

**DISCRIMINATION** Indemnisation suite à la nullité du licenciement – Discrimination fondée sur l'âge – Atteinte à une liberté fondamentale consacrée par le bloc de constitutionnalité (non) – Déduction des revenus de remplacement perçus par le salarié (oui).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 15 novembre 2017

M. B. c. Allianz (p. n° 16-14.281 P+B)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 20 janvier 2016) rendu sur renvoi après cassation (Soc., 25 septembre 2013, n° 12-17.569), que M. B. a été engagé à compter du 1<sup>er</sup> juin 1998, par la société AGF IART, aux droits de laquelle se trouve la société Allianz, en qualité de responsable des achats informatiques et télécoms, selon contrat de travail à durée indéterminée ; qu'il a été convoqué le 30 avril 2008 à un entretien préalable à un éventuel licenciement et a reçu notification de son licenciement pour cause réelle et sérieuse, le 13 juin 2008 ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal du salarié :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de condamner l'employeur à lui payer la totalité des salaires ou des sommes non perçues entre la date du licenciement et la réintégration, déduction faite des revenus tirés d'une autre activité professionnelle ou des ressources perçues d'un organisme social alors, selon le moyen, que tout licenciement prononcé à l'égard d'un salarié en raison son âge est nul ; que, dès lors qu'il caractérise une atteinte au principe de non-discrimination dans le travail, garanti par la Constitution, le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, peu important qu'il ait ou non reçu des salaires ou un revenu de remplacement pendant cette période ; qu'en décidant le contraire au motif inopérant que l'article 6, paragraphe 1, de la Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, indique que « les Etats membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires », la cour d'appel a violé l'article 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et les articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail, ensemble l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, l'article 2 de

la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 10 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne et les articles 1 à 3 de la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 ;

Mais attendu que le principe de non-discrimination en raison de l'âge ne constitue pas une liberté fondamentale consacrée par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ni par la Constitution du 4 octobre 1958 qui justifierait, en cas de nullité du licenciement prononcé en violation de cette prohibition, la non-déduction des revenus de remplacement perçus par le salarié entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration ; que c'est dès lors à bon droit que la cour d'appel a jugé qu'il y avait lieu de déduire de l'indemnité qu'elle allouait les revenus de remplacement perçus par le salarié ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

(M. Frouin, prés. - SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, av.)

**Note.**

Par un arrêt publié du 15 novembre 2017, la Cour de cassation poursuit l'édification d'une hiérarchisation des motifs de discrimination visés par l'article L. 1132-1 du Code du travail.

En l'espèce, un salarié soutenait que son licenciement était nul, car notifié en raison de son âge. Il obtient gain de cause auprès de la Cour d'appel de Paris, saisie sur renvoi après cassation (1). Celle-ci condamne alors l'employeur à verser au salarié la rémunération due depuis son licenciement jusqu'à sa réintégration, déduction faite, toutefois, des revenus de remplacement tirés d'une autre activité professionnelle ou servis par les organismes sociaux pendant cette période. Elle déduit, en effet, de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (2), que « la discrimination

*discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ».*

(1) Cass. Soc. 25 septembre 2013, n° 12-17.569 ; v. n. M. Peyronnet, « Le principe de non-discrimination en raison de l'âge n'est pas une liberté fondamentale », Dalloz actualité, 24 novembre 2017.

(2) Ce texte indique : « Les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une

tenant à l'âge permet la déductibilité des revenus de remplacement ». Le salarié se pourvoit en cassation en soutenant que le principe de non-discrimination dans le travail a une valeur constitutionnelle et que l'âge fait partie des motifs de discrimination identifiés par les traités ratifiés par la France, les directives européennes et les lois, ce qui rend cette déduction illicite.

### Logique de réparation du préjudice contre logique de restitution

Le litige soulevait une question de fond récurrente. En effet, la déduction des revenus de remplacement relève d'une logique indemnitaire de réparation du préjudice réellement subi par le salarié, exclusive de toute sanction à l'encontre de l'employeur. À l'opposé, la non-déduction relève d'une logique de restitution qui concrétise la remise en état *a priori* exigée par l'annulation de l'acte litigieux : l'indemnité forfaitaire versée au salarié présente alors les deux dimensions de réparation et de sanction de la violation d'une règle d'une importance particulière (3). Les questions posées étaient donc les suivantes : dans l'hypothèse où un licenciement fondé sur un motif discriminatoire en raison de l'âge est annulé, faut-il se placer dans une logique indemnitaire ou dans une logique de restitution (4), et sur quel fondement ?

