

SÉBASTIEN RANC COMPTRASEC UMR 5114 CNRS-Université de Bordeaux

¹ Décision n° 2015-715 DC, 5 août 2015, cons. 152.

² Art. 4 de la DDHC.

³ Décision n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, cons. 16 à 18.

⁴ Art. 6 de la DDHC.

⁵ Cons. 151.

I - Halte provisoire de la forfaitisation des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse devant le Conseil constitutionnel

L'article 266 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances, dite loi Macron, a été censuré par le Conseil constitutionnel : « considérant que, si le législateur pouvait, à ces fins, plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, il devait retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié ; que, si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est ainsi en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'est pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise ; que par suite, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées méconnaît le principe d'égalité devant la loi »¹.

En l'état actuel du droit, si la loi ne prévoit pas de plafond de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'alinéa 2 de l'article L. 1235-3 du Code du travail octroie, en cas de refus de réintégration du salarié, un plancher minimal égal aux salaires des 6 mois. Mais, selon l'article L. 1235-5, cette indemnité n'est pas applicable au licenciement d'un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté, prononcé dans une entreprise de moins de onze salariés.

La nouveauté de la loi Macron a été de prévoir un plafonnement de cette indemnité. En effet, les juges auraient dû se référer à un tableau fixant des *minima* et *maxima* pour l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, variant en fonction de l'ancienneté et de la taille de l'entreprise.

Ce dispositif de forfaitisation a été passé au crible de deux principes constitutionnels. D'une part, a été soulevé le droit d'agir en réparation d'un fait fautif². Cet argument est très vite écarté par le Conseil constitutionnel. En effet, le dispositif de la forfaitisation est en lui-même constitutionnel, car le Conseil ne reconnaît pas le principe d'un droit à la réparation intégrale. Il suffit pour s'en convaincre de s'apercevoir que les Sages ont validé la réparation forfaitaire en matière d'accident du travail³.

D'autre part, le dispositif n'a pas résisté à sa confrontation au principe d'égalité⁴. En l'espèce, si des buts d'intérêt général ont bien été relevés par le Conseil, spécialement la sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche⁵, il aurait fallu que les critères retenus par le plafonnement aient un lien avec le préjudice individuel subi. Or, autant le critère de l'ancienneté a un lien avec ce préjudice, autant la taille de l'entreprise n'en a aucun. Autrement dit, la différence de situation qui justifie le principe d'égalité ne devait pas être caractérisé entre les « petites » et les « grandes entreprises », mais à travers la personne du salarié.

Le gouvernement a pris acte de cette décision. Cette forfaitisation trouvera donc sûrement très tôt sa place dans notre droit du travail. Le contentieux se déplacera alors peut être du côté de la conventionalité de la forfaitisation.

II - Forfait-jours des hôtels, cafés et restaurants : « chaud, chaud, devant ! » ou l'invalidité du dispositif conventionnel

La décision fondamentale en matière de forfait-jours est celle du 29 juin 2011⁶, qui subordonne sa validité à l'existence de stipulations conventionnelles garantissant le droit à la santé et au repos. Autrement dit, la Cour de cassation fait de la convention collective, la clé de voûte de la validité des forfaits en jours⁷.

Depuis 2011, pas moins d'une dizaine de conventions de branche, faute de garanties suffisantes, ont été invalidées. Malgré le forçage de certaines conventions de branche, seules celle de la métallurgie⁸, celle du commerce et de la réparation automobile⁹ et celle du secteur de la banque¹⁰ ont survécu au contrôle de la Cour de cassation. C'est aujourd'hui à la convention collective nationale des hôtels, cafés et restaurant (HCR) de passer au crible de la Cour de cassation¹¹.

En l'espèce, une salariée-cadre avait été engagée le 1^{er} octobre 2007 en qualité de gouvernante générale d'hôtel, sous forfait-jours par une société, dont l'activité relève de la convention HCR. Son contrat de travail prévoyait que le niveau de sa rémunération était en rapport avec les sujétions qu'elle avait respectées, qu'il tenait compte d'un nombre de douze jours de réduction de temps de travail et renvoyait aux dispositions de l'accord d'entreprise du 19 mai 2000, révisé en 2006. La salariée est licenciée pour insuffisance professionnelle le 29 octobre 2008. Elle conteste cette décision et demande, au titre de l'invalidité du forfait-jours, un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires et d'autres indemnités afférentes.

La Cour de cassation a annulé les stipulations du contrat de travail relatives au forfait en jours. En effet, attendu que « toute convention de forfait jour doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires », la Chambre sociale a contrôlé globalement le dispositif conventionnel.

D'une part, l'accord d'entreprise prévoyait uniquement « l'obligation de respecter les limites légales de la durée quotidienne de travail, et un entretien annuel entre l'intéressé et son supérieur hiérarchique portant sur l'organisation du travail et l'amplitude des journées de travail »¹².

D'autre part, les dispositions de l'article 13.2 de l'avenant n° 1 du 13 juillet 2004 de la convention de branche HCR « se limitent à prévoir, [...], en premier lieu, que l'employeur établit un décompte mensuel des journées travaillées, du nombre de jours de repos pris et de ceux restant à prendre afin de permettre un suivi de l'organisation du travail, en second lieu, que l'intéressé bénéficie du repos quotidien minimal prévu par la convention collective et du repos hebdomadaire ».

Rappelons que les dispositions de l'avenant de 2004 ont été modifiées par un nouvel avenant n° 22 du 16 décembre 2014 de la convention HCR, dans lequel les partenaires sociaux ont pris en compte les exigences jurisprudentielles de 2011. Mais cet avenant n'a toujours pas été étendu par le ministère du Travail. On ne peut qu'encourager à ne pas attendre l'extension, et à conclure des accords d'entreprise qui pourraient simplement reprendre les dispositions de l'avenant n° 22, et de signer des nouvelles conventions individuelles qui feront référence aux dispositions conventionnelles modifiées.

⁶ Soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107.

⁷ M.-F. Mazars et Ph. Flores, « La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours », *SSL*, 4 juillet 2011, n° 1499, p. 5.

⁸ Soc., 29 juin 2011, *supra*.

⁹ Soc., 2 juillet 2014, n° 13-19.990.

¹⁰ Soc., 17 décembre 2014, n° 13-22.890.

¹¹ Soc., 7 juillet 2015, n° 13-26.444.

¹² Entretien déjà prévu par l'article L. 3121-46 du Code du travail.

