Toutefois, selon le Conseil constitutionnel, l'aménagement des conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée doit répondre à un motif d'intérêt général, et surtout ne pas porter une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs (74). L'exclusion des plafonds en cas de « *faute d'une exceptionnelle gravité* » de l'employeur (licenciement attentatoire aux libertés fondamentales, au principe de non-discrimination ou consécutif à un harcèlement) constitue la manière dont le Gouvernement entend se prémunir contre le grief de disproportion. Toutefois, le niveau des plafonds, en tant que tel, est susceptible de conduire à des atteintes disproportionnées au droit des victimes, car il ne permet pas de prendre en compte des situations particulières (75). Dans cette perspective, il faut noter que les plafonds introduits par l'ordonnance n°2017-1387 se situent autour des moyennes constatées par une étude de la Chancellerie de mai 2015 (76). Cela signifie que les situations dans lesquelles des magistrats ont décidé d'allouer des indemnités élevées feront l'objet d'un « *écrêtage* ». À n'en pas douter, ce sont les salariés âgés, en situation familiale difficile ou ayant subi un préjudice particulier (77), licenciés de manière injustifiée dans des grandes entreprises (78) qui seront pénalisés (79). En l'absence de toute prévision de circonstances spécifiques permettant au juge d'écarter le plafonnement, il ne paraît pas excessif d'affirmer que, dans ces hypothèses, les

(66) « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître : [...] le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée* ».

(67) « *Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente Convention arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée* ».

(68) V. les interrogations nées de l'arrêt Cass. Soc. 14 avril 2010, n° 09-60.426, BC V n° 100 ; RDT 2010. 276, rapp. J.-M. Béraud ; *ibid.* 374, obs. J.-F. Akandji-Kombé.

(69) CEDS, 8 septembre 2016, récl. 106/2014.

(70) J. Mouly, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux », Dr. Soc. 2017. 745.

(71) Pt. 53.

(72) V. dernièrement Cass. Com. 12 juillet 2017, n° 15-18.688.

(73) G. Viney, et alii, préc., n° 504 ; P. Deumier, O. Gout, « La constitutionnalisation de la responsabilité civile », Cahiers du Conseil constitutionnel, mars 2011, n° 31 ; A. Fabre, « Loi Macron :

le plafond des l'indemnisation des licenciements injustifiés contraire au principe d'égalité », Constitutions 2015. 421. Le principe n'est pas davantage consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme, V. F. Marchadier, « La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », RTD Civ. 2009. 245.

(74) V. en dernier lieu, C. const. 7 septembre 2017, n° 2017-751 DC, pt. 32 (décision relative à la loi d'habilitation). Au risque de confondre réparation et sanction, le juge constitutionnel estime l'atteinte disproportionnée lorsque l'importance de la faute n'est pas prise en compte, O. Gout, P. Deumier, préc.

(75) En faveur d'une possibilité d'écarter les plafonds en cas de circonstances exceptionnelles, L. Pécaut Rivolier, obs. sous « La réforme de la rupture du contrat de travail », J. Icard, Les Cahiers sociaux, 2015, n° 78, p. 544.

(76) Préc.

(77) V. les exemples donnés par D. Métin, préc.

(78) Sur le lien entre le type d'entreprise et l'indemnisation, v. T. Kirat. « Les indemnités prud'homales en pratique : étude de 83 jugements de conseils de prud'hommes », *The conversation*, 27 avril 2016, disponible sur le site [www.theconversation.com](http://www.theconversation.com) ; v. aussi, du même auteur, « Les procès économiques des Conseils de prud'hommes », Dr. Ouv. 2017. 655.

(79) Voir également T. Pasquier, « Le préjudice à la croisée des chemins », RDT 2015. 741, n° 16.

salariés subissent une atteinte disproportionnée à leurs droits, selon la terminologie du Conseil constitutionnel, ou encore ne reçoivent pas une indemnisation adéquate, selon le vocabulaire du droit européen ou international.

