

ORDONNANCES MACRON ET NORMES SUPRA-LÉGALES

II. Les nouvelles règles du licenciement

L'indemnisation du licenciement injustifié à l'épreuve des normes supra-légales

par Jean MOULY, Professeur émérite, Université de Limoges (OMIJ)

PLAN

- I. Le principe du barème au regard des normes supra-légales
 - A. Les moyens inefficaces
 - B. Une inconvivialité possible : l'article 24 de la Charte sociale européenne
- II. Les modalités du barème et les normes supra-légales
 - A. Les montants du barème
 - B. La règle du cumul plafonné

Le droit de licencier a aujourd'hui un « prix » et le licenciement un coût pour l'entreprise. À côté des coûts déterminés ou déterminables, comme celui lié à l'indemnité de licenciement, existent des coûts variables et aléatoires, liés à la charge d'indemnités sanctionnant le non-respect de certaines conditions mises par la loi au prononcé du licenciement et dont le montant est déterminé par le juge. La plus lourde est incontestablement l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans les entreprises de plus de dix salariés et pour les travailleurs ayant au moins deux ans d'ancienneté, l'absence d'un juste motif était, en effet, jusqu'alors sanctionnée par l'octroi d'une indemnité d'au moins six mois de salaire. Considérée naguère comme une légitime garantie de l'emploi due aux salariés, cette indemnité, sous l'influence de la *vulgate* libérale, est devenue aujourd'hui, aux yeux du législateur et même du Conseil constitutionnel (1), un « frein à l'embauche » qu'il serait impératif de faire disparaître. C'est ce à quoi s'est appliquée l'ordonnance n° 2017-1397 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, dont l'objectif principal est de réaliser une maîtrise des coûts en matière de licenciement (2).

En réalité, comme il a déjà été démontré (3), ce texte procède d'une analyse économique du droit et consacre la notion de « violation efficace » de la loi. Il ne s'agit pas, en effet, d'indiquer à l'employeur le coût d'un licenciement – par hypothèse, il le connaît, mais plutôt de lui permettre d'apprécier le risque financier – désormais plafonné – auquel l'expose un licenciement *prononcé dans des conditions illicites*. La prévisibilité et la sécurisation sont donc bien du côté de l'employeur, comme le montre encore le « droit de rattrapage » créé en matière de motivation du licenciement (4) ou les substitutions de simples irrégularités formelles à de véritables irrégularités de fond (5). En d'autres termes, le domaine du licenciement injustifié donnant lieu à une indemnisation coûteuse pour l'entreprise est sérieusement cantonné par l'ordonnance. Cela étant, même lorsque, malgré

toutes ces précautions, le licenciement aura été déclaré sans cause réelle et sérieuse, l'ordonnance a cherché à limiter le coût d'une telle illégalité pour l'entreprise en instaurant un barème d'indemnisation (6). C'est une des innovations majeures de l'ordonnance précitée. Elle franchit le pas que n'avait pas osé franchir la loi « Travail » de 2016. L'ordonnance s'est également efforcée de prendre toutes les précautions pour que cette barémisation ne connaisse pas la mésaventure qui était arrivée à la loi *Macron* du 6 août 2015 dont le barème, on s'en souvient, avait été invalidé par le Conseil constitutionnel (7). On ne doit donc pas s'étonner que tant la loi d'habilitation que celle de ratification aient été, pour l'essentiel, validées par les « Sages » (8). La surprise pourrait bien cependant venir d'ailleurs, plus précisément des normes internationales ou européennes, à l'égard

(1) Cons. const. 5 août 2015, n° 2015-715 DC, Dr. Soc. 2015, 803, chron. D. Baugard ; Constitutions 2015. 421, chron. A. Fabre.

(2) Cette ordonnance a été ratifiée sans modification importante par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018.

(3) A. Lyon-Caen, La complexité du barème, 2016, 75 ; G. Bargain et T. Sachs, La tentation du barème, RDT 2016, 251.

(4) A. Fabre, La motivation du licenciement, Dr. Soc. 2018, 9.

(5) F. Batard, M. Grévy, *Securitas omnia corrumpit*, RDT 2017, 663.

(6) Sur lequel, J. Mouly, Dr. Soc. 2018, 10.

