

LE CONTRAT À PROTECTIONS CROISSANTES EN DROIT DU TRAVAIL ITALIEN. EXAMEN CRITIQUE DU SYSTÈME DE PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT ABUSIF À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Le fameux contrat à protections croissantes, issu du Job's Act, a conduit à une profonde évolution des sanctions liées au licenciement en droit italien. Il s'est agi de concevoir l'indemnité de licenciement comme « une compensation financière préétablie seulement sur la base de l'ancienneté de service, de façon à [la] rendre parfaitement calculable et prévisible ». Ainsi, tous les licenciements pour cause économique ont été indemnisés selon un barème – c'est-à-dire un mécanisme de protection strictement prédéterminé sur une base

arithmétique qui augmentait avec l'ancienneté de service – jusqu'à un montant maximal prédéterminé; la réintégration du salarié n'étant seulement imposée que dans les cas de licenciements prohibés ou en cas d'absence de motif fautif. Ce système mérite un examen, tout comme la décision du 26 septembre 2018 de la Cour constitutionnelle italienne qui a neutralisé le dispositif, en retenant l'inconstitutionnalité du système de détermination de l'indemnité du salarié liée à la seule ancienneté de service.

Sanction des licenciements prohibés

L'article 2 du décret législatif n° 23/2015 réserve la protection réelle, c'est-à-dire la réintégration du salarié, aux cas où la nullité du licenciement est retenue par le juge en raison de son caractère discriminatoire⁴² ou aux autres cas d'interdictions légales⁴³. Par ailleurs, la

réintégration du salarié dans son emploi après un licenciement inefficace est prévue dans le cas où la notification du licenciement a été effectuée oralement ou dans l'hypothèse d'un défaut de motivation ayant trait à l'incapacité psychique ou physique de l'employé⁴⁴.

(42) Le texte de l'art. 2, al. 1, décr. législatif n° 23/2015 diffère légèrement par rapport à l'art. 18, al. 1, L. n° 300/1970; cependant, la doctrine est unanime sur le fait que, du point de vue réglementaire, il n'y a pas des différences parce que les éléments discriminatoires sont toujours les mêmes; v. F. Marinelli, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito. Contributo allo studio delle fattispecie*, Giuffrè, 2017; E. Pasqualetto, « Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18, Stat. lav. all'art. 2, d.lgs. n° 23/2015 », in F. Carinci et C. Cester (dir.), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n° 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, 2015, Adapt, Labour studies, n° 46, p. 48 s.; C. Bizzarro, « La tutela ripristinatoria "forte" », in F. Basenghi et A. Levi (dir.), *Il contratto a tutele crescenti*, Giuffrè, 2016, p. 34 s.

(43) La doctrine s'exprime de manière concordante en disant que le législateur a essayé de réduire la réintégration du salarié aux seules hypothèses de nullité du licenciement expressément prévues par la loi; v. M. Biasi, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Cedam, 2017; *idem*, « Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti" ? », in G. Zilio Grandi et M. Biasi (dir.), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, p. 147 s.; F. Carinci, « Licenziamento e tutele differenziate », in O. Mazzotta (dir.), *Lavoro ed. esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2016, p. 119 s.

(44) Le législateur a estimé devoir mettre en œuvre la « protection réelle » lorsque le juge vérifie la présence d'un motif de licenciement qui se base sur le handicap du travailleur ou dans le cas où la vérification de l'assigner à des tâches équivalentes ou inférieures, n'a pas été effectuée.