Dès lors, il nous semble que deux voies s'ouvrent pour que le principe de réparation adéquate soit respecté. La première conduit à une intervention du Conseil constitutionnel, qui, par une réserve d'interprétation ou une annulation, pourrait sanctionner de manière générale l'atteinte disproportionnée aux droits des salariés qu'est susceptible de porter

le plafonnement. La seconde mène à écarter, en fonction des circonstances de l'espèce, le montant maximal de l'indemnité lorsqu'il heurte le principe de réparation intégrale consacré par les articles 24 de la Charte sociale européenne et 10 de la convention 158 de l'OIT.

Quelle que soit la voie retenue, la justice correctrice ne pourra être assurée qu'à la condition que soit véritablement consacré un principe de réparation adéquate, lequel joue également un rôle dans la fonction de dissuasion que doit remplir l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

## II. Le registre de l'efficacité : une dissuasion affaiblie

Que l'indemnité versée au salarié en cas de licenciement injustifié doive jouer un rôle dissuasif, personne n'en disconvient. Ce rôle s'est enrichi et ne se résume plus à la présence de plafonds d'indemnisation (A). Il est toutefois remis en cause par le dispositif mis en place par l'ordonnance n° 2017-1387 (B). Ce faisant, un coin est enfoncé dans l'efficacité de l'objet des normes portées par les articles L. 1232-1 et L. 1233-2, en vertu desquels tout licenciement doit être justifié par une cause réelle et sérieuse.

### A. La fonction dissuasive de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse

L'indemnité versée au salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse remplit une fonction dissuasive. La remarque est ancienne, elle date de l'introduction même de cette indemnité en 1973, et était corrélée à l'instauration d'un plancher d'indemnisation (80). Cette fonction dissuasive a même été reconnue par le Conseil constitutionnel dans une décision du 13 octobre 2016 (81). Il importe de rappeler en quelques lignes le raisonnement du Conseil, qui déclare conforme à la Constitution l'article L. 1235-5 dans sa version alors en vigueur. L'article prévoyait que l'indemnité minimale équivalente aux 6 derniers mois de salaires versée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ne s'applique ni aux entreprises de moins de 11 salariés, ni aux salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté. Pour le Conseil, cet article ne méconnaît pas l'égalité entre les petites entreprises et les autres entreprises.

En effet, si dans les entreprises de plus de 10 salariés, le plancher d'indemnisation a pour objet d'éviter les licenciements injustifiés, dans les entreprises de moins de 11 salariés, l'indemnisation due au salarié calculée en fonction du préjudice subi « *apparaît en elle-même suffisamment dissuasive* ». Deux enseignements complémentaires peuvent être tirés de ces considérants. Premier enseignement : le calcul de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse a bien pour objet d'éviter que les entreprises procèdent à un licenciement injustifié. Second enseignement : un lien est fait entre la réparation intégrale du préjudice et la fonction dissuasive de la règle, fonction qui ne résulte donc pas uniquement de la fixation d'un plancher d'indemnisation. De la décision du CEDS du 8 juin 2016 (82), il ressort également que la dissuasion fait partie intégrante du droit à réparation des salariés en cas de licenciement injustifié. Le comité estime ainsi que « *les mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient [...] des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime* » (83). À la différence d'autres disciplines, où le caractère dissuasif de la réparation s'incarne dans un dépassement du principe de réparation intégrale (84), la dissuasion en droit du licenciement passe notamment par un strict respect de ce principe. Dès lors, le plafonnement généralisé introduit par l'ordonnance n° 2017-387 heurte sans contester l'objectif de dissuasion porté par les règles sanctionnant le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

(80) V. p.ex. M.C. Bonnetête, G. Lyon-Caen, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973, Dr. Soc. 1973. 493 ; J. Pélissier, *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey, 2<sup>ème</sup> édition, 1980, p. 325.

(81) C. Const. n° 2016-582 QPC, pt. 9, Dr. Soc. 2016. 1055, obs. J. Mouly.

(82) Préc.

(83) Pt. 45.

(84) V. notamment C. Sintez, préc., n° 196 et. s.



