

Plafond d'indemnisation en cas de licenciement illégal : une mise à l'écart du droit dans le travail

Michel Miné Professeur du Cnam, titulaire de la chaire Droit du travail et droits de la personne, Lise/Cnam/Cnrs, Conservatoire national des arts et métiers (Cnam)

Publié le 18 mai 2022 – Mis à jour le 18 mai 2022

Depuis 1973, l'employeur ne peut licencier un salarié que s'il peut justifier d'une « cause réelle et sérieuse » de licenciement. En cas de licenciement injustifié, la réparation en nature (la réintégration du salarié dans l'entreprise) est devenue dans les faits inappliquée. Reste la seule réparation indemnitaire.



©pixabay

Concernant ce second volet, une disposition de l'ordonnance « Macron » n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a mis en place un référentiel obligatoire, « un barème » : le juge, quand il est saisi, peut accorder au salarié, en réparation de la perte illégale de son emploi, une [indemnité comprise entre des montants minimaux et maximaux](#).

Cette disposition avait été validée par le Conseil constitutionnel au regard de la Constitution ; cependant, une loi peut être conforme à la Constitution sans être conforme au droit international applicable, le Conseil n'examinant pas la validité d'un texte de loi au regard des engagements internationaux.

Selon le [rapport](#) remis au président de la République relatif à l'ordonnance no 2017-1387 du 22 septembre 2017, cette disposition a pour objectif affiché de « lever les freins au recrutement, en accroissant la prévisibilité des décisions rendues et en sécurisant les entreprises, notamment les TPE-PME, au regard des risques liés à la rupture du contrat de travail ». Pourtant, aucune étude sérieuse ne démontre que « la peur du juge » freinerait les recrutements et que la limitation des indemnités, accordées en cas de licenciement injustifié, serait de nature à favoriser les embauches.

Ce barème prévoit un plafond d'indemnisation, en fonction du critère de l'ancienneté dans l'entreprise, quels que soient les préjudices subis par le salarié licencié à tort. Le barème se situe au seul niveau de la perte de l'emploi perçu comme une chose, l'avoir (assurant la rémunération). Sont ignorées les pertes concernant l'être (l'identité professionnelle, élément essentiel de l'identité personnelle) et l'agir (l'exercice d'un métier, le travail). Ce barème modifie le plancher d'indemnisation, notamment en le réduisant de moitié (3 mois au lieu de 6 mois pour les salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise d'au moins 11 salariés).

Il ressort de deux études sur la mise en œuvre du barème, la [première](#) de France stratégie et la [seconde](#) de l'Université Grenoble-Alpes, une baisse globale et sensible des indemnités versées aux salariés, victimes d'un licenciement injustifié, en particulier pour ceux ayant moins de cinq ans d'ancienneté ; en effet, « Les plafonds fixés l'ont été en tenant compte des moyennes constatées sur les dernières années ». Ces salariés sont alors désincités à agir en justice pour contester leur licenciement et faire valoir leurs droits au vu des faibles dommages-intérêts qu'ils peuvent obtenir.

Une mesure emblématique

Ce barème constitue ainsi une mesure emblématique parmi les dispositions de régression du droit du travail dans sa fonction de protection et d'émancipation de la personne salariée. Cette mesure s'inscrit dans une politique de mise à l'écart du droit et du juge (prescription réduite à une année pour contester un licenciement, encadrement du pouvoir d'appréciation du juge en matière de motif économique, etc.). Le juge, le tiers nécessaire garant dans toute relation contractuelle, ne peut plus apprécier le préjudice dans sa totalité et en assurer la réparation dans son intégralité.

Cette politique applique la doctrine *Law and economics*, qui subordonne les règles de droit à une certaine conception de « l'efficacité économique » au vu des seuls calculs d'intérêts individuels, en donnant la primauté à [La Gouvernance par les nombres](#). Dans cette perspective, il devient légalement possible de faire un bilan coûts-avantages en écartant toute référence à la justice : est-il économiquement intéressant ou pas de respecter la loi et les contrats conclus ? Le droit du travail autorise alors la violation de la loi à moindre coût et devient ainsi une protection au profit des employeurs indécents. De façon paradoxale dans un état de droit, ce barème sécurise juridiquement la situation de celui qui a commis un acte illégal (le licenciement injustifié) et fragilise juridiquement la situation de celui qui a subi cet acte.