(7) Cons. const. 5 août 2015, préc.

(8) Cons. const. 7 septembre 2017, n° 2017-751 DC, Sem. Soc. Lamy 2018, n° 1783, p. 7, chron. O. Dutheillet de Lamothe ; Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-671 DC.

desquelles le législateur s'est montré beaucoup moins précautionneux.

Quoi qu'il en soit, pour traiter de ces difficultés, il convient tout d'abord d'envisager le principe

même du barème au regard de ces normes supra-légales (I), avant d'examiner ensuite certaines de ses modalités particulières, qui, en elles-mêmes ou dans leur mise en œuvre, pourraient elles aussi faire difficultés (II).

I. Le principe du barème au regard des normes supra-légales

L'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse est désormais enfermée dans une fourchette planchers-plafonds, excepté les licenciements contraires à une liberté fondamentale (9). Même les salariés ayant plus de trente ans d'ancienneté ne pourront percevoir une indemnité supérieure à 20 mois de salaires et le minimum a été réduit de six à trois mois, et même moins dans les entreprises de moins de onze salariés. Certains ont pu voir dans cette barémisation une « avancée démocratique » garantissant une meilleure égalité entre justiciables et une « réponse judiciaire adaptée » réduisant la part de l'aléa judiciaire (10). On peut, à l'inverse, regretter l'atteinte qu'une telle mesure porte, en matière de licenciement injustifié, à la fois au rôle du juge et au principe de réparation intégrale du préjudice. Le salarié doit savoir, désormais, que, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le droit positif ne lui garantit plus nécessairement une indemnisation complète de son préjudice. Une telle solution peut-elle être remise en cause au regard des normes supérieures ? Telle est la question qui se pose aujourd'hui. Si certaines voies paraissent être fermées, une autre, en revanche, permet d'entretenir quelques espoirs.

A. Les moyens inefficaces

Il n'y a pas grand chose à attendre, on l'a vu, du côté du Conseil constitutionnel. Certes, celui-ci a bien invalidé la barémisation instaurée par la loi du 6 août 2015 (11) ; mais sa censure ne portait pas sur le principe d'une barémisation de l'indemnité de licenciement injustifié, qu'il considère, au contraire, comme poursuivant un but d'intérêt général (12), mais seulement sur la méthode que le législateur avait retenue pour la mettre en place. En effet, le niveau du plafonnement variait non seulement selon l'ancienneté du salarié, ce que le Conseil ne

condamne pas, mais aussi selon la taille de l'entreprise, ce qu'au contraire, au nom du principe d'égalité, il n'a pas accepté. Selon les « Sages » de la rue de Montpensier, les critères retenus pour fixer les plafonds doivent, en effet, « présenter un lien avec le préjudice subi par le salarié », ce qui est bien le cas de l'ancienneté, mais non de la taille de l'entreprise. La réparation octroyée au salarié ne saurait dépendre, selon le Conseil, de la supposée capacité contributive de l'auteur du dommage. Le législateur a entendu la leçon. Le nouveau barème ne fait plus dépendre, en effet, les plafonds de la taille de l'entreprise.

Il est exact, en revanche, que, en ce qui concerne les planchers, l'ordonnance les abaisse pour les entreprises de moins de 11 salariés, du moins tant que le travailleur n'a pas atteint les dix ans d'ancienneté. Toutefois, là encore, tout risque de censure est écarté, puisque, en ce qui concerne les planchers, le Conseil a adopté une solution opposée à celle retenue pour les plafonds d'indemnisation (13) ; les « sages » les considèrent, en effet, à juste titre d'ailleurs, comme une sanction de l'employeur et une telle sanction, en raison de son caractère pécuniaire, peut, quant à elle, varier selon la surface financière de son destinataire. En dernière analyse, le Conseil constitutionnel reste favorable à un plafonnement des indemnités prud'homales, car il considère que le principe de réparation intégrale n'a pas valeur constitutionnelle (14). Or, c'est bien avant tout l'abandon de ce principe de réparation intégrale qui caractérise la barémisation de ces indemnités. Ce point de vue est confirmé par la décision du Conseil n° 2018-671DC du 21 mars 2018, rendue à propos de la loi de ratification des ordonnances du 22 septembre 2017.