## B. Une atteinte à la fonction dissuasive

L'atteinte portée à la fonction dissuasive par l'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié se découvre tant à travers l'examen des plafonds qu'à l'étude des planchers d'indemnisation. Lorsque l'on examine les plafonds, deux considérations marquent clairement l'effacement de la vertu dissuasive de l'indemnité versée en cas de licenciement injustifié. D'une part, en rendant prévisible le coût du licenciement abusif, les plafonds perdent en efficacité dissuasive (85). D'autre part, les montants des plafonds sont peu élevés (86), et leur fixation ne dépend pas des avantages que l'employeur a pu retirer du licenciement (87). Ils ne sont pas davantage corrélés à la santé ou à la surface financière de l'entreprise (88). Pour le dire autrement, le prix de la violation de la loi est assez bas (89). Le plafonnement ne semble donc plus du tout avoir pour objectif de dissuader les employeurs de licencier leurs salariés illégalement.

Si le regard se porte, cette fois non sur le plafond, mais sur les montants des planchers prévus par le nouvel article L. 1235-3, la volonté de ne plus dissuader les licenciements sans cause réelle et sérieuse se confirme sans nul doute. Certes, tous ces licenciements font désormais l'objet d'une indemnisation minimale, ce qui n'était pas le cas auparavant (90). Mais le niveau de cette dernière reste faible, voire dérisoire. Ainsi en est-il du plancher variant de quinze jours à un mois de salaire applicable dans les entreprises de moins de 11 salariés pour les salariés n'ayant pas encore atteint 5 ans d'ancienneté, ou encore du plancher d'un mois applicable aux salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté dans les entre-

prises de plus de 10 salariés. Rares sont les juridictions qui, après avoir constaté l'absence de caractère réel et sérieux du licenciement, accorderaient moins d'un mois de salaire. Ces planchers ne font pas peser une véritable contrainte sur la décision du juge. Ils paraissent davantage refléter le minimum lié à toute condamnation, d'autant que la Cour de cassation a jugé que le préjudice consécutif à un licenciement sans cause réelle et sérieuse cause nécessairement un préjudice au salarié (91). Plus généralement, ces montants s'approchent, bien souvent (92), de ceux correspondant à l'indemnité légale de licenciement justifié (indemnité dont le juge peut, du reste, tenir compte dans sa décision), qui n'a jamais été présentée comme une mesure dissuasive.

Poursuivant dans la même direction, l'ordonnance a abaissé les planchers équivalents à 12 mois de salaires, ceux applicables en matière de licenciement pour motif économique nul (art. L. 1235-11) et pour non-respect des règles relatives aux accidents du travail et aux maladies professionnelles (art. L. 1226-15), pour les porter à un montant de 6 mois de salaires. De toutes parts, les éléments s'accumulent pour conclure que l'objectif du système mis en place ne réside pas dans la dissuasion de la commission de l'acte illégal.

Ni dissuasif, ni correctif, le régime des fourchettes d'indemnisation ne peut-il être au moins rapporté à la fonction punitive de la réparation ? Il ne s'agirait alors pas de dissuader de prononcer un licenciement injustifié, ni d'en réparer les conséquences, mais de sanctionner l'employeur en considération de la faute qu'il a commise. La responsabilité prend alors une coloration morale.

## III. Le registre de la morale : une punition affadie

Rien dans le nouvel article L. 1235-3 ne laisse, *a priori*, entendre que la faute de l'employeur intervient dans l'évaluation de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Pour autant, la fonction punitive n'est pas absente du système d'indemnisation mis en place. Elle s'affiche dans la

« *faute d'une exceptionnelle gravité* ». Celle-ci écarte tout plafonnement de la réparation du préjudice subi par le salarié qui a été licencié de manière injustifiée (A). Elle se dévoile aussi derrière le critère de l'ancienneté, qui n'est pas sans lien avec la commission d'une faute par l'employeur (B).

(85) G. Bargain, T. Sachs, préc. ; H. Bouthinon-Dumas, F. Marty, « Les barèmes des sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de la concurrence », *Le droit mis en barèmes préc.*, p. 131, spéc., p. 145.

(86) *V. supra*.