La fonction de pacification des conflits du travail par le droit est ici remise en cause. Comme l'histoire l'enseigne, la mise à l'écart du droit est source de violence, économique, symbolique et parfois physique, quand des personnes subissent l'injustice et ne peuvent plus obtenir réparation par les voies juridiques.

Ce déséquilibre du droit dans les relations professionnelles n'est pas sans incidence sur l'exercice de la citoyenneté. Dans certaines entreprises, pour préserver son emploi, le salarié devra faire allégeance à l'employeur ; la régression de la citoyenneté dans l'entreprise n'étant alors pas sans incidence défavorable sur l'exercice de la citoyenneté dans la cité.

Des textes internationaux ratifiés par la France (de l'[Organisation internationale du travail](#), OIT, et du Conseil de l'Europe) prévoient, en cas de licenciement injustifié, le versement d'une « [indemnité adéquate](#) ». Au regard de ces textes, des conseils de prud'hommes et des cours d'appel n'appliquaient pas le barème, concernant le plafond.

Les juges tranchaient les litiges [conformément aux règles de droit applicables](#) en matière de réparation en écartant la loi prévoyant le barème, selon deux voies différentes : soit en considérant que le barème n'est pas en conformité avec les conventions internationales ratifiées par la France (contrôle de conventionnalité *in abstracto*) ; soit, plus fréquemment, en considérant que, si le barème n'est pas contraire aux traités internationaux ratifiés, son application dans certains cas priverait la personne salariée d'une réparation « adéquate » prévue par ces conventions (le montant de la réparation prévu par le barème étant insuffisant au regard des préjudices le [contrôle de conventionnalité in concreto découlant de la Constitution](#)). Les juridictions accordaient alors aux salariés licenciés des dommages-intérêts supérieurs aux plafonds applicables.

Saisie de plusieurs pourvois, contre des arrêts de cours d'appel, la chambre sociale de la Cour de cassation en examine la validité du barème et son application au regard de ces deux textes internationaux. Concernant la convention de l'OIT, elle reconnaît l'effet direct du texte, comme elle l'avait déjà fait [à l'encontre du contrat nouvelles embauches](#) en 2007.

Atteinte à des droits fondamentaux

Le juge constate que le plafond d'indemnisation n'est pas applicable quand le licenciement est nul, entaché par « une faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité », notamment quand le licenciement porte atteinte à une liberté fondamentale ou a un caractère discriminatoire. Cependant, ces licenciements ne constituent qu'une très faible part des licenciements et le caractère liberticide ou discriminatoire d'un licenciement reste difficile à faire reconnaître par les conseils de prud'hommes, en particulier du fait d'une forte réticence de conseillers employeurs.

Dans ses [arrêts](#) du 11 mai, la chambre sociale juge que les dispositions légales sur le barème « permettent raisonnablement l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi » et sont « compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention ».

De plus, les magistrats du Quai de l'horloge considèrent qu'il appartient au juge « seulement d'apprécier la situation concrète » du salarié « pour déterminer le montant de l'indemnité due entre les montants minimaux et maximaux » du barème. Ainsi, le juge ne doit pas accorder de dommages-intérêts supérieurs au plafond au regard de la situation de la personne (âge, difficultés particulières de retour à l'emploi tenant à sa situation personnelle et à son niveau de qualification et à la situation de l'emploi au niveau local ou dans le secteur d'activité considéré, etc.).

Dans une des affaires concernées ici, une salariée âgée de 53 ans, après un licenciement injustifié, avec une ancienneté inférieure à 4 ans dans l'entreprise, pourra uniquement obtenir, selon le barème, une indemnité de 3 à 4 mois de salaires bruts, quelles que soient ses difficultés. Pourtant, le préjudice né d'un licenciement à plus de 50 ans, après une courte durée d'emploi est considérable avec une perspective de retour à l'emploi très faible et des pertes significatives des droits à pension, aggravées en cas de report de l'âge de départ en retraite.