Dans ces cas, l'employeur est condamné à réintégrer le salarié dans son emploi et à réparer le préjudice subi par celui-ci. De façon générale, le juge condamne l'employeur au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, montant dont il est déduit l'*aliunde perceptum*, c'est-à-dire le montant de salaire qu'il a perçu en travaillant pour le compte d'une autre entreprise. Cette somme, qui ne peut pas être inférieure à cinq mois de salaire, doit être calculée en prenant pour base le dernier salaire utile à déterminer le *trattamento*

Sanction de l'absence de juste cause et de motif économique ou personnel

L'article 3 du décret législatif n° 23/2015 a constitué le cœur de la réforme du système des sanctions prévue par le législateur en matière de licenciements abusifs. En effet, la méthode de calcul préétablie sur la base de l'ancienneté de l'employé décrite dans le premier alinéa permettait à l'employeur de connaître à l'avance le coût de la rupture abusive du contrat de travail. Toutefois, elle s'est heurtée à l'arrêt de la Cour constitutionnelle qui, comme on le verra dans la suite de l'article, en a réduit la portée novatrice sans pour autant modifier les barèmes minima et maxima prévus pour l'indemnité du travailleur. À l'exception des licenciements prohibés, lorsque le juge vérifie le manque de juste cause ou du motif réel et sérieux – économique ou personnel –, l'employeur est condamné au paiement d'une indemnité compensatoire au moins égale à six mois et n'excédant pas trente-six mois de salaire⁽⁴⁵⁾. L'indemnité se fonde sur la rémunération annuelle qui est utilisée pour déterminer le TFR et n'est pas assujettie au versement des charges sociales pour la période déterminée. Donc, il ne s'agit plus d'évaluer, parmi une gamme de sanctions, la gravité de l'abus commis par l'employeur dans l'exer-

cié de son droit à licencier, puisque le juge ne peut plus recourir qu'au seul moyen de la réparation économique du préjudice subi par le travailleur. En d'autres termes, l'employeur ne peut pas être condamné à la réintégration du salarié dans son emploi – même dans l'hypothèse d'une sanction conservatrice en application des conventions collectives ou des codes disciplinaires. Cependant, l'alinéa 2, de l'article 3, du décret n° 23/2015 a ménagé une exception. En effet, dans l'hypothèse où, en cas de défaut de juste cause ou de motif fautif, l'inexistence de la cause réelle et sérieuse à la base de la rupture du contrat est « directement démontrée »⁽⁴⁷⁾ à l'occasion du procès; le juge « annule le licenciement et condamne l'employeur à réintégrer le salarié dans son emploi » et à payer une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration. Si le salarié a perçu, au cours de cette période, un salaire en travaillant pour le compte d'une autre entreprise ou dans l'hypothèse où il l'aurait perçu en acceptant une offre d'emploi adéquate⁽⁴⁸⁾, ces sommes sont déduites du montant de la réparation du préjudice subi. En tout état de cause, le

montant de l'indemnité ne peut pas être supérieur à douze mois de salaire; le législateur a prévu

aussi le versement des cotisations sociales pour la période correspondante.

Sanction de l'absence d'énonciation des motifs de licenciement et de notification du licenciement disciplinaire

L'article 4 du décret législatif n° 23/2015 prévoit la seule réparation économique dans les cas d'absence d'énonciation des motifs de licenciement et de notification du licenciement disciplinaire pour tous les salariés, sauf pour les dirigeants, qui ont été embauchés après le 7 mars 2015. D'un côté, le législateur vise l'hypothèse du licenciement notifié par écrit sans énonciation des motifs du licenciement, de l'autre côté, l'article se réfère au licenciement pour motif fautif notifié en violation de la procédure de licenciement disciplinaire.

Le juge déclare la rupture du contrat de travail alors que le licenciement manque de motif ou que les motifs invoqués ne sont pas énoncés d'une façon « analytique, détaillée et complète »⁽⁴⁹⁾ ou encore lorsqu'il constate une infraction à la procédure de licenciement disciplinaire décrite par l'article 7 du Statut des travailleurs. Par ailleurs, l'employeur est condamné au paiement d'une indemnité, non soumise aux charges sociales, calculée selon le barème, et équivalent à une somme pouvant aller de deux à douze mois de salaire. Cependant, lorsque le manquement commis par l'employeur va au-delà de la violation de la procédure de notification du licenciement disciplinaire, c'est-à-dire quand la rupture du contrat se révèle discriminatoire, nulle ou dépourvue d'une cause réelle et sérieuse, le juge peut appliquer la sanction prévue aux articles 2 ou 3 du décret n° 23/2015.