Les requérants avaient, pourtant, cette fois, substantiellement enrichi leur argumentaire en faisant valoir, notamment, que le montant des

(9) P. Adam, Libertés fondamentales et barémisation : la grande évasion, RDT 2017, 643.

(10) L. Pecaut-Rivollier, Vu par..., Cah. Soc. Barr. Paris 2015, n° 278, p. 546.

(11) Cons. const. 5 août 2015, n° 2015-715 DC, préc.

(12) En l'occurrence, cet objectif d'intérêt général est assimilé à la levée des freins à l'embauche et à l'amélioration de la sécurité juridique (cons. 151).

(13) Cons. const. 13 octobre 2016, n° 2016-582 QPC, D. 2016. 2069, Dr. Soc. 2016, 1065, obs. J. Mouly ; Cass. Soc. 13 juillet 2016, Société Goodyear Dunlop Tires France c/ M. X. et al., n° 16-40.209, QPC, renvoi au CC, Dr. Soc. 2016, 864, obs. J. Mouly.

(14) Cons. const. n° 2014-415 QPC du 26 septembre 2014, M. François F. (Responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif), cons. 5 ; addé P. Brun, La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute, Resp. civ. ass. 2003, n° 6, p. 33.

plafonds était insuffisamment dissuasif et même, dans certains cas, dérisoire et qu'en ne retenant que l'ancienneté des salariés, sans tenir compte d'autres paramètres eux aussi en rapport avec le préjudice, le législateur avait méconnu le principe d'égalité (15). Une nouvelle fois, l'argumentation est rejetée par le Conseil, qui relève, à nouveau, que le législateur pouvait aménager les conditions de mise en œuvre de la responsabilité, dès lors qu'il poursuivait un objectif d'intérêt général, celui-ci étant toutefois identifié en l'occurrence non à la levée de « freins à l'embauche », mais à la « prévisibilité des conséquences de la rupture ». Le Conseil ajoute encore que « le principe d'égalité n'imposant pas au législateur de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes (16), il n'était pas tenu de fixer un barème prenant en compte l'ensemble des critères déterminant le préjudice subi par le salarié licencié ». Le Conseil confirme ainsi que, en ce domaine, il n'entend exercer qu'un contrôle très restreint. Il faut donc rechercher ailleurs une éventuelle possibilité de contestation de la barémisation de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. On se tourne alors, naturellement, du côté de l'Europe.

Même si l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dispose que « tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié », il ne semble pas qu'il fasse obstacle à une barémisation des indemnités en la matière. Il ne faut sans doute pas attendre davantage de la Convention européenne des droits de l'Homme. Certes, compte tenu de la conception extensive de la notion de biens adoptée par les juges strasbourgeois (17), il ne fait aucun doute que les salariés injustement licenciés, dont l'indemnisation se trouve amputée par une barémisation de leurs indemnités, puissent invoquer l'article 1^{er} du Protocole n° 1, relatif à la protection de la propriété. La Cour a d'ailleurs déjà appliquée cet article à des indemnités de licenciement (18). Toutefois, elle n'a accepté, dans ces espèces, de dresser un constat de violation du Protocole n° 1 qu'en raison du taux de taxation particulièrement élevé qui frappait ces indemnités, en l'occurrence un taux de 90 %, considéré comme disproportionné au regard de l'objectif poursuivi et, dès lors, confiscatoire. Il n'y a

donc aucune chance qu'une barémisation des indemnités de licenciement injustifié qui, comme le système français, a pris en compte la moyenne des indemnités pratiquées par les juges, puisse permettre le constat d'une violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1. En revanche, et toujours dans le cadre du Conseil de l'Europe, une possibilité de condamnation existe sur le fondement d'un autre texte : la Charte sociale européenne révisée et plus particulièrement son article 24.

B. Une inconventionnalité possible : l'article 24 de la Charte sociale européenne

Cet article reconnaît aux salariés « licenciés sans motif valable le droit à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée ». La formule n'est pas très différente de celle utilisée par la convention OIT n° 158, à son article 10, mais la Charte sociale comporte désormais un mécanisme de réclamations collectives permettant aux syndicats de saisir un organe quasi-juridictionnel, le Comité européen des droits sociaux, afin de faire constater qu'une disposition ou pratique interne d'un État est contraire à la Charte révisée (19). En l'occurrence, c'est une affaire ayant opposé une association de défense des droits sociaux, la *Finnish Society of Social Rights*, à l'État finlandais qui a permis au Comité européen des droits sociaux de se prononcer sur l'inconventionnalité de la barémisation des indemnités prud'homales au regard de la Charte sociale révisée, dans une décision sur le bien-fondé rendue le 8 septembre 2016 et publiée le 31 janvier 2017 (20).

