Revue de droit du travail – Final submitted text.

Revue de droit du travail 2019 p.352

Le licenciement au coeur des débats :

**Le barème des indemnités de licenciement en droit anglais : entre les contraintes législatives et la créativité de la *Common Law***

Luke Mason, Birmingham City University, Royaume-Uni

|  |
| --- |
|  |
|  |
|  |
|  |
| Le barème des indemnités de licenciement en droit anglais : entre les contraintes législatives et la créativité de la *Common Law*  Introduction : deux sources de protections parallèles  En droit anglais, il existe deux sources de sécurité de l'emploi qui prévoient un certain niveau de protection en cas de licenciement. Ces sources parallèles de protection offrent potentiellement des méthodes radicalement différentes pour calculer l'indemnité appropriée.  Tout d'abord, le contrat de travail et les règles générales du droit commun des contrats de la *Common Law* prévoient la notion de *wrongful dismissal* (licenciement *injustifié*) qui subsiste quand le contrat de travail est résilié par l'employeur en violation des clauses du contrat même. Parallèlement, il existe des droits prévus par le législateur dans l'*Employment Rights Act* de 1996 (loi sur les droits au travail), qui donnent des protections dans les cas d'*unfair dimissal* (licenciement injuste ou abusif) et de licenciement économique. Le calcul législatif de l'indemnité pour les licenciements disciplinaires et économiques partage un cadre mathématique de base. Alors que, traditionnellement, la *Common Law* fournissait une protection très limitée aux salariés à cet égard (et en général), le contrat de travail de la *Common Law* anglaise garantit désormais à certains salariés un niveau plus élevé de protection et la possibilité d'une indemnité importante. Cependant, certaines tensions constitutionnelles apparues entre la *Common Law* et les limites aux indemnités imposées par le législateur ont conduit à une jurisprudence extrêmement confuse concernant ces affaires. Cela reflète une tendance plus générale du droit du travail anglais dans laquelle les droits législatifs ont été progressivement restreints de différentes manières, tandis que la jurisprudence de la *Common Law* a parfois radicalement élargi les clauses implicites du contrat de travail pour offrir une meilleure protection au salarié, entraînant des tensions constitutionnelles et des défis intellectuels pour les juristes. Le cadre législatif anglais a pour objectif de fournir certaines protections apparentes aux salariés, tout en limitant les coûts des licenciements, tant économiques que disciplinaires, pour l'employeur.  Le cadre législatif : le licenciement abusif et le barème d'indemnité  À première vue, le cadre législatif du droit anglais relatif à la sécurité de l'emploi est globalement conforme, en termes de forme et de contenu, à des protections similaires dans d'autres pays européens. Le droit à une indemnité de licenciement en cas de licenciement économique a été instauré pour la première fois dans les années 1960 (*Redundancy Payments Act 1965*), principalement pour encourager les entreprises à se moderniser, tout en cherchant à partager les coûts sociaux de ce processus(29). Le droit de « ne pas être injustement licencié » a été instauré comme droit subjectif du salarié singulier au début des années 1970 (*Industrial Relations Act 1971*). La combinaison de ces deux régimes a marqué le début de la transition rapide du modèle de *laisser-faire collectif* à un système *individualisé* de protections. Bien que divers changements subtils aient eu lieu dans ce domaine entre-temps, notamment en ce qui concerne la période d'admissibilité, qui est maintenant de deux ans, sa structure de base est restée stable. En vertu de l'article 98 de la loi de 1996, le licenciement d'un salarié est « juste » uniquement si son contrat est résilié pour l'une des raisons « potentiellement justes » énumérées dans l'article 98, et si la décision de licencier le salarié a été effectivement équitable dans les circonstances du cas. En général, les tribunaux donnent une large marge d'appréciation à l'employeur à cet égard, en se demandant si la décision de licencier le salarié se trouve dans la « gamme de réponses raisonnables »(30).  L'indemnité législative pour le licenciement abusif  La même loi de 1996 instaure le barème de l'indemnité applicable. La jurisprudence a évolué pour fournir un certain nombre de principes supplémentaires à cet égard, et il existe des facteurs qui peuvent limiter, réduire ou, parfois, augmenter le calcul initial. L'article 118 de la loi de 1996 établit deux éléments qui produisent le calcul total de l'indemnité. Il s'agit de l'indemnité *de base* et de l'indemnité *compensatoire*. Bien que, dans le texte législatif, le premier soit présenté comme un pur calcul mathématique alors que le dernier semble plutôt discrétionnaire, tous les deux ont tendance à être calculés selon un baromètre plutôt stable et prévisible. De manière significative, tous les deux sont soumis à des « plafonds » importants qui limitent le montant de l'indemnité applicable en cas de licenciement abusif. L'indemnité *de base* est également le montant pour des licenciements économiques, sauf dans le cas où le salarié a été injustement sélectionné pour le licenciement économique, par exemple sans recourir à des critères objectifs ou à une procédure équitable, le licenciement est alors considéré comme abusif et le salarié à droit aussi à l'indemnité *compensatoire*.  