(87) Rapp. dans d'autres domaines, H. Bouthinon-Dumas, F. Marty, « Les barèmes des sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de la concurrence », in *Le droit mis en barèmes préc.*, p. 131, spéc., p. 135 ; R. Mesa, « La restitution des profits illicites comme sanction des atteintes illégales au patrimoine d'autrui », *Dr. Patr.*, juin 2015, p. 28.

(88) En ce sens, G. Bargain, T. Sachs, préc.

(89) *V.* le titre éloquent de l'article de D. Métin, « Ordonnance : promotion sur les licenciements injustifiés ! », *Actualités du droit*, préc.

(90) Art. L. 1235-5 ancien.

(91) Cass. Soc. 13 septembre 2017, n° 16-13.578, Publié.

(92) L'égalité est parfaite pour les salariés ayant 2, 4, 6, 8, 10 ans d'ancienneté dans les entreprises de moins de 11 salariés.

## A. La « faute d'une exceptionnelle gravité »

L'article 3 de la loi d'habilitation du 15 septembre 2017 excluait de l'application du « référentiel obligatoire » les « licenciements entachés par une faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, notamment par des actes de harcèlement ou de discrimination ». L'article L. 1235-3-1 consacre et précise cette habilitation : les licenciements intervenus en violation du principe de non-discrimination, portant atteinte à un statut protecteur, à une liberté fondamentale ou consécutif à un harcèlement ne sont pas soumis au plafond d'indemnisation. Dans ces hypothèses, le plancher est porté à 6 mois de salaires, ce qui constituait déjà le droit commun de l'action en nullité. Exception au plafond, le champ de la « faute d'une exceptionnelle gravité » doit être arpenté (1.) pour que celle-ci soit mieux discutée (2.).

### 1. Le champ de l'exception

Toutes les hypothèses de nullité sont concernées par le déplaçonnement, à l'exception de celle résultant de l'annulation ou de l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi. Celle-ci est donc soumise aux fourchettes d'indemnisation, ce qui crée une zone d'incertitude, notamment lorsque le licenciement a été prononcé à l'encontre de salariés ayant entre 2 et 6 ans d'ancienneté. Pour ces derniers, le plancher de 6 mois prévu par l'article L. 1235-10 se situe au-dessus du plafond fixé par l'article L. 1235-3. En application de l'adage selon lequel la règle spéciale déroge à la règle générale, l'indemnité devrait nécessairement être égale à 6 mois de salaire. Sans que le législateur ne l'ait véritablement indiqué, la fourchette se fait ici forfait (93).

Surtout, l'ordonnance va susciter un contentieux important portant sur ce que recouvre le spectre des libertés fondamentales au sens de l'article L. 1235-3-1. Le droit de grève, l'action en justice, la liberté religieuse, la liberté syndicale, le droit au respect de sa vie privée ou la liberté d'expression (94) constituent, sans nul doute, de telles libertés (95). En revanche, le droit de se vêtir à sa guise (96) ou celui de faire usage d'un titre ou d'un grade sur le lieu de

travail (97) n'en constituent vraisemblablement pas. Le non-respect de l'obligation de recherche d'un reclassement pourrait constituer la violation du droit à l'emploi (98), le Conseil constitutionnel ayant décidé que la première découlait du second (99). Toutefois, la Cour de cassation se trouve réticente à admettre l'invocation du droit à l'emploi dans les rapports entre particuliers. Elle a ainsi estimé, dans une décision promise à la plus grande publicité, que « le droit à l'emploi ne constitue pas une liberté fondamentale qui justifierait la poursuite du contrat de travail au-delà du terme de la mission de travail temporaire en cas d'action en requalification en contrat à durée indéterminée » (100). Au-delà de la solution d'espèce, l'attendu envoie un signal net et négatif à ceux qui tenteraient d'invoquer le droit à l'emploi dans le cadre de l'article L. 1235-3-1.