La Haute juridiction tranche en faveur d'une logique indemnitaire : c'est à bon droit que la Cour d'appel a procédé à la déduction litigieuse, nous dit-elle. Mais s'agissant du fondement juridique invoqué, elle écarte le raisonnement de la Cour d'appel et retient celui du demandeur au pourvoi en ce qu'il fait dépendre la solution du litige de la protection constitutionnelle du droit bafoué : la Cour précise que la non-déduction des revenus de remplacement serait justifiée dans l'hypothèse d'un licenciement prononcé en violation d'une liberté fondamentale consacrée par le préambule de

la Constitution du 27 octobre 1946 ou par la Constitution du 4 octobre 1958. Elle écarte, cependant, les prétentions du demandeur en décidant que « le principe de non-discrimination en raison de l'âge ne constitue pas une liberté fondamentale consacrée par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ni par la Constitution du 4 octobre 1958 ».

La Cour poursuit donc ici la démarche qu'elle avait inaugurée avec un arrêt du 2 février 2006 (5), aux termes duquel les salariés licenciés pour faits de grève se voyaient attribuer une indemnité d'un montant égal aux salaires correspondant à la période d'éviction illicite de l'entreprise, peu important qu'ils aient perçu des revenus de remplacement pendant cette période. La nouveauté de l'arrêt ne résidait cependant pas tant dans la solution retenue, qui se situait dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure relative au licenciement prononcé en violation d'un statut protecteur (6), mais dans sa motivation, qui, pour la première fois dans ce type de problématique, mobilisait le bloc de constitutionnalité et plus précisément le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

### Quelle ligne de partage ?

Cette démarche visait probablement à préciser la ligne de partage esquissée par la jurisprudence antérieure entre les hypothèses de nullité déjà évoquées, résultant de la violation d'un statut protecteur, et qui appelaient une réparation forfaitaire, et celles qui relevaient d'une logique indemnitaire (7). Elle était vraisemblablement indispensable à l'heure du développement des motifs de nullité résultant de la mise en place des dispositifs de lutte contre les discriminations (8). Cependant, l'on pouvait légitimement craindre que le critère de partage choisi ne soulève plus de difficultés qu'il n'en résoud, en l'absence d'outils conceptuels robustes permettant

(3) Le licenciement du salarié protégé illustre parfaitement les deux logiques : le licenciement prononcé en l'absence d'autorisation administrative est indemnisé forfaitairement (Cass. Soc. 25 novembre 1997, n°94-43.651 ; Cass. Soc. 10 octobre 2006, n°04-47.623) ; le licenciement prononcé en vertu d'une autorisation administrative accordée, mais ultérieurement annulée suite à un recours du salarié, l'est sur la base du préjudice réel (Cass. Soc. 28 octobre 2003, n°01-40.762 ; Cass. Soc. 29 septembre 2014, n°13-15.733).

(4) On relève cependant qu'aucune des deux logiques n'assure une réparation complète. Ainsi, le préjudice subi par les organismes sociaux, tiers lésés, n'est que très partiellement réparé : en effet, l'article L. 1235-4 institue un plafond pour les remboursements à l'assurance-chômage et, en sus, l'ambiguïté persiste quant à la nature des sommes allouées au salarié, et donc à leur soumission à cotisations sociales. Il s'en suit que la réparation du préjudice subi par le salarié en matière de salaire différé n'est pas assurée non plus. Sur ce sujet, v. not. Cass. Soc. 25 janvier 2006, n°04-40.789, RDT 2006, p. 41, obs. M. Grévy ; Cass. Soc. 2 juin 2010, n°08-43.277, RDT 2010, p. 592, obs. M. Grévy ; Cass. Soc. 14 décembre 2016, n°14-21.325, n°425.2010, obs. H. Tissandier.

(5) Cass. Soc. 2 février 2006, n°03-47.481, RDT 2006. 42, obs. O. Leclerc, JCP S 2006, act. 63, obs. S. Miara, Sem. Soc. Lamy n°1250, p. 10, obs. F. V., JS Lamy 2006, n°185, p. 18, obs. M.-C. Haller.

(6) Cass. Soc. 10 juillet 1990, n°87-44.981, n°87-44.982 et n°86-43.699 ; Cass. Soc. 25 novembre 1997, n°94-43.651 (représentants du personnel) ; Cass. Soc. 12 juin 2001, n°99-41.695 (conseiller prud'homme) ; Cass. Soc. 25 janvier 2006, n°04-40.789 (demandeur d'élections professionnelles) ; Cass. Soc. 10 avril 1991, n°89-42.751, Cass. Soc. 10 novembre 1993, n°89-42.302 (salariée en état de grossesse).

(7) Cass. Soc. 3 juillet 2003, n°01-44.522, n°01-44.717 et n°01-44.718 (licenciement annulé pour insuffisance de plan social) ; Cass. Soc. 28 octobre 2003, n°01-40.762 (licenciement annulé suite à l'annulation définitive de l'autorisation administrative requise).