L'indemnité *de base* est calculée conformément à la formulation de l'article 119 de la loi de 1996 : le salarié reçoit un montant équivalant à une semaine de salaire pour chaque année de service chez l'employeur, jusqu'à un maximum de vingt ans. Cependant, le salarié reçoit une fois et demie son salaire hebdomadaire pour chaque année de travail au-delà de l'âge de 40 ans, et une demi-fois son salaire hebdomadaire pour les années de travail jusqu'à l'âge de 22 ans. Ces dispositions ont pour effet de favoriser les travailleurs plus âgés et ayant des périodes de service plus longues. Ceci peut refléter l'idée que ces travailleurs auront plus de difficultés à trouver un nouvel emploi et auront perdu leur statut et des primes supplémentaires. De manière significative, alors que l'indemnité de base est directement liée au salaire hebdomadaire, la notion de « salaire hebdomadaire » est soumise à une limite de £ 508. Le montant maximum de l'indemnité de base est donc de £ 15 240, bien que la plupart des salariés aient droit à un montant beaucoup plus limité. Dans le cas de licenciements abusifs, dans certaines circonstances, conformément à l'article 120 de la loi de 1996 et aux dispositions d'une loi de 1992 (*Trade Union and Labour Relations [Consolidation] Act 1992*), l'indemnité de base est soumise à un minimum lorsque le motif du licenciement est considéré comme « automatiquement injuste », tel que l'affiliation à un syndicat.  Le deuxième élément du calcul est l'indemnité *compensatoire*. L'article 123 de la loi de 1996 dispose que le tribunal du travail doit accorder au salarié ce qui est « juste et équitable compte tenu du préjudice subi par le plaignant », y compris les frais « raisonnablement encourus » et tout avantage perdu à cause du licenciement. Bien que cela confère un pouvoir assez large d'octroyer des sommes compensatoires importantes, les tribunaux sont soumis à une série de limites législatives et jurisprudentielles quant à la manière dont ces calculs sont effectués.  Premièrement, le montant de ces indemnités est limité doublement : l'indemnité compensatoire ne peut excéder ni £ 83 682, ni cinquante-deux fois le salaire hebdomadaire du salarié. Deuxièmement, en suivant la jurisprudence pour ce qui concerne le calcul des « pertes », les tribunaux se limitent généralement à un calcul de pertes *financières* liées à la perte d'emploi, ce qui transforme l'indemnité compensatoire dans une forme de calcul de dommages-intérêts selon les principes de droit privé commun(31). Dans certaines circonstances, le « plafond » de l'indemnité compensatoire ne s'applique pas et toute perte démontrable doit être indemnisée, par exemple dans le cas de licenciement discriminatoire. Il existe en plus certaines circonstances où le salarié a droit à un montant supérieur, notamment en vertu de l'article 207A de la loi de 1992, qui autorise le tribunal à majorer l'indemnité d'un maximum de 25 % en cas de non-respect des directives légales en matière de procédures disciplinaires appropriées au sein de l'entreprise.  Lorsqu'un salarié a droit à une indemnité pour un licenciement abusif, celle-ci est également susceptible d'être considérablement réduite, par exemple en raison de la faute du salarié. On trouve souvent de telles réductions dans les cas où il est établi que l'employeur a suivi une procédure défectueuse, mais peut démontrer que le salarié aurait été « justement » licencié de toute façon. Ces réductions sont souvent appelées « réductions Polkey », prenant leur nom de l'arrêt qui a établi le principe général(32).  Le barème est donc plutôt mécanique dans ses calculs, malgré la souplesse apparente de son élément « compensatoire ». De manière significative, alors que le montant total potentiel proposé semble relativement élevé, les limites en vigueur font que, pour la plupart des salariés, l'indemnité est en fait relativement basse. La tendance générale du législateur a été de tenter de restreindre l'accès à ces droits. Alors que de plus en plus de travailleurs au Royaume-Uni se retrouvent dans des catégories de travailleurs « intermédiaires », protégés par une partie seulement du droit du travail, et ont totalement perdu le droit législatif à la sécurité de l'emploi qui ne s'applique qu'aux salariés (loi de 1996, art. 230).  