Les difficultés d'interprétation ne se cantonnent pas à la définition des libertés fondamentales. Elles portent également sur les types de rupture du contrat de travail qui échappent à l'application du plafond. Le déplaçonnement est expressément prévu pour les hypothèses de licenciement nul. Mais le texte est muet sur les prises d'actes ou les résolutions judiciaires qui produisent les effets d'un tel licenciement. Plus encore, l'article L. 1235-3-2 paraît soumettre, de manière générale, les prises d'acte et les résolutions judiciaires du contrat de travail à la fourchette d'indemnisation. Cette interprétation littérale est, au demeurant, confortée par le fait que les prises d'acte consécutives à l'action en justice en matière de discrimination ou d'égalité entre femmes et hommes sont, quant à elles, expressément écartées du plafonnement, laissant entendre que les autres hypothèses ne devraient pas bénéficier du même privilège (101). Il est possible, néanmoins, de construire, à partir de ces articles, une argumentation *a fortiori* (et non plus *a contrario*) et considérer que toutes les prises d'acte produisant les effets d'un licenciement nul sont soumises aux dispositions de l'article L. 1235-3-1. En ce sens, la Direction Générale du Travail assure à ceux qui l'interrogent que la prise d'acte justifiée par des actes d'une particulière gravité, tels que des agissements de harcèlement ou de discrimination,

(93) Ce faisant, la compétence du juge des référés devrait s'imposer. Il n'y a pas de contestation sérieuse dans ces cas de figure, ni sur la source du préjudice, ni sur le montant de la réparation.

(94) La liberté d'expression permet de couvrir les situations de lanceurs d'alerte non expressément visées par l'article L. 1235-3-1. Sur ce problème, v. J. Januelle, « Les lanceurs d'alerte et le plafonnement des indemnités prud'homales », Dalloz Actualité, 5 septembre 2017, disponible sur le site dalloz.fr.

(95) Même si l'usage du terme droits et libertés fondamentaux aurait pu éviter quelque discussion sur la nature des prérogatives.

(96) Cass. Soc. 28 mai 2003, Dr. Soc. 2004. 132, n. P. Lokiec.

(97) Cass. Soc. 24 avril 2013, n° 12-12.411, BC V n° 106.

(98) En ce sens également, A. Lyon-Caen, « Complexité du barème », RDT 2016. 65.

(99) C. Const. 13 janvier 2005, n° 2004-509 DC.

(100) Cass. Soc. 21 septembre 2017 n° 16-20.270, Publié (PBRI).

(101) Voir les art. L. 1134-4 et L. 1144-3 du Code de travail.

est exclue du champ d'application des fourchettes d'indemnisation (102). La solution en matière de discrimination et de harcèlement discriminatoire est, au demeurant, commandée par le droit de l'Union européenne, qui impose que les agissements discriminatoires fassent l'objet de sanctions effectives et dissuasives (103), ce qui fait obstacle à tout plafonnement (104).

## 2. Une exception trop étroite

Un trait d'identité est ainsi tracé entre certains motifs, l'importance de la faute et le déplafonnement de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ce qui fraye la voie à deux séries de critiques.

Tout d'abord, l'article L. 1235-3-1 vise des situations dans lesquelles il est porté atteinte à des droits ou libertés du salarié particulièrement importants, et pour lesquels on considère la faute commise par l'employeur comme nécessairement grave. Mais, des fautes graves ou inexcusables existent sans qu'un droit ou une liberté fondamentale, au sens classique soit en jeu. Bien souvent, néanmoins, la gravité de la faute de l'employeur sera susceptible d'être rattachée à un droit fondamental. Que l'on songe au licenciement d'un salarié qui revendiquerait le paiement de ses salaires, de ses heures supplémentaires... et dont le licenciement est ainsi prononcé en violation du droit d'ester en justice, ou du droit d'expression. Que l'on songe encore aux licenciements prononcés sans que l'employeur n'ait pris en compte les conséquences par trop dommageables de sa décision, dont il sera aisé de démontrer qu'il porte atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale.

