



Paris, le 30 avril 2019

V/REF : C3/201910006558

Objet : Article L.1235-3 du code du travail – indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse – Circulaire du Ministère de la Justice du 26 février 2019

Madame le Garde des Sceaux,

Le 26 février dernier, votre Ministère, en la personne de Monsieur Thomas ANDRIEU, a adressé une circulaire demandant aux Magistrats du Parquet de l'informer des contentieux relatifs à l'inconventionnalité du nouveau plafond d'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse institué par l'article L. 1235-3 du code du travail depuis sa modification par l'Ordonnance du 22 septembre 2017, et d'intervenir dans ces contentieux en qualité de partie jointe pour faire connaître l'avis du parquet général sur cette question.

Cette démarche a retenu toute notre attention étant donné son caractère exceptionnel, même si, nous en avons bien le souvenir, la Chancellerie, y avait déjà eu recours en 2006 pour tenter de défendre le Contrat Nouvelle Embauche (CNE) dont l'inconventionnalité n'en a pas moins été reconnue par les juges du fond (CPH Longjumeau, 28 avril 2006, De Wee c/ Philippe Samzun ; n° 06/00316 ; CA Paris, 18^{ème} E, 6 juillet 2007, n° S06/06992), puis, quelques jours après son abrogation par la loi du 25 juin 2008, par la Cour de Cassation, dans un arrêt de principe, rendu d'ailleurs sur avis conforme de l'avocat général. (Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008 n°07-44124)

Cette réforme était elle aussi présentée à l'époque comme s'inscrivant dans le cadre d'un objectif de lutte contre le chômage que le Conseil d'Etat avait retenu comme suffisant à la justifier, ce qui n'a pas convaincu le juge prud'homal, qui a en effet toute liberté et compétence pour prendre position et qui avait jugé que la durée de 2 ans de précarisation imposée par le CNE au salarié était déraisonnable et contraire à la Convention n°158 de l'OIT.

La Cour d'Appel de Paris avait souligné que « *Dans la lutte contre le chômage, la protection des salariés dans leur emploi semble être au moins aussi pertinente que les facilités données aux employeurs pour les licencier et il est pour le moins paradoxal d'encourager les embauches en facilitant les licenciements* ».

Autant d'éléments qui résonnent singulièrement avec l'actualité des débats autour du nouvel article L. 1235-3 du code du travail.

Et nous pensons avant tout que dans le contexte social que nous connaissons, revenir à l'ancienne rédaction de l'article L.1235-3 du code du travail devrait faire partie des priorités du Gouvernement pour rétablir plus de justice sociale.

Mais les justiciables et les avocats ne pouvant pas rester inactifs dans l'attente de cet espoir, c'est devant le juge prud'homal que nous développons nos arguments démontrant l'inconventionnalité de cette réforme.

Le juge prud'homal doit en effet écarter le plafond s'il estime qu'il ne permet pas d'assurer au salarié licencié sans motif valable une indemnité adéquate de son préjudice, droit qui est garanti par l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT et l'article 24 de la Charte Sociale Européenne dont la France est signataire.

Votre circulaire affirme qu'il existerait une « jurisprudence du Conseil d'Etat » écartant l'inconventionnalité, et Monsieur ANDRIEU y annexait des extraits des décisions rendues respectivement le 7 décembre 2017 par le Conseil d'Etat et le 21 mars 2018 par le Conseil Constitutionnel.

Vous vous gardez néanmoins de rappeler que le Conseil Constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la conformité du texte aux conventions internationales, puisque cela n'entre pas dans ses compétences.

De même vous omettez de préciser que la décision du Conseil d'Etat a été rendue en référé, par un juge unique dont le droit du travail n'est pas la spécialité, et qu'elle est donc très peu motivée, limitant nécessairement son étude à la demande de suspension du texte, dans l'attente du contrôle approfondi qui n'a jamais pu intervenir au fond, puisque le texte est entre temps devenu Loi.

Cette décision du Conseil d'Etat n'offre absolument aucune ligne d'analyse des dispositions conventionnelles internationales. Et elle est inopposable au juge judiciaire, comme le démontre le précédent épisode du CNE.