En l'espèce, la loi finlandaise, qui était au cœur du débat, enfermait l'indemnité de licenciement injustifié entre un minimum de trois mois et un maximum de vingt-quatre mois de salaire, porté à trente mois pour les salariés protégés. Pour le reste, l'indemnité était fixée par le juge selon un certain nombre de paramètres, le juge devant également déduire du montant de l'indemnité les allocations-chômage perçues par le salarié. Enfin, ces indemnités prud'homales n'étaient pas exclusives d'une réparation complémentaire selon le droit commun de la responsabilité civile si le salarié avait subi un dommage

(15) Le référentiel de l'article R.1235-22, abrogé par l'ordonnance, augmentait l'indemnité d'un mois de salaire pour les travailleurs âgés de plus de cinquante ans ou qui avaient des difficultés particulières de retour à l'emploi.

(16) Il adopte ainsi une position contraire à celles de la CEDH et de la CJUE.

(17) Cf. J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 6^{ème} éd. p. 158 ; en matière sociale, cf. par exemple, pour les prestations sociales, *Gaygusuz c/ Autriche* du 16 septembre 1996.

(18) *NKM c/ Hongrie* du 14 mai 2013 et *RSZ c/ Hongrie* du 2 juillet 2013, Dr. Soc. 2014, 641, chr. J-P Marguénaud et J. Mouly.

(19) Cf. F. Bellivier, RTD civ. 2000, 421. Adde, J-F Akandji-Kombé, *L'application de la Charte sociale européenne. La mise en œuvre du mécanisme des réclamations collectives*, Dr. Soc. 2000, 888.

(20) N° 106/2014 ; cf. C. Percher, *Les indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée*, RDT 2017, 726.

particulier, notamment moral, et les licenciements discriminatoires faisaient l'objet d'une réglementation spéciale, qui n'excluait pas, cependant, que, de façon exceptionnelle, l'indemnité allouée pût faire l'objet d'une minoration. Sans être identique à celui de l'ordonnance *Macron*, le système finlandais comportait donc bien, néanmoins, un principe de plafonnement des indemnités dont le Comité allait juger qu'il était contraire à l'article 24 de la Charte. Toutefois, pour aboutir à cette conclusion, le Comité a cru bon, point essentiel au regard des principes, de commencer par donner une définition de la notion de « *mécanismes d'indemnisation appropriés* », utilisée par l'article 24 de la Charte.

En effet, au § 45 de sa décision, le Comité EDS énonce que « *les mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient : 1° le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours ; [...] 3° des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime* ». Deux points importants se dégagent dans l'énoncé du Comité. Tout d'abord, la réparation appropriée doit tenir compte du manque à gagner subi par le salarié entre son licenciement et la décision octroyant l'indemnité. D'autre part, et surtout, le salarié doit percevoir une indemnité d'un montant suffisant pour réparer le préjudice postérieur à la perte de son emploi et avoir un effet dissuasif à l'égard de l'employeur. C'est donc bien le principe de réparation intégrale qui est ici retenu par le Comité EDS. Celui-ci considère même que l'indemnité peut aller, si besoin est, au-delà du préjudice réellement souffert par le salarié afin qu'elle puisse avoir un effet dissuasif sur l'employeur. L'indemnité de licenciement injustifié pourrait donc, dans une certaine mesure, s'apparenter à une sorte de peine privée. En tout cas, la « *réparation adéquate* », selon le Comité, est celle qui est, selon son sens premier, « *ajustée à son but* », à savoir, en l'occurrence, la réparation du préjudice éprouvé par le salarié, cet ajustement supposant une *réparation entière de ce préjudice*.