Ensuite, le standard de la faute d'une exceptionnelle gravité semble bien plus strict que la conception de la faute retenue par le Conseil constitutionnel et par le législateur pour déplafonner la réparation d'un préjudice en matière civile. Les hypothèses d'exclusion du barème ou du plafond

légal en cas de faute, même ordinaire, sont assez nombreuses (105). On trouve trace de ce mécanisme aux articles 1953 et 1954 du Code civil relatifs à la responsabilité des aubergistes et hôteliers en cas de vol ou de détérioration des effets de leurs clients. La résurgence de la réparation intégrale du préjudice en cas de faute se retrouve aussi dans le domaine des troubles anormaux de voisinage. Lorsque l'activité antérieure à l'installation de la victime a été créée et se poursuit dans le respect des dispositions législatives ou réglementaires (106), le droit à réparation, normalement paralysé, est rétabli si l'action est fondée sur la faute (107). En matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, la victime peut, en cas de faute inexcusable de l'employeur, demander réparation des préjudices prévus par le Code de la Sécurité sociale non couverts par la rente ou le capital (108), ainsi que des postes de préjudice non prévus par le Code de la Sécurité sociale (109). La possibilité, en cas de faute du responsable, d'écarter le plafond ou le barème institué légalement constitue, du côté du Conseil constitutionnel, la condition de la limitation légale du préjudice réparable (110). À n'envisager que la « *faute d'une exceptionnelle gravité* », le dispositif pourrait donc encourir la censure du Conseil constitutionnel.

La faute de l'employeur ne joue pas uniquement pour échapper au plafond ; elle intervient également au cœur du mécanisme mis en place, par l'intermédiaire du critère de l'ancienneté.

## B. L'ancienneté et la faute

La prise en compte de la faute affleure à la surface même de l'article L. 1235-3. En effet, la technique du plafond chiffré évoque immédiatement les peines maximales du droit pénal. Or, la fixation du quantum de ces peines a partie liée avec la considération de la gravité de la faute commise par l'auteur de l'infraction (111). Ainsi, en droit pénal, la peine encourue augmente avec la faute, tandis qu'en droit du travail l'indemnisation maximale augmente avec

(102) V. en ce sens, Bull. mensuel octobre 2017, Dictionnaire Permanent social, p. 77.

(103) Directive 2000/78/CE, art. 17.

(104) En ce sens également, A. Lyon-Caen, « Complexité du barème », RDT 2016. 65.

(105) Lorsque, même en cas de faute, une limitation générale de responsabilité est instaurée, celle-ci est parfois laissée à l'appréciation du juge. Ainsi, l'article L. 651-2 du Code de commerce autorise la limitation du montant de la réparation en cas d'action en insuffisance d'actif introduite à l'encontre du dirigeant. Mais l'existence et l'ampleur de la limitation sont déterminées par le juge. V. sur cette disposition, C. Const. 26 septembre 2014, QPC 2014-415 : la limitation répond à l'« *objectif d'intérêt général de favoriser la création et le développement des entreprises* ».

(106) Art. L. 112-16 du CCH.

(107) C. Const., 8 avril 2011, n° 2011-116 QPC.

(108) Art. L. 452-3 du CSS.

(109) C. Const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC.

(110) V. P. Deumier, O. Gout, préc., n° 31 ; G. Canivet, « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile », Mélanges Viney, LGDJ, 2008, p. 213. V. du reste en ce sens, C. Const. 7 septembre 2017, déc. n° 2017-751 DC, pt. 32.

(111) V. P. Poncela, *Droit de la peine*, PUF, 1995.

l'ancienneté. L'ancienneté, unique critère utilisé pour déterminer la hauteur du plafond, et donc la peine maximale, pourrait donc être comprise comme un signe de la prise en compte de la faute de l'employeur dans l'indemnisation. C'est alors en considération de la fonction punitive de l'indemnisation qu'une des significations de ce critère, mal ajusté à la réparation du préjudice (112), peut se révéler.

Dans cette perspective, l'usage de l'ancienneté par le législateur comme unique variable de fixation du plafond traduirait une idée communément répandue. Comme le suggèrent les analyses de l'indemnité légale de licenciement, il est d'autant plus condamnable de licencier illégalement un salarié que celui-ci a été fidèle à l'entreprise (113), que son investissement dans l'entreprise a été long (114), qu'il peut légitimement croire à son maintien dans l'entreprise (115). En ce sens, le quantum de la réparation n'est pas limité par le biais d'une évaluation ou d'une projection des conséquences économiques négatives que l'acte illégal risque d'emporter, mais davantage par la faute commise par l'employeur, dont l'importance croît avec l'ancienneté du salarié. L'importance de la faute de l'employeur devient la mesure ultime du préjudice réparable (116). Dans l'évaluation de la réparation de son préjudice, les intérêts lésés du salarié s'effacent derrière la faute commise par son employeur.