(8) La période 2001-2008 est celle de la transposition en droit interne des directives 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes, sans distinction de race ou d'origine ethnique, et 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

de distinguer une liberté fondamentale protégée par la Constitution d'une liberté fondamentale qui ne l'est pas. La Haute juridiction s'est néanmoins employée, dans les années suivantes, à opérer cette distinction.

Elle a ainsi jugé, sans surprise, que le salarié licencié en raison de ses activités syndicales, donc en violation de l'article 6 du Préambule de la Constitution de 1946 (9), pouvait prétendre à une indemnisation forfaitaire (10). Elle a également admis, de manière moins attendue, qu'il en était de même du salarié licencié en raison de son état de santé (11) : en l'espèce, elle a considéré, usant pleinement de ses facultés d'interprétation, qu'un tel licenciement constituait une atteinte au droit à la protection de la santé énoncé par l'article 11 du Préambule de la constitution de 1946 (12). L'arrêt ici commenté tranche avec cette heureuse décision par son refus de mobiliser les vastes ressources des textes invoqués par le demandeur, et son repli sur une lecture strictement littérale de deux éléments, et deux seulement, du bloc de constitutionnalité, le Préambule de 1946 et la Constitution de 1958. Cette rigidité, qui apparaît en décalage avec les normes sociales actuelles, se retrouve également dans d'autres arrêts postérieurs à 2006 où, sans trancher aussi clairement la question, la Cour avalise une logique indemnitaire : ainsi dans des cas de harcèlement moral (13), de dénonciation d'un tel harcèlement (14) et, plus grave encore, dans des cas de licenciement d'une salariée en état de grossesse (15), rompant, dans ce dernier cas, avec une tradition jurisprudentielle plus protectrice de la maternité (16).

### La multiplication des motifs de discrimination peut s'avérer défavorable au salarié

On ne peut bien entendu que se réjouir de la sanctuarisation des droits du salarié licencié pour faits de grève, en raison de son activité syndicale ou de son état de santé, et on ne peut qu'approuver les efforts

de clarification engagés par la Haute juridiction. Il reste néanmoins que sa démarche actuelle inquiète : en dotant d'une aura constitutionnelle une hiérarchie des motifs de discrimination, établie au fil des pourvois selon une méthodologie particulièrement instable, ne risque-t-elle pas non seulement d'inscrire dans la durée des reculs sociaux contestables, mais aussi d'affaiblir encore un dispositif de lutte contre les discriminations qui souffre déjà d'un manque de lisibilité et de cohérence (17) ? La multiplication des motifs de discrimination recensés par l'article L. 1132-1 du Code du travail risque, en tous cas, de s'avérer particulièrement contre-productive dans ce contexte : alors que la prohibition des discriminations indirectes en raison de l'origine, qui renvoie à l'article 1 de la Constitution de 1958 (18), pouvait appréhender les discriminations en raison du patronyme, du lieu de résidence, de la domiciliation bancaire et de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, l'explicitation de ces motifs singuliers de discrimination directe les expose désormais à un traitement défavorable.

Dans ce contexte, il convient de rappeler que le Conseil constitutionnel reconnaît à tout justiciable le droit de contester, via une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), la constitutionnalité d'une interprétation jurisprudentielle de la Cour de cassation (19). Ce recours reste donc ouvert aux jeunes et aux vieux travailleurs qui souhaiteraient faire valoir la protection que la Nation s'est engagée à leur assurer, notamment dans l'article 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

**Laurence Malegat,**  
Défenseur syndicale

(9) « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ».

(10) Cass. Soc. 2 juin 2010, n° 08-43.277 et n° 08-43.369, obs. M. Grévy, déjà cité.

(11) Cass. Soc. 11 juillet 2012, n° 10-15.905 ; Cass. Soc. 29 mai 2013, n° 11-28.734.

(12) « Elle [La Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

(13) Cass. Soc. 8 décembre 2009, n° 08-43.764 et n° 08-43.863 : la Cour refuse ici de considérer que la prohibition du harcèlement moral tend à la sauvegarde de la dignité humaine, reconnue par le Conseil constitutionnel comme un principe à valeur constitutionnelle.

(14) Cass. Soc. 14 décembre 2016, n° 14-21.325, déjà cité : la Cour ici refuse d'admettre que la protection de celui qui dénonce des

faits de harcèlement moral découle de la liberté d'expression inscrite dans la Constitution.

(15) Cass. Soc. 17 février 2010, n° 08-45.640 ; Cass. Soc. 30 septembre 2010, n° 08-44.340.

(16) Cass. Soc. 10 avril 1991, n° 89-42.751 ; Cass. Soc. 10 novembre 1993, n° 89-42.302 ; Cass. Soc. 7 novembre 2006, n° 05-42.413.

(17) S. Slama, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », La revue des droits de l'homme [En ligne], 9, 2016. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2061>.

(18) « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. »

(19) Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 ; Décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010.