Selon l'interprétation d'une partie de la doctrine concernant le cas du licenciement notifié en l'absence de motivation, le juge devra distinguer l'hypothèse où l'employeur a omis d'énoncer les

motifs existant réellement et celle où il a rompu le contrat de travail à défaut de faits imputables au salarié. Dans ce dernier cas, la sanction applicable sera choisie parmi celles figurant aux articles 2 ou 3 lorsqu'il s'agit d'un licenciement prohibé. Par ailleurs, le licenciement disciplinaire prononcé sans convocation à l'entretien préalable – entretien au cours duquel l'employeur est tenu d'indiquer le, ou les motifs de la décision envisagée – implique toujours l'évaluation du juge pour établir l'existence de la cause réelle et sérieuse et donc une vérification quant à l'existence d'une irrégularité procédurale ou d'un licenciement abusif⁽⁵⁰⁾.

Concernant la possibilité de déroger aux nouvelles prescriptions, le législateur a laissé aux parties la possibilité d'écarter l'application des barèmes décrits ci-dessus au moyen de conventions collectives ou d'un accord individuel avec le salarié, qui prévoient de garder le précédent système de protection, notamment plus favorable aux employés. D'ailleurs, on peut souligner que le législateur persiste à favoriser l'intérêt de l'entreprise dans le régime de sanctions pour les licenciements abusifs. En effet, les barèmes des indemnités décrits aux articles 3 et 4 sont aussi appliqués de manière réduite aux entreprises de moins de 16 employés, c'est-à-dire celles qui ne répondent pas aux prescriptions de l'article 18 du Statut des travailleurs. Dans ces circonstances, l'article 9 du décret n° 23/2015 établit que l'indemnité doit être réduite de moitié et ne peut pas, en tout état de cause, être supérieure à un montant équivalant à six mois de salaire.

Le contrat à protections croissantes à l'épreuve de l'interprétation constitutionnelle

La Cour constitutionnelle a été saisie par le tribunal de Rome de la question de la constitutionnalité de l'article 1, alinéa 7, c), de la loi 10 décembre 2014, n° 183, et des articles 2, 3 et 4 du décret législatif du 4 mars 2015, n° 23 (mesures en matière de contrat à durée indéterminée à protections croissantes).

La lecture des événements et des réflexions juridiques exposés par le juge amène à identifier le

cœur de la question constitutionnelle dans le mécanisme que le législateur a choisi pour déterminer l'indemnité du salarié. Il ne s'agit donc pas de remettre en cause la réparation du préjudice subi par l'employé *via* un moyen économique caractérisé par des barèmes minimaux et maximaux⁽⁵¹⁾ mais plutôt la prédétermination automatique du montant selon l'ancienneté de service du salarié

(45) Il s'agit, en bref, d'une somme d'argent qui correspond au salaire annuel du travailleur divisé par 13,5. L'employé a le droit de recevoir cette partie de son salaire à la rupture du contrat de travail, indépendamment des raisons qui ont amené à la fin du rapport d'emploi. Selon l'avis de la doctrine ce nouveau paramètre de calcul peut assurer une plus grande certitude des coûts du licenciement; v. R. Vianello, « Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento », RIDL 2018. 1, I, p. 75 s.; l'auteur soutient que, à l'égard des négociations et conventions collectives, ceux qui ont été conclus avant le 7 mars 2015 ne peuvent pas être appliqués aux employés engagés avec un contrat à protections croissantes quand un ou plusieurs accessoires du salaire qui déterminent le TFR ont été supprimés; v. not. V. Fili, « Tutela risarcitoria e indennitaria: profili quantificatori, previdenziali e fiscali », in E. Ghera et D. Garofalo (dir.), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, p. 185 s.; G. Treglia, « Il calcolo delle indennità », in M.T. Carinci et A. Tursi (dir.), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2015, p. 215 s.