Mais quitte à mettre en avant le caractère fautif du licenciement sans cause réelle et sérieuse, il aurait mieux fallu prendre en compte directement la conscience de l'auteur de commettre une telle violation. Pour ce faire, il aurait suffi de puiser dans le droit civil ou même le droit de la Sécurité sociale qui connaissent ainsi de multiples gradations de faute (lourde, inexcusable, intentionnelle). Indexée sur un critère indirect –l'ancienneté –, la fonction punitive de l'indemnisation ne paraît donc même pas correctement assurée. À cela, il faut ajouter que la faiblesse des plafonds, déjà relevée, laisse davantage penser que, pour certains employeurs, l'indemnité à verser en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse fera davantage figure de réprimande que de punition. On ne peut s'empêcher de voir, derrière cette punition allégée de l'employeur qui a prononcé un licenciement sans cause réelle et sérieuse, des relents de

paternalisme, dans lequel se sont toujours mêlés un moralisme accommodé aux intérêts des employeurs et le dédain à l'égard des droits des travailleurs.

Irrigué par une morale contestable, éloigné des considérations de justice, inefficace au regard du droit à la réparation, le dispositif mis en place par l'article de l'ordonnance n° 2017-1387 et accueilli aux articles L. 1235-3 et L. 1235-3-1 du Code du travail, mérite assurément d'être combattu. Les ressources du droit sont nombreuses pour réussir à « crever le plafond », et l'on a tenté d'en faire ici la recension. Mais l'essentiel ne doit pas être oublié. Le plafonnement, bas et indexé sur l'ancienneté du salarié, de l'indemnité due en cas de licenciement injustifié dilue une partie centrale du droit du travail. Il conduit à remettre en cause le principe posé en 1973 d'un licenciement causé. La rupture du contrat de travail redevient, sinon libre, du moins calculable. Le droit à un licenciement justifié et l'horizon de la stabilité de l'emploi s'effacent derrière la « *prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture d'un contrat de travail* », érigé par le Conseil constitutionnel en motif d'intérêt général (117).

Plus profondément, c'est même l'effectivité des règles du droit du travail qui chancèle, car de l'attractivité de la contestation de la rupture dépend la revendication de nombreux droits par le salarié. J.-J. Dupeyroux aurait dit que « *le droit du travail est une toupie dont la pointe n'est autre que la rupture du contrat* » (118). *Aujourd'hui, la pointe est tellement émoussée que la toupie vacille*. Il ne manque qu'un léger souffle pour qu'elle tombe définitivement.

**Cyril Wolmark**

(112) V. *supra*.

(113) Rapp. J. Savatier, « Réflexions sur les indemnités de licenciement », Dr. Soc. 1989. 125.

(114) Rapp. J. Icard, « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », JCP S 2014. 393.

(115) Rapp. C. Wolmark, « Réparer la perte d'emploi – À propos des indemnités de licenciement », Dr. Ouv. 2015. 450.

(116) V. également A. Lyon-Caen, « Plafond », RDT 2015. 489.

(117) C. Const, 7 septembre 2017, préc., cons. 33.

(118) Propos rapporté par G. Couturier, *in Droit du travail, Relations individuelles*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 1996, n° 107.

## Annexe

**Tableau de l'indemnité due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (article L. 1235-3 du Code du travail)**

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet	1
1	1	2
2	3	3,5
3	3	4
4	3	5
5	3	6
6	3	7
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5
14	3	12
15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

**Montant du plancher applicable dans les entreprises employant habituellement moins de 11 salariés**

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet
1	0,5
2	0,5
3	1
4	1
5	1,5
6	1,5
7	2
8	2
9	2,5
10	2,5