Licenciement abusif et le contrat de travail  Avant la mise en place de la législation sur les licenciements abusifs et économiques, les seules limites juridiques formelles à la capacité de l'employeur de mettre fin au contrat de travail d'un salarié étaient celles qui se trouvaient dans le contrat de travail lui-même. En réalité, en dehors du droit formel, il existait aussi un niveau de sécurité d'emploi beaucoup plus élevé grâce à la pression collective et à la mobilisation sociale. Le contrat de travail était traditionnellement considéré comme une faible source de protection pour les salariés en cas de licenciement. Cette impression est valide en partie, mais le contrat de travail peut également constituer une source de protection importante pour les travailleurs non protégés par la législation sur les licenciements abusifs et une source supplémentaire de recours pour tous les salariés. L'évolution des clauses implicites du contrat de travail par la *Common Law* pendant les dernières décennies a souligné l'importance de ce domaine du droit pour certains salariés.  Lorsqu'un employeur résilie le contrat de travail en violation des conditions de ce contrat, on parle de « licenciement injustifié ». Dans de telles circonstances, le salarié a droit à des dommages-intérêts conformément aux principes généraux du droit commun des contrats. En général, cela confère une protection extrêmement limitée aux salariés, car les contrats de travail en droit anglais sont généralement considérés comme résiliables « avec préavis ». La période de préavis appropriée est déterminée par le contrat, qui peut contenir une clause explicite à cet égard, ou le tribunal peut établir un préavis « raisonnable » selon les pratiques en vigueur dans le secteur. La loi (art. 86 de la loi de 1996) impose un préavis minimum d'une semaine pour chaque année d'emploi, le préavis de la première semaine s'établissant après un mois. Dans les cas où le salarié n'a pas déjà violé le contrat de travail, quand il y a un licenciement sans le préavis prévu par la Loi ou par son contrat, le salarié a droit à une indemnisation en forme de dommages-intérêts, équivalant aux dommages résultants de l'absence de préavis. Dans la plupart des cas, cela se limite au montant que le salarié aurait gagné pendant cette période(33), mais pourrait également inclure des paiements et avantages supplémentaires dont il aurait bénéficié(34). Pour certains salariés qui bénéficient d'un salaire élevé ou d'un long délai de préavis contractuel (ou de l'absence de préavis dans le cas de certains contrats à durée déterminée), cette protection peut permettre un niveau élevé d'indemnisation dans certaines circonstances. Toutefois, en vertu des principes généraux du droit des contrats, le salarié est tenu de minimiser ses dommages. Il existe également un principe général dans la *Common Law* selon lequel les dommages-intérêts ne sont pas recouvrables ni pour la manière ni pour l'équité du licenciement. La combinaison de ces facteurs signifie que le contrat de travail offre peu de protection à la plupart des salariés.  Cependant, dans diverses circonstances, il semblerait que la *Common Law* puisse offrir un niveau de protection plus élevé. Certains contrats de travail peuvent contenir des clauses explicites qui limitent les motifs de licenciement ou qui précisent les procédures à suivre pour qu'un licenciement soit valide selon le contrat. Dans de telles circonstances, même si un préavis est donné par l'employeur, le salarié peut demander un montant plus élevé d'indemnisation et même, dans certaines circonstances, empêcher le licenciement de prendre effet jusqu'à ce que la procédure appropriée soit suivie. En général, les tribunaux accordent un montant supplémentaire qui reflète le temps qui aurait été nécessaire pour la procédure disciplinaire contractuelle(35). Si le salarié peut démontrer que le non-respect de la procédure appropriée a entraîné des pertes supplémentaires, telles que des préjudices psychologiques ou l'impossibilité de trouver un emploi en raison d'une atteinte à la réputation, les principes généraux du droit des contrats signifient que ces pertes devraient être recouvrables en forme de dommages-intérêts. La célèbre affaire *Malik* (36) a démontré la possibilité pour les salariés de réclamer des sommes potentiellement importantes en cas de pertes catastrophiques et démontrables résultant d'une violation des clauses du contrat de travail, lorsque la Chambre des Lords a confirmé pour la première fois qu'il existait une clause implicite de « confiance mutuelle » dans tous les contrats de travail et que les employeurs sont responsables de toutes les pertes résultant de la violation de cette clause. L'effet de la « découverte » de cette clause implicite de confiance mutuelle, d'une part, et, d'autre part, du principe général selon lequel toutes les pertes démontrables résultant de la violation de telles clauses contractuelles sont, en théorie, recouvrables conformément aux principes de la *Common Law*, semblait établir la possibilité d'une indemnisation beaucoup plus élevée, et sans limites, pour ceux qui pourraient subir des dommages significatifs résultant d'une violation de cette clause de confiance mutuelle.  