



Paris, le 2 mars 2021

SUR L'INCONVENTIONNALITÉ DU PLAFOND DE L'ARTICLE L. 1235-3

Deux textes internationaux garantissent aux salariés licenciés sans motif valable le droit de recevoir une indemnité adéquate :

- La convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement, ratifiée par la France le 16 mars 1989, stipule dans son article 10 que si les tribunaux « *arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée* ».
- L'article 24 de la charte sociale européenne du 3 mai 1996, ratifiée par la France le 7 mai 1999, qui a repris ce même principe dans les termes suivants : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître (...) : b) le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.* »

A. L'autorité supérieure des normes internationales

En vertu du principe de légalité, chaque norme juridique doit se conformer à l'ensemble des règles en vigueur ayant une force supérieure dans la hiérarchie des normes, ou du moins être compatible avec ces normes.

L'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 indique que : « *Les Traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois [...]* »

Dès lors le Juge ne peut apprécier un litige au regard des seules règles de droit interne et doit tenir compte des textes internationaux qui, ayant été régulièrement ratifiés, ont force de loi en France à compter de leur publication par décret. (Cass. Crim. 30 juin 1976, n°75-93.296).

L'article 3 du Décret n°53-192 du 14 mars 1953 relatif à la ratification et à la publication des engagements internationaux souscrits par la France indique dans son article 3 :

« Après transmission au ministre des affaires étrangères et, s'il y a lieu, ratification, les conventions, accords, protocoles ou règlements, prévus aux articles précédents et de nature à affecter, par leur application, les droits ou les obligations des particuliers, doivent être publiés au Journal officiel de la République française. »

C'est au visa exprès de ce Décret de 1953 qu'est intervenue la publication :

- du Décret n°90-140 du 9 février 1990 portant publication de la Convention 158 de l'OIT ;
- du Décret 2000-110 du 4 février 2000 portant publication de la Charte sociale européenne (révisée) et de son annexe.

Ainsi les conventions et traités internationaux, en vertu de l'article 55 de la Constitution qui leur confère une autorité supérieure à celle de la loi interne, instituent « un ordre juridique propre » intégré en droit interne et en raison de cette spécificité qui découle de l'article 55, l'ordre juridique qu'ils créent « est directement applicable aux ressortissants » des états « et s'impose à leurs juridictions. » (Cass. Ch Mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556)

Tout juge français doit donc s'approprier le sens des normes internationales ratifiées par la France et les mettre directement en œuvre en vérifiant la conformité des normes internes aux droits et principes qu'elles énoncent pour, en cas d'incompatibilité, écarter l'application de la norme interne au cas qui leur est soumis.

Ce contrôle de conventionnalité est ouvert au juge même si la norme de droit interne a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil Constitutionnel, qui lui, n'est pas compétent pour opérer ce contrôle¹. (Cons. Const. 12 mai 2010, n°2010-605 DC)

La Cour de Cassation comme le Conseil d'Etat ont de longue date consacré ce contrôle de conventionnalité qui a notamment conduit, devant le juge prud'homal, à faire échec à la réforme du Contrat Nouvelles Embauches², dont la « période de consolidation » de 2 ans, pendant laquelle le salarié était privé des règles protectrices en matière de licenciement, a été jugée d'une durée déraisonnable et contraire à la Convention 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 ; Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008 n°07-44124).

B. L'invocabilité du droit à une indemnité adéquate

Comme cet épisode judiciaire autour du CNE l'illustre, les dispositions de la Convention 158 de l'OIT ont ainsi été invoquées utilement, à plusieurs reprises, pour écarter l'application de textes français qui n'en respectaient pas les termes et objectifs.

¹ Le juge prud'homal ne saurait ainsi être lié d'une quelconque manière par la décision rendue par le Conseil Constitutionnel le 21 mars 2018.

² Cette réforme était elle aussi présentée à l'époque comme s'inscrivant dans le cadre d'un objectif de lutte contre le chômage : la Cour d'Appel de Paris avait pour autant 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 ».

Dans ses avis du 17 juillet 2019 (n°15012 et 15013), l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation a confirmé que l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT était directement invocable dans les litiges entre particuliers.

Ces mêmes avis énoncent en revanche que l'article 24 de la Charte sociale européenne ne disposerait pas de cet effet direct en droit interne.

Et ce, sans explication et contre toute logique, puisque :

- La Charte sociale européenne est un traité du Conseil de l'Europe. Le Conseil d'Etat a déjà reconnu qu'il s'agissait d'un traité international (CE, 7 juillet 2000, Fédération nationale des associations tutélaires, n°213461). La Charte est visée expressément par l'article 151 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne. Elle est le pendant social de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui se réfère aux droits civils et politiques. Elle est dès lors considérée comme la Constitution sociale de l'Europe et constitue un texte de droit primaire.
- Le Conseil d'Etat a précisément souligné que son article 24 est directement invocable devant le juge français puisque « *ses stipulations, dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les Etats (...) ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers* » (CE 10 février 2014, n°358992, Fischer)

Le Conseil d'Etat a donc admis que le droit à une indemnité adéquate est un droit subjectif que les travailleurs peuvent opposer à leur employeur en l'invoquant directement devant le juge.

La Cour de Cassation a été d'un avis contraire en prétendant que la Charte laisse aux Etats une marge d'appréciation trop importante pour l'appliquer dans les litiges entre particuliers.

La Charte est pourtant un traité ne nécessitant pas d'acte de transposition³.

Et rien ne justifie de créer une distorsion entre les travailleurs pouvant se prévaloir de l'article 24 contre un employeur de droit public (en l'occurrence la chambre des métiers et de l'artisanat dans l'affaire Fischer tranchée en 2014) et les salariés qui ne seraient pas autorisés à le faire à l'encontre d'un employeur privé.

La Cour de Cassation avait réaffirmé très récemment sa volonté d'inscrire « *les contours de l'effet direct des conventions internationales dans des traits similaires à ceux définis par la jurisprudence du Conseil d'Etat.* » et concluait sa note accompagnant l'arrêt Ikea du 14 novembre 2018 (n°17-18259) en soulignant qu'il y a « *effet direct y compris à l'égard d'un acte de nature législative dès lors que ces dispositions internationales de fond attribuent des droits subjectifs aux particuliers que ceux-ci peuvent faire valoir devant le juge judiciaire* ».

Les avis du 17 juillet 2019 sont, quelques mois plus tard, en rupture inexplicable avec cette analyse qui rejoignait celle du Conseil d'Etat.

³ La notion d'effet direct a été élaborée au sujet des directives communautaires, lesquelles nécessitent en principe une transposition par le législateur national, et il a été admis qu'une directive pouvait être invoquée dans le cadre d'un litige entre un particulier et un organe de puissance publique (effet direct vertical), lorsque certaines conditions étaient remplies, mais pas entre personnes privées (effet direct horizontal), précisément parce que la responsabilité de la transposition incombait à l'Etat.

Dès lors, appliquer cette distinction entre effet direct vertical et effet direct horizontal pour les conventions internationales, qui ne nécessitent pas nécessairement une transposition par l'Etat, est contestable.

La Charte a pourtant été, comme on l'a rappelé plus haut, publiée par Décret en sa qualité « d'engagements internationaux de nature à affecter, par leur application, les droits des particuliers ». (Décret du 4 février 2000 visant le décret du 14 mars 1953)

Une lecture fidèle, et complète de la Charte, ne conduit à y voir aucune « marge d'appréciation » laissée aux Etats mais seulement un choix possible parmi les articles les liant.

Or la France est justement l'un des rares Etats qui a choisi, librement, et très clairement, de se considérer comme liée par l'ensemble des articles de la partie II, dont l'article 24.

Comme le Conseil d'Etat l'a souligné, aucune absence d'effet direct « *ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit* ». (Arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 11 avril 2012, GISTI et FAPIL, n° 322326)

La Charte se réfère d'ailleurs constamment aux termes « obligations » et « engagements juridiques ».

Il ne peut y être apporté de restrictions que par une loi et à la condition qu'elles soient « *nécessaires, dans une société démocratique, pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs.* » (article G de la partie IV)

En tout état de cause, il est absurde de distinguer l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT et l'article 24 de la Charte sociale européenne, pour considérer que la rédaction de ce premier texte fait naître des droits subjectifs pour les justiciables tout en déniait cette faculté au second, alors que ces textes sont rédigés dans les mêmes termes.

Ce d'autant que l'article 24 prévoit expressément la reconnaissance d'un droit : « **le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate** ».

Les avis rendus le 17 juillet 2019 qui ont lapidièrement écarté l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne sont donc plus que surprenants. (Voir notamment l'article de Julien ICARD, Semaine Sociale Lamy n°1871 du 26 août 2019 et la consultation ci-jointe du Professeur Nicolas Moizard)

Un avis de la Cour de cassation ne lie heureusement aucune juridiction, pas même celle qui en a fait la demande (art. L. 441-3 du Code de l'Organisation Judiciaire). Il ne lie même pas la Cour de Cassation elle-même⁴. Il lui est d'ailleurs arrivé à plusieurs reprises de ne pas suivre un avis qu'elle avait rendu précédemment⁵.

Dès lors, votre Juridiction devra reconnaître l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale.

A défaut il reste en tout état de cause a minima nécessaire de se référer à la notion d'indemnité adéquate telle qu'appliquée dans le cadre européen de la Charte pour éclairer l'application de la convention 158 de l'OIT puisque le terme est identique dans les deux textes.

⁴ Le 25 septembre 2019 la Chambre Sociale, interrogée à son tour, ne pouvait que renvoyer aux avis du 17 juillet 2019 de l'Assemblée Plénière sur la question posée puisqu'elle n'était pas nouvelle, mais aucun de ces avis ne lie les juges du fond, l'article 5 du Code de procédure civile rappelant d'ailleurs qu'« *il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

⁵A titre d'exemple, dans un arrêt du 30 janvier 2014 n° 02-24145 en matière de procédure civile

La Cour de Cassation a ainsi fréquemment visé les articles 5 et 6 de la Charte Sociale Européenne sur la liberté syndicale et le droit à la négociation collective dans de nombreuses décisions dans le cadre de sa pratique de la motivation enrichie (Soc. 14 mai 2010, n°09-60.426 ; Soc. 9 nov. 2010, ns 09-42.064, 09-42.065, 09-42.066, 09-42.067, 09-42.068, et 09-42.069 ; 10 nov. 2010, n° 09-72.856 ; Soc. 1er déc. 2010, n° 10-60.117 ; Soc. 8 déc. 2010, n° 10-60.223). La haute juridiction s'y référerait encore directement dans un arrêt du 15 novembre 2017 (n° 16-24884).

C. La notion d'indemnité adéquate est fiable et précise

Selon les avis du 17 juillet 2019, le terme « *adéquat* » réserverait aux Etats signataires une marge d'appréciation rendant les nouveaux plafonds d'indemnisation français compatibles avec l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT.

La Convention n°158, à l'instar de la Charte sociale européenne, a été rédigée en français et en anglais.

Le terme « *adéquat* » a été choisi dans la version française en considération de son sens et parce qu'il correspond à une notion précise. Son étymologie découle du latin *ad-aequatus* : rendu égal. Le Dictionnaire de l'Académie Française, qui sert de référence pour la traduction des textes internationaux, en donne ainsi la définition suivante : « *Qui rend compte de son objet de façon parfaite et exhaustive.* ».

L'annexe 7 du Manuel de rédaction des Instruments de l'OIT indique quant à lui qu'en français, le terme « *adéquat* » est employé souvent dans le sens d'« *approprié* » pour signifier « *adapté à un usage déterminé ou encore bien adapté, qui convient aux circonstances* » (Voir notamment l'article de Michel Henry et Marie-France Bied-Charreton, Droit Ouvrier novembre 2019 p. 700)⁶,

Dans une décision examinant une réclamation portant sur le droit du licenciement au Venezuela en 1997, le Comité de l'OIT a explicité ce terme :

« 26. L'article 10 de la convention prévoit qu'à titre accessoire une indemnité adéquate soit versée au travailleur ayant fait l'objet d'un licenciement injustifié, lorsque l'annulation du licenciement et la réintégration comme moyens de réparation principaux ne peuvent être prononcées. Le comité note que le dédommagement financier ainsi prévu sert à *indemniser la perte injustifiée de l'emploi et doit être à ce titre adéquate, c'est-à-dire suffisamment dissuasif pour éviter le licenciement injustifié. Le comité note que, si l'utilisation du terme adéquate; n'établit ni un quelconque montant pour cette indemnité ni les modalités du calcul de ce montant, il indique cependant que le montant de l'indemnité doit raisonnablement permettre d'atteindre le but visé, à savoir l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi.* »⁷

L'OIT reconnaît donc bien à ce terme un contenu fiable et précis qui ne nécessite pas d'interprétation, et encore moins de marge d'appréciation pour les Etats, et c'est cette définition qui a été fidèlement reprise ensuite par le Comité Européen des Droits Sociaux (CEDS).

⁶Annexe 7 p. 116 à 119

⁷https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCE_DURE_ID.P50012_LANG_CODE:2507030,fr

Ainsi le CEDS, organe en charge de l'interprétation de la Charte sociale européenne⁸, a déjà jugé la loi finlandaise contraire à la charte en soulignant que « *dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'une indemnisation à hauteur de 24 mois peut ne pas suffire pour compenser les pertes et le préjudice subis. (...) (et) laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvre pas le préjudice subi* » et ce, d'autant plus en l'absence de « *voies de droit alternatives prévues pour constituer un recours dans de telles situations* ». (CEDS 8 septembre 2016, n°106/2014, § 45)

Cette position a été réaffirmée à l'encontre du barème italien, également jugé contraire à l'article 24 de la Charte, dans une décision du 11 septembre 2019 (CEDS, 11 septembre 2019, n°158/2017 §87 et suivants).

Le CEDS conclut très fermement dans ses deux décisions, de 2016 et 2019, que « *tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi (...) est en principe, contraire à la Charte.* ».

Le CEDS a d'ores et déjà rejeté les arguments que développe l'Etat français pour défendre sa réforme, puisque le Gouvernement français avait produit ses observations dans le cadre de l'instruction relative à la réclamation portée contre le barème italien (§ 19 à 23), et que tous ses arguments ont été analysés et balayés, notamment lorsque le Comité a souligné :

« Au vu de ces éléments, le Comité considère que ni les voies de droit alternatives offrant au travailleur victime de licenciement illégal une possibilité de réparation au-delà du plafonnement prévu par la loi en vigueur, ni le mécanisme de conciliation, tels qu'établis par les dispositions contestées, ne permettent dans tous les cas de licenciement sans motif valable d'obtenir une réparation adéquate, proportionnelle au préjudice subi et de nature à dissuader le recours aux licenciements illégaux. »

Il résulte des deux textes internationaux, et des décisions des organes légitimes à les interpréter, que la finalité poursuivie par la convention 158 de l'OIT et l'article 24 de la Charte sociale européenne est la protection des salariés contre des licenciements injustifiés et la réparation de leur préjudice, le cas échéant⁹.

C'est donc au regard de ce seul objectif que doit être apprécié le caractère approprié de l'indemnisation, sans pouvoir se référer à des considérations extérieures à ces textes, notamment d'ordre économique.

Il n'y a pas de marge d'appréciation étatique sans texte et la Convention n'en a pas prévue.

S'il existe une marge d'appréciation, ce n'est pas celle des Etats, mais celle des juges, dans les litiges dont ils sont saisis, pour apprécier le préjudice et la réparation appropriée qu'il nécessite, sous la forme d'une indemnité adéquate.

⁸ La France a ratifié le 7 mai 1999 le protocole additionnel qui a confié au CEDS sa mission juridictionnelle pour trancher les réclamations collectives et apprécier la conformité des législations nationales aux exigences de la Charte. Les décisions rendues par le Comité lui sont dès lors opposables (ce que la France ne discute pas d'ailleurs dans les mémoires qu'elle a produit devant le Comité à la suite des recours formés par les syndicats CGT-FO et CGT) et doivent guider le juge français, si ce n'est dans le cadre d'une application directe, à tout le moins dans le cadre d'une motivation enrichie et pertinente, le fait devant guider le droit.

⁹ Carole Nivard, Droit social 2019 page 792

Or la Cour de Cassation a toujours souligné « *la nécessité de garantir qu'il soit donné pleinement effet* » aux dispositions des conventions, et notamment la convention 158 (Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008, n° 07-44124) et sa volonté de se conformer à cet effet à l'interprétation donnée aux textes internationaux par l'organe international chargé d'en contrôler l'application. Dans un arrêt récent du 14 novembre 2018 (n°17-18259), elle mentionne même directement un rapport de l'OIT dans sa décision.

En matière de licenciement, c'est évidemment la réintégration dans l'emploi qui correspondrait à la réparation la plus appropriée¹⁰, mais la loi du 13 juillet 1973 n'en a fait qu'une faculté à laquelle l'employeur peut s'opposer pour les salariés licenciés sans cause réelle ni sérieuse.

Dès lors il est patent que la réintégration que le juge peut « proposer » n'est jamais mise en œuvre et s'y référer dans les avis du 17 juillet 2019 n'était d'aucune pertinence.

La réparation appropriée des préjudices des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse en France passe nécessairement et uniquement par la fixation d'une indemnité adéquate.

Lorsque la France a ratifié la convention n°158 de l'OIT et la Charte Sociale Européenne, elle disposait d'un régime d'indemnisation conforme au sens qu'elle-même et que le comité des experts de l'OIT donne au terme « adéquat ».

Ce n'est plus le cas en présence d'un plafond qui ne permet plus à l'indemnité de rendre compte du préjudice dans son entier, de façon adaptée, parfaite et exhaustive.

D. Une indemnité adéquate ne peut écrêter une partie du préjudice

Aucune interprétation de la notion de réparation adéquate ne saurait conduire à ne réparer qu'une partie du préjudice subi en raison d'un plafonnement qui viendrait écrêter les droits du salarié : l'indemnité plafonnée n'est plus adéquate si elle n'est pas égale au préjudice et n'en rend pas compte de manière exhaustive.

La Cour de Cassation martèle sans cesse que « *la victime doit être replacée dans une situation aussi proche que possible de celle qui aurait été la sienne si le fait dommageable ne s'était pas produit* », ce qui se résume par « *tout le préjudice et rien que le préjudice* ». (Cass. Crim, 13 décembre 1995, n° 95-80.790 ; Cass. Civ 3, 3 décembre 2015, n°13-22503 ; Cass. Civ. 2 29 juin 2017 n°16-17228 ; Cass. Soc. 14 septembre 2017 n°16-11563)

C'est encore en soulignant qu'il ne faut ni perte, ni profit, que la Chambre Sociale vient très récemment de rappeler que c'est dans le cadre de l'indemnisation du licenciement que les préjudices nés de la perte d'emploi doivent tous être réparés, intégralement, et sans autre fondement possible pour cette indemnisation.

Il s'agissait en l'espèce d'un licenciement nul mais ce point n'est pas déterminant, s'agissant de la compensation du dommage résultant de la perte de chance de percevoir l'intégralité de la pension de retraite à laquelle la salariée aurait eu droit si son contrat de travail n'avait pas été rompu avant son départ à la retraite, ce préjudice pénalisant dans les mêmes conditions tout salarié licencié sans cause réelle ni sérieuse (Cass. Soc. 11 septembre 2019, n°17-27984).

¹⁰ Dans les autres matières, la Cour de Cassation a d'ailleurs recours au terme « adéquat » lorsqu'un arbitrage est nécessaire sur le mode de réparation le plus approprié parce qu'il existe une alternative la conduisant à opter pour une « *réparation adéquate au préjudice causé* »¹⁰ en ayant recours à une obligation de faire plutôt que de payer. (Civ. III 21 novembre 2012, n° 11-22710 ; Civ. I 6 février 2001, n° 99-13167 ; Civ. III 1er avril 1992, n° 90-17685 Com. 21 février 1995 n° 92-13685)

Or avec un plafond n'évoluant qu'en considération de l'ancienneté, le barème ne permet pas au juge de tenir compte de l'ensemble des éléments de situation du salarié qui alimentent ses préjudices financiers, professionnels et moraux.

La prise en compte de l'ancienneté n'exclut pas la nécessité d'indemniser par ailleurs en fonction notamment :

- d'une situation personnelle rendant critique la perte d'emploi (âge, situation de famille, handicap...);
- et/ou d'une situation professionnelle rendant la recherche d'un nouvel emploi plus difficile (éloignement géographique, spécialité rare,...);
- et/ou d'un préjudice professionnel réel plus lourd que l'ancienneté ne permet de le mesurer (par exemple salarié pouvant avoir été démarché alors qu'il était en poste et a ainsi renoncé à l'ancienneté de son ancien contrat pour subir finalement un licenciement...).

Le critère de l'ancienneté est loin d'être le plus déterminant. L'indemnisation chômage n'assurant un maintien de revenus que très partiel (57% de l'ancienne rémunération), plus le salarié est en difficulté dans sa recherche d'un nouvel emploi, plus ses préjudices s'accumulent. A ancienneté égale, ce n'est pas la durée de son ancien emploi mais celle de sa recherche d'un nouvel emploi, ou la faiblesse de rémunération du nouvel emploi qu'il aura été contraint d'accepter pour sortir du chômage, qui seront les plus déterminants de ses préjudices financiers et professionnels.

L'ancienneté érigée en couperet par les plafonds est donc un critère insuffisant, voire inadapté, qui limite de façon abrupte et injustifiée le préjudice réparable¹¹