La chambre sociale de la Cour de cassation aurait pu admettre cette appréciation *in concreto*, comme l'y invitait la première avocate générale dans son [avis](#) exprimé lors de l'audience du 31 mars dernier. En effet, un licenciement injustifié porte [atteinte à des droits fondamentaux](#), notamment au « droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté » et le droit à une protection contre le licenciement injustifié avec le droit à une indemnité adéquate.

Dans ce cadre pour assurer la sécurité juridique, la chambre sociale aurait alors pu fixer des critères sur lesquels les juges du fond auraient dû se fonder pour l'appréciation *in concreto* des situations des salariés licenciés ; l'office du juge étant de dire le droit selon les circonstances de l'espèce.

Concernant le second texte du Conseil de l'Europe, pour la chambre sociale « les dispositions de la charte sociale européenne n'étant pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers, l'invocation de son article 24 ne pouvait [pas conduire à écarter l'application des dispositions](#) » légales sur le barème. Le juge a ici choisi de ne pas reconnaître d'effet direct à la Charte.

Des suites possibles

Ces décisions sont de nature à réduire fortement la contestation du barème par les juridictions. Si des cours poursuivaient leur raisonnement *in concreto*, l'assemblée plénière de la Cour de cassation serait sans doute alors saisie pour se prononcer sur ce point (dans ses [avis](#) de 2019, elle s'était seulement prononcée *in abstracto* sur la conformité du barème aux conventions). Par ailleurs le barème pourrait être contesté compte tenu de ses effets de discrimination indirecte au regard de l'âge.

Dans les contentieux liés aux licenciements injustifiés, les salariés seront incités à invoquer des fautes de l'employeur (harcèlement, discrimination, etc.) pour tenter « d'échapper » au plafond du barème et à compléter leurs demandes au regard d'autres préjudices distincts du motif du licenciement (procédure vexatoire, etc.) ou non liés au licenciement (paiement d'heures supplémentaires, dommages-intérêts pour dégradation de la santé, etc.).

Le débat va se poursuivre avec les instances du Conseil de l'Europe. Ainsi, des réclamations collectives ont été formulées par des organisations syndicales françaises pour contester la conformité du barème à la Charte sociale européenne devant le Comité européen des droits sociaux. Or, ce comité a déjà pris deux décisions considérant que les [barèmes appliqués en Finlande](#) et en [Italie](#), comparables au barème français, ne sont pas conformes à la Charte. La décision concernant la France sera rendue publique dans les mois à venir. Cependant, cette décision, même si elle condamne le barème, risque d'avoir des effets limités au regard de la position de la chambre sociale.

Un contentieux pourrait aussi se développer devant la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg. Sa [jurisprudence](#), prenant déjà en compte les conséquences d'un licenciement sur la vie personnelle, familiale et professionnelle, pourrait permettre de mieux apprécier les différents préjudices causés par un licenciement injustifié et de mieux mettre en lumière la réparation adéquate nécessaire... et la pertinence du contrôle *in concreto*.

L'Organisation internationale du travail considère qu'il « n'est pas a priori exclu que, dans certains cas, le préjudice subi soit tel qu'il puisse ne pas être réparé à la hauteur de ce qu'il serait "juste" d'accorder ». Par conséquent, elle « invite le gouvernement à examiner à intervalles réguliers, en concertation avec les partenaires sociaux, les modalités du dispositif d'indemnisation prévu à l'article L. 1235-3, de façon à assurer que les paramètres d'indemnisation prévus par le barème permettent, dans tous les cas, une [réparation adéquate du préjudice](#) subi pour licenciement abusif ».

[Michel Miné](#), Professeur du Cnam, titulaire de la chaire Droit du travail et droits de la personne, Lise/Cnam/Cnrs, [Conservatoire national des arts et métiers \(CNAM\)](#)

Cet article est republié à partir de [The Conversation](#) sous licence Creative Commons. Lire l'[article original](#).

► | Droit | Travail

L'auteur

Michel Miné,
professeur titulaire de la chaire [Droit du travail et droits de la personne](#)

+ [tous ses articles](#)