Et pour bien enfoncer le clou, le Comité conclut en répétant, au § 46, que « *Tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne soient pas en rapport avec le préjudice subi et ne soient pas suffisamment dissuasives est, en principe, contraire à la Charte* ». L'expression « *en principe* » utilisée par le Comité ne tempère que très modérément la règle édictée, puisqu'elle vise seulement l'hypothèse où

la loi instituant un plafond comporterait une « *alternative* », c'est-à-dire laisserait la place à une action subsidiaire ouverte au salarié et qui lui permettrait d'obtenir une indemnité complémentaire, cette fois-ci non plafonnée. Or, comme à son habitude, le Comité EDS ne s'est pas contenté d'examiner le contenu abstrait de la législation finlandaise, mais il a contrôlé également la façon dont elle était appliquée par les juges – la Charte protégeant des « *droits non pas théoriques, mais effectifs* » – pour précisément constater que les « *voies de droit alternatives* », non plafonnées, invoquées par le Gouvernement en l'occurrence, n'existaient pas, l'État n'ayant pas été en mesure de fournir d'exemples d'application de celles-ci. Le Comité en conclut donc que la législation finlandaise, en ce qu'elle instaure un plafonnement de 24 mois des indemnités de licenciement injustifié, est contraire à l'article 24 de la Charte, car celui-ci ne permet pas en toutes circonstances une réparation intégrale du préjudice.

Or, si un système de plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à 24 mois de salaire est contraire à l'article 24 de la Charte sociale, *a fortiori* devrait-il en être de même d'un système de barémisation limitant ces indemnités à 20 mois du même salaire, comme le système français, qui, lui non plus, ne devrait pas pouvoir assurer, dans tous les cas de figure, une « *réparation adéquate* » du préjudice subi par le travailleur (21). Certes, il existe *a priori* entre la loi finlandaise, condamnée par le Comité, et le système français des différences sensibles qui sont de nature à assurer une meilleure indemnisation des salariés dans l'hexagone, s'agissant, par exemple, du régime fiscal de l'indemnité (22) ou de la déductibilité des allocations-chômage ; mais elles ne sont pas de nature à justifier une position différente du Comité. Comme la loi finlandaise, le système de barémisation retenu par l'ordonnance du 22 septembre 2017 ne garantit pas « *à tout coup* » une réparation intégrale du préjudice, exigée par le Comité. D'ailleurs, le droit français ne comporte pas de voies de droit alternatives permettant de tenir en échec le plafonnement dans les cas où celui-ci ferait obstacle à une réparation intégrale du préjudice subi par le salarié. En effet, depuis la loi du 13 juillet 1973, le droit commun de la responsabilité civile ne trouve à s'appliquer que de manière exceptionnelle, lorsque le licenciement a été décidé dans des conditions vexatoires pour le salarié (23). À l'évidence, une telle action ne constitue pas la voie de droit alternative de portée générale qui pourrait satisfaire aux exigences du Comité.

(21) Cf. notre article, Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité EDS. Une condamnation de mauvaise augure pour le projet « *Macron* » ?, Dr. Soc. 2017, 785.

(22) Art. 80 duodecies, CGI.

(23) Cass. Soc. 12 mars 1987, n° 84-41.002, Bull. V, n° 147.

En définitive, un plafonnement des indemnités de licenciement injustifié, tel qu'il est prévu aujourd'hui par le droit français, risque donc bien de ne pas satisfaire aux exigences du Comité EDS telles qu'il les a exprimées dans l'affaire finlandaise *Finnish Society Social Rights*. On sait, d'ailleurs, que des recours ont été entrepris par les syndicats, tant d'ailleurs devant le Comité EDS que devant l'OIT. De tels recours sont importants, car ils peuvent déboucher sur des décisions précieuses le jour où les juridictions internes devront se prononcer. Ils prennent cependant du temps. C'est pourquoi la CGT avait déposé devant le Conseil d'État une demande de référé-suspension de l'ordonnance du 22 septembre 2017, avant sa ratification. Le Conseil d'État ayant déjà déclaré l'article 24 d'effet direct vertical dans un arrêt *Fischer* du 10 février 2014 (24), on pouvait nourrir quelque espoir sur ce recours. Le Conseil d'État (25) a cependant sèchement rejeté la demande en écartant tout « doute sérieux » sur la « légalité » de la disposition contestée. En réalité, on ne doit pas être surpris par la décision du Conseil d'État qui, dans son avis sur l'ordonnance, avait déjà fait savoir que « l'instauration d'un référentiel obligatoire ne soulève pas de difficulté particulière dans son principe ». De toute

façon, la voie du recours devant le Conseil d'État s'est aujourd'hui fermée avec la loi de ratification du 29 mars 2018, qui a conféré rétroactivement valeur législative à l'ordonnance.