(46) V. décr.-loi 12 juill. 2018, n° 87, « Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese » [Dispositions urgentes pour la dignité des travailleurs et des entreprises], devenu, après modifications, la loi 9 août 2018, n° 96. L'art. 3, al. 1, du décr.-loi n° 87/2018 a modifié uniquement le barème minimal et maximal de l'art. 3, al. 1, décr. législatif n° 23/2015 qui détermine l'indemnité pour le travailleur injustement licencié. L'art. 3, décr.-loi n° 87/2018 a augmenté le barème respectivement de quatre à six mois – minimum – et de vingt-quatre à trente-six mois – maximum – du dernier salaire de référence pour le calcul du TFR.

(47) En ce qui concerne le licenciement disciplinaire, l'employeur est tenu d'indiquer au cours de l'entretien le ou les motifs de la décision envisagée. Cette mesure implique le fait qu'il reproche une faute à l'employé; si celle-ci n'existe pas dans la réalité et si son absence matérielle est démontrée pendant le litige, l'employé bénéficie du droit à la réintégration.

(48) Il s'agit de l'*aliunde perceptum*, c'est-à-dire l'évaluation économique qui est réalisée sur la base des règles concernant la perte du droit au chômage à cause du rejet de l'offre d'emploi adéquate.

(49) A. Levi, « La tutela risarcitoria dimidiata », in F. Basenghi et A. Levi (dir.), *Il contratto a tutele crescenti*, Giuffrè, 2016, p. 106; v. V. Cagnin, « I nuovi effetti del licenziamento per vizi formali e procedurali », in L. Fiorillo et A. Perulli (dir.), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, 2015, p. 133 s.; R. de Luca Tamajo, « Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato », ADL 2015. 2, I, p. 269 s.; G. Bolego, « Il licenziamento immotivato alla luce del d.lgs. n° 23/2015 », DLRI 2016. 150, p. 317 s.

(50) A. Levi, *op. cit.*

(51) La prévision des barèmes d'indemnité par le législateur n'est pas contraire à la notion d'adéquation de la mesure indemnitaire fournit pas la jurisprudence constitutionnelle mais c'est plutôt la méthode fixe de calcul qui est en cause.

de telle sorte qu'elle élimine complètement « l'appréciation du juge »⁽⁵²⁾. Un tel système de sanction, selon l'interprétation fournie dans l'ordonnance de renvoi, viole les principes d'égalité et du caractère raisonnable de la disposition législative parce qu'il est contraire à la nécessité d'assurer une indemnisation adéquate du dommage du travailleur.

Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle a affirmé l'inconstitutionnalité de l'article 3, alinéa 1, du décret législatif n° 23/2015 concernant la partie suivante: « dont le montant est égal à deux mensua-

lités du dernier salaire qui est pris à référence pour le calcul du TFR pour chaque année de service ». La Cour, par ailleurs, a prévu que dans le cadre du barème minimal et maximal pour déterminer l'indemnité au profit du salarié, le juge devra, d'abord, prendre en considération l'ancienneté de service du salarié mais aussi les autres critères qui peuvent être liés à l'évolution générale du système de protection des licenciements abusifs, c'est-à-dire l'effectif de l'entreprise, la dimension de l'activité économique, l'attitude et les conditions des parties⁽⁵³⁾.

Quelques considérations pour conclure

L'objectif de revitalisation de l'emploi grâce à l'utilisation de contrats à durée indéterminée par les entreprises que le législateur a essayé d'atteindre, en accordant aux employeurs la certitude des coûts du licenciement et des nouvelles opportunités de flexibilité dans le rapport du travail, n'est pas totalement réussi. La Cour constitutionnelle a retenu la violation du principe d'égalité et le non-respect par le contrat à protections croissantes de dispositions européennes et internationales. D'ailleurs, les données concernant l'évolution de l'emploi en Italie⁽⁵⁴⁾ confirment les doutes exprimés par la partie de doctrine qui ne voyait pas – à juste titre – une corrélation positive entre « la réduction de la *Job Employment Protection* et l'accroissement de l'activité professionnelle »⁽⁵⁵⁾.

L'arrêt de la Cour présente notamment le mérite de rétablir l'équilibre perdu entre l'exercice du droit de licencier de l'employeur et la protection du droit à travailler des employés. Les barèmes d'indemnité demeurent mais il appartient au juge – en retrouvant son pouvoir d'appréciation et en s'écartant de la fonction de simple comptable – de déterminer la mesure économique de la sanction à infliger à l'employeur en rapport avec la gravité du préjudice subi par le salarié⁽⁵⁶⁾. Cependant, la distorsion du système des relations économiques qui n'assure pas la protection des travailleurs dans le marché du travail persiste. En effet, du point de vue de la sécurité sociale, l'assouplissement des coûts de licenciement grâce à la stratégie politique traduite dans le droit du travail actuel de ne pas

soumettre la période indemnisée au versement des charges sociales, présente des répercussions négatives par rapport à la capacité contributive du travailleur tout au long de sa vie professionnelle. Celles-ci, par ailleurs, sont exacerbées par les réformes interminables et le retard de la mise à jour du système de soutien du travailleur dans la recherche d'un nouvel emploi. La période de chômage ou l'intervalle entre le licenciement et le nouvel emploi affectent notamment la continuité des cotisations perçues par le travailleur au cours de sa vie active. Dans le domaine de la prévoyance sociale, la durée de la période de cotisation constitue la condition nécessaire à l'utilisation des outils de sécurité sociale. Si on songe, par exemple, au droit à la pension, le législateur fait preuve de myopie dans la mesure où la mise en place d'une réforme incapable de contrebalancer effectivement le coût en termes de sécurité sociale de la flexibilité menace d'altérer le système de prévoyance en imposant aux travailleurs de payer tous les risques présents et futurs du marché économique.

Les problèmes actuels sont aigus mais, si l'on veut garder le système global du marché du travail en bonne santé, il faudrait corriger ces déséquilibres afin de réaliser une conciliation équitable des intérêts pour ne pas priver les travailleurs de sécurité dans leurs relations de travail.

Maria Cristina Degoli

Chercheuse postdoctorale,

Université catholique de Louvain-la-Neuve

(52) V. T. Rome, Sez. III lav., 26 juill. 2017, ord. n° 195.

(53) Sur cette décision, v. RDT 2018. Contro. 802, art. C. Alessi et T. Sachs ; *ibid.* 2019. 161, obs. A. Perulli.

(54) Le bulletin mensuel publié en déc. 2018 par l'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) concernant le cycle de l'emploi en Italie montre une légère diminution du chômage ; cependant, la croissance est composée par employés engagés avec un contrat de travail à durée déterminée et par les travailleurs indépendants. Les données démontrent, donc, une diminution des salariés avec un contrat à durée indéterminée (- 35 000). Il s'ensuit que la théorie du manque de sécurité juridique par rapport au coût du licenciement, visée par une partie de la doctrine comme un élément perturbateur du recrutement sur la base d'un contrat à durée indéterminée, n'a pas été confirmée par les données économiques.

(55) V. Speziale, « La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti », *Rivista giuridica del lavoro*, 2017, II, p. 333 s.

(56) V. Gênes, 21 nov. 2018, n° 1550, ord. ; le tribunal de Gênes, en application des principes énoncés par la Cour constitutionnelle, a condamné l'employeur au paiement d'une somme de six mois de salaire, le maximum possible ex art. 9, du décr. n° 23/2015. Le montant a été déterminé en ne tenant pas seulement compte de l'ancienneté de service de l'employé mais aussi de son professionnalisme et des violations graves au droit à licencier de l'employeur.