



Paris, le 30 avril 2019

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

Mesdames, Messieurs, les Procureurs Généraux,

Le 26 février dernier, la Chancellerie vous a adressé une circulaire vous demandant 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.

C'est une démarche exceptionnelle à laquelle le Garde des Sceaux avait déjà eu recours en 2006 pour tenter de défendre le Contrat Nouvelle Embauche (CNE) qui prévoyait une « période de consolidation » de 2 ans pendant laquelle le salarié était privé des règles protectrices en matière de licenciement.

Dans sa circulaire du 8 mars 2006, la Chancellerie alléguait déjà le fait qu'une décision avait été rendue par le Conseil d'Etat le 19 octobre 2005 qui avait jugé l'ordonnance du 2 août 2005 créant le CNE compatible avec la convention n°158 de l'OIT.

Et 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 justifiant la dérogation aux règles protectrices du contrat à durée indéterminée.

Mais elle n'a pas convaincu les juges du fond qui ont 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 (CPH Longjumeau, 28 avril 2006, De Wee c/ Philippe Samzun ; n° 06/00316 ; CA Paris, 18^{ème} E, 6 juillet 2007, n° S06/06992).

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.

La loi du 25 juin 2008 est venue ensuite abroger le CNE, dont la Cour de Cassation a confirmé quelques jours plus tard qu'il était contraire à la convention n°158 de l'OIT par un arrêt largement publié et rendu sur avis conforme de l'avocat général. (Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008 n°07-44124)

Comme en 2006 à l'égard du CNE, le contrôle de conventionnalité du plafonnement mis en place par le nouvel article L. 1235-3 du code du travail est désormais le travail du juge prud'homal et de lui seul.

Ce contrôle peut donc conduire, lors de l'examen d'un litige, à écarter la loi française pour faire prévaloir la convention internationale dans la résolution du litige. Le juge prud'homal peut donc écarter le plafond s'il estime qu'il ne permet pas d'assurer au salarié licencié sans motif valable la réparation 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.

La Chancellerie vous demande dans sa circulaire d'intervenir dans les litiges « *pour faire connaître l'avis du parquet général sur cette question* », mais en vous présentant toutefois le contexte juridique de manière à la fois fautive et tronquée.

La circulaire affirme en effet qu'il existerait une « jurisprudence du Conseil d'Etat » écartant l'inconventionnalité, et elle annexe des extraits des décisions rendues respectivement le 7 décembre 2017 par le Conseil d'Etat et le 21 mars 2018 par le Conseil Constitutionnel.

Elle se garde pourtant 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.

Elle se garde aussi 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, contrôle 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 du Code du travail n'a donc jamais pu être tranché par les plus hautes instances et il appartient au juge prud'homal de l'examiner.

Mais puisque la Chancellerie vous demande de recenser cette jurisprudence naissante des juges du fond et de prendre position, il nous semble indispensable de vous 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 vous transmettons également l'argumentaire juridique complet et mis à jour 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 le Ministère Public sur ces réalités que subissent les salariés et que nous constatons au quotidien dans 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 la circulaire qui vous a été adressée 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 démontre encore le peu de sérieux apporté à la rédaction du texte qui vous a été adressé.

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 dans votre ressort et les litiges dans lesquels vous serez amenés à prendre position.

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 de vos retours, recevez, Mesdames, Messieurs, les Avocats généraux et Procureurs, nos salutations les meilleures.

Laurence ROQUES, Présidente du SAF

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, sweeping arch followed by a horizontal line that ends in a small hook.

Pièces annexées :

- 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