Toutefois, entre-temps, la jurisprudence anglaise n'a pas entièrement évolué dans cette direction, ce qui a entraîné une controverse constitutionnelle, qui a entraîné, à son tour, une grande confusion. D'une part, dans l'affaire *Johnson* (37), la Chambre des Lords a estimé que la clause implicite de confiance mutuelle ne s'appliquait pas aux licenciements, ce qui signifie que ni les décisions injustes concernant les licenciements ni la manière dont elles ont été exécutées ne constituaient une violation du contrat. Bien que plusieurs raisons aient été invoquées par les juges pour justifier cette décision, la plus importante a été l'argument selon lequel la possibilité d'une indemnisation supplémentaire en cas de violation d'une clause contractuelle implicite de confiance mutuelle aurait pour effet de contourner le barème que le législateur avait déjà établi(38). Cela crée une situation assez curieuse dans laquelle un salarié licencié peut réclamer des dommages-intérêts illimités pour toute perte liée à un comportement de l'employeur en violation de la clause implicite de confiance mutuelle *pendant* l'exercice du contrat, mais non à une perte imputable à un tel comportement connecté à la résiliation du même contrat. La possibilité de séparer de telles pertes est évidemment extrêmement difficile, bien que la jurisprudence ultérieure ait confirmé ce principe(39). Dans l'affaire *Edwards* (40), la Cour suprême a estimé que le non-respect d'une procédure disciplinaire prévue *explicitement* dans une clause du contrat de travail ne pouvait pas donner lieu à des dommages-intérêts dépassant les limites fixées par le barème législatif(41). Bien que le raisonnement des juges en l'espèce ne soit pas très cohérent, l'élément le plus important de l'arrêt consiste à étendre le principe de l'arrêt *Johnson*, selon lequel la *Common Law* ne devrait pas aller au-delà des limites imposées par le législateur, même si cela limite l'effet des clauses de protection conclues par les parties. Les protections des salariés énoncées dans la législation sont donc plus perçues comme un plafond plutôt qu'un plancher, ce qui limite la capacité du droit des contrats de la *Common Law*, et des parties elles-mêmes, à établir des recours supplémentaires aux salariés licenciés abusivement.  Conclusions et confusions  La *Common Law* et le droit général des contrats ont fourni pendant ces dernières années un contrepoids au recul des droits individuels et collectifs dans le droit du travail anglais. Dans le contexte des indemnités de licenciement, la jurisprudence s'est montrée plus réticente quant à la mise en valeur de ce potentiel, reflétant l'impression que l'objectif de la loi de 1996 est de fixer des limites de responsabilité pour les employeurs plutôt que de fournir un ensemble minimal de protections sur lesquelles les parties pourraient « construire » dans leurs négociations contractuelles. Le refus des tribunaux d'élargir les principes généraux de la responsabilité contractuelle de manière à permettre l'octroi d'une indemnisation supplémentaire à ceux qui subissent des pertes personnelles et professionnelles catastrophiques du fait d'un licenciement abusif n'a toutefois pas apporté la clarté recherchée par les juges. Les circonstances dans lesquelles les salariés peuvent se prévaloir de droits contractuels supplémentaires pour réclamer des dommages-intérêts supplémentaires à ceux prévus par la loi restent relativement floues. Le cadre législatif qui régit les licenciements économiques et disciplinaires n'est pas destiné à fournir un ensemble solide de protections aux salariés, sauf dans les cas de certains licenciements « automatiquement injustes » et d'autres circonstances exceptionnelles. Le droit anglais cherche plutôt à fournir une certitude quant au niveau maximal des coûts des licenciements économiques et disciplinaires pour l'employeur, même lorsque ceux-ci sont jugés inéquitables.  Luke Mason |
|  |
| (29) H. Collins, « The Meaning of Job Security », Industrial Law Journal, déc. 1991, vol. 20, n° 4, p. 227.   (30) *Iceland Frozen Foods Ltd v. Jones* [1983] ICR 17.   (31) *Norton Tool Co Ltd v. Tewson* [1972] ICR 501.   (32) *Polkey v. Dayton Services Ltd* [1987] UKHL 8.   (33) *Fosca Services (UK) Ltd v. Birkett* [1996] IRLR 325.   (34) *Addis v. Gramophone Co Ltd* [1909] AC 488.   (35) *Boyo v. London Borough of Lambeth* [1994] ICR 727.   (36) *Malik and Mahmud v. Bank of Credit and Commerce International SA* [1997] UKHL 23.   (37) *Johnson v. Unisys Limited* [2001] UKHL 13.   (38) K. Costello, « *Edwards v. Chesterfield Royal Hospital* - Parliamentary Intention and Damages Caused by Maladministration of a Contractual Dismissal Procedure », The Modern Law Review, 2013, vol. 76, n° 1, p. 134-145.   (39) *Eastwood v. Magnox Électric plc* [2004] UKHL 35.   (40) *Edwards v. Chesterfield Royal Hospital NHS Foundation Trust and Botham v Ministry of Defence* [2011] UKSC 58.   (41) H. Collins, « Compensation for Dismissal : In Search of Principle », Industrial Law Journal, juill. 2012, vol. 41, n° 2, p. 208. |