Il ne reste plus alors que la piste des juridictions judiciaires qui, à l'occasion d'un litige relatif à un licenciement sans cause réelle et sérieuse, pourraient être saisies de la question de la conventionnalité du barème au regard de l'article 24 de la Charte. Il serait logique, en effet, que la Cour de cassation fasse une application de la Charte conformément à l'interprétation qu'en donne le Comité, en raison de l'autorité interprétative de ses décisions. Certes, un tel contrôle suppose que l'article 24 de la Charte soit d'effet direct « horizontal » ; mais les raisons qui ont conduit le Conseil d'État à admettre son applicabilité directe verticale ou oblique devraient conduire la Cour de cassation à admettre également cette applicabilité horizontale, d'autant que n'est en cause, en l'occurrence, qu'une invocabilité d'exclusion. Bien que la Chambre sociale ne fasse plus preuve, aujourd'hui, de la même audace que naguère, on ne peut tout à fait exclure, pour le barème, un sort identique à celui du CNE (26).

II. Les modalités du barème et les normes supra-légales

Plusieurs hypothèses pouvaient être ici envisagées. Les décisions successives du Conseil constitutionnel les ont purement et simplement balayées. Cette prise de position peut, à la rigueur, se comprendre s'agissant des montants du barème (A), elle est plus difficile à justifier pour ce qui concerne la règle du cumul plafonné des indemnités (B).

A. Les montants du barème

D'abord, s'agissant des travailleurs des entreprises de plus de dix salariés et ayant entre deux et trois ans d'ancienneté, la version initiale de l'ordonnance prévoyait un plancher de trois mois, curieusement égal au plafond. Le juge se trouvait ainsi privé, de manière très contestable, de tout pouvoir d'appréciation du préjudice, l'indemnité étant fixée à l'avance *ne varietur* par le législateur. Les rédacteurs de l'ordonnance ont, dès lors, cru devoir porter le plafond, dans l'hypothèse envisagée, à trois mois et demi de salaire au lieu de trois. Force est d'admettre, néanmoins, que, même ainsi réaménagé, le pouvoir

d'appréciation du juge demeure encore très réduit. Il n'est pas certain que cette correction fasse échapper le nouveau texte à la critique précédemment formulée. On pourrait, dès lors, se demander si l'ordonnance ne porte pas atteinte au principe de séparation des pouvoirs, le législateur empiétant, en réalité, sur la compétence du juge judiciaire en fixant lui-même l'indemnité. Le Conseil constitutionnel a apporté une réponse négative à cette interrogation, dans sa décision sur la loi d'habilitation, en décidant que le principe de séparation des pouvoirs n'empêche pas le législateur de fixer un barème d'indemnisation pour des fautes civiles, le principe d'individualisation des peines ne valant qu'en matière pénale (27). *Exit* donc cette voie d'inconstitutionnalité

Il convient également de rappeler que, à partir de 30 ans d'ancienneté, et même en réalité 29, le plafond du barème n'évolue plus. Autrement dit, l'indemnité maximale à laquelle peut prétendre un salarié de 40 ans d'ancienneté est la même que celle d'un salarié ayant 29 ans de services. On peut se demander, dès

(24) N° 358.992, Dr. Soc. 474, obs. J. Mouly ; cf. aussi C. Nivard, L'effet direct de la Charte sociale européenne devant le juge administratif. Retour sur la question évolutive de l'effet direct des sources internationales, RDLF 2016, chr. n° 22.

(25) CE 7 décembre 2017, n° 415.243.

(26) Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008, n° 07-44.124, Bull. V, n° 146.

(27) Cons. const. du 7 septembre 2017, n° 2017-751 DC, préc., cons. 35.

lors, s'il n'y a pas rupture d'égalité entre des travailleurs qui, bien que placés dans des situations différentes du point de vue de l'ancienneté, sont traités de la même manière en ce qui concerne l'indemnisation de leur préjudice. Ce sont pourtant ces salariés, par définition âgés, qui mériteraient la plus grande attention de la part du législateur. On voit bien ici que ce dernier s'est placé du seul point de vue de l'entreprise. Le Conseil ayant toutefois indiqué, dans sa décision précitée du 21 mars 2018, que le principe d'égalité n'impose pas que le législateur traite différemment des personnes placées dans des situations différentes, cette voie d'invalidation est, là encore, à écarter.

Enfin, et à l'opposé, on rappellera que, pour les salariés ayant moins d'un an d'ancienneté, le barème retient une indemnité maximale égale seulement à un mois de salaire, soit le même montant que celle prévue en cas de licenciement irrégulier. La jurisprudence n'admettant pas le cumul de ces indemnités (28), le risque financier auquel l'employeur s'expose ici en ne respectant pas la loi est donc des plus limités. L'on pourrait, dès lors, se demander si un tel plafond, probablement dérisoire, est bien conforme aux exigences de la convention OIT n° 158, notamment de son article 10 sur l'exigence d'une indemnité adéquate ; mais il faudra, là aussi, compter avec la bonne volonté du juge judiciaire.

B. La règle du cumul plafonné

L'alinéa 5 de l'article L.1235-3 prévoit que l'indemnité de 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 », mais, ajoute-t-il « dans la limite des montants maximaux prévus au présent article ». Ces indemnités sont celles qui réparent le non-respect de certaines irrégularités en matière de licenciements économiques et la violation de la priorité de réembauche faisant suite à ces licenciements. Cette disposition pose, en réalité, la règle du cumul plafonné de ces indemnités. En d'autres termes, si le législateur paraît bien sauvegarder l'autonomie de ces indemnités en admettant leur cumul, il leur porte néanmoins sérieusement atteinte en les globalisant pour leur appliquer le plafond légal. Il apparaît ainsi que le barème s'applique, au moins indirectement, à des indemnités pour lesquelles il n'avait pas été initialement conçu.

Plus encore, à supposer que le juge ait accordé au salarié, pour l'indemniser du défaut de cause réelle et sérieuse, une indemnité égale au plafond – ce qui peut lui paraître nécessaire, compte tenu de l'importance éventuelle du préjudice subi, cette règle du cumul plafonné lui interdit alors de réparer les autres préjudices envisagés par l'alinéa 5 de l'article L. 1235-3, le volat de dommages-intérêts ayant été épuisé, alors pourtant que certaines des indemnités visées par ce texte sont affectées d'un plancher ! *Ce n'est plus alors le principe de réparation intégrale qui se trouve remis en cause, mais celui du droit à réparation lui-même.* Une exigence constitutionnelle pourrait ainsi être méconnue par le texte sous examen (29). Il y a donc là, à notre sens, un argument fort pour contester la constitutionnalité de cette disposition. Il est vrai que l'on pourrait aussi considérer que, certaines indemnités visées par l'article L. 1235-3, alinéa 5 comportant un plancher, elles dérogent à la règle du cumul plafonné, en sorte que le salarié aurait droit, en toute hypothèse, à ce minimum de réparation. Ainsi le droit à réparation constitutionnellement reconnu serait sauf. On notera que le Conseil constitutionnel n'a même pas eu recours à cette réserve d'interprétation pour valider le texte litigieux. Il n'a d'ailleurs même pas jugé utile de répondre spécialement à l'argument selon lequel la règle du cumul plafonné ne permettrait pas de réparer justement les préjudices éprouvés par les salariés. Il se contente de rappeler qu'« 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 ».

L'article 24 de la Charte sociale révisée demeure donc la dernière planche de salut pour les salariés. Toutefois, la Chambre sociale de la Cour de cassation n'ayant plus la même audace que naguère, même la voie de l'inconventionnalité du barème paraît aujourd'hui très étroite.

Jean Mouly

(28) Cass. Soc. 25 mai 1976, n° 75-40.337, Bull. V, n° 312. L'ordonnance ne paraît pas modifier la solution.

(29) Cons. const. 16 décembre 1999, n° 99-419 DC. Cf. P. Brun, La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute, Resp. civ. ass. 2003, n° 6, p. 33.