La Cour de Cassation refuse quant à elle d'être saisie pour avis sur de telles questions, estimant que l'office du juge du fond doit au préalable intervenir pour statuer sur la compatibilité des dispositions internes aux textes internationaux (Cass. Avis 12 juillet 2017, n°17-70.009 P+B ; Cass. 16 décembre 2002 n°00-20.008).

Le contrôle de fond de l'inconventionnalité du plafond instauré par le nouvel article L. 1235-3 n'a donc jamais pu être tranché par les plus hautes instances et il appartient au juge prud'homal de l'examiner.

Mais puisque votre Ministère estime opportun d'alerter les Juridictions sur cette jurisprudence naissante des juges du fond, il nous semble indispensable de leur communiquer la décision rendue par le Comité Européen des Droits Sociaux le 8 septembre 2016 qui a déjà désavoué un plafond mis en place par la Finlande et pourtant moins pénalisant pour les salariés que le barème Français.

Nous leur transmettons également l'argumentaire juridique complet que nous avons élaboré pour démontrer l'inconventionnalité de ce plafond qui nous choque et nous sidère par ses dangers, son iniquité, et ses failles juridiques.

Il n'existe en France aucun autre domaine de notre droit de la responsabilité dans lequel la victime se voit imposer un plafonnement de son indemnisation au motif de la préservation de l'intérêt économique de l'auteur de la faute.

Car c'est bien l'objectif de cette réforme mis en avant par le Gouvernement et avalisé par le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 21 mars 2018 : « *un barème de dommages et intérêts impératif qui donne sécurité et visibilité sur les contentieux potentiels* », alors qu'il ne s'agit que de la préservation des intérêts des employeurs fautifs de licencier sans motif valable.

L'employeur fautif est prévenu qu'il bénéficie d'un risque plafonné, qu'il peut donc budgéter, et contre lequel il peut même d'autant mieux s'assurer !

Ainsi la sanction perd son effet dissuasif, et dès lors, l'interdiction de licencier sans motif valable perd son effectivité.

La spirale se poursuit, implacable : avec un espoir d'indemnisation très limité, le salarié qui a peu d'ancienneté ou un salaire faible, est même découragé de porter toute réclamation.

Priver un droit de sanction effective conduit inmanquablement à la multiplication des violations et à leur impunité, partielle (par le peu du plafonnement) ou totale (par l'effet du découragement).

Il nous semble essentiel d'alerter sur ces réalités que subissent les salariés et que nous constatons au quotidien de nos missions d'avocat à leurs côtés.

S'y ajoute l'atteinte portée à l'office du juge chargé d'apprécier la réalité du préjudice du salarié pour fixer le montant de sa réparation.

Sans compter la violation du principe d'égalité résultant d'un plafonnement exclusivement lié à l'ancienneté, en ce qu'il risque dans certains cas d'empêcher le juge de fixer une indemnisation différente pour des salariés placées dans une situation différente puisqu'ayant un préjudice distinct.

Enfin nous vous signalons que votre circulaire contient la curieuse affirmation que « *pour les entreprises de moins de 11 salariés, la loi se limite à fixer une indemnisation minimale* » alors que le plafond existe à l'identique pour tous les employeurs, et que c'est uniquement le plancher qui est modulé.

Ce qui dénote d'un manque de sérieux apporté à sa rédaction, qui n'est pas sans nous interpeler, alors que dans la presse, en décembre dernier, le Ministère du Travail avait jugé opportun de formuler, comme seul commentaire, que les jugements du Conseil des Prud'hommes de Troyes posaient la question de la formation juridique des Conseillers !

Souhaitant tout comme le Gouvernement pouvoir suivre l'évolution de ce contentieux, et y intervenir, le cas échéant, nous vous saurions gré de nous faire connaître les décisions rendues qui vous seront transmises.

Nous serons à cet effet très attentifs et réactifs à tout échange via notre adresse mail : saforg@orange.fr.

Vous remerciant de votre attention et par avance de vos retours, recevez, Madame le Garde des Sceaux, nos salutations les meilleures.

Laurence ROQUES, Présidente du SAF



Pièces annexées :

- Copie des courriers adressés aux Présidents de Juridiction et au Parquet
- Décision Comité Européen des Droits Sociaux le 8 septembre 2016
- Argumentaire du SAF sur l'inconventionnalité du plafond instauré par le nouvel article L. 1235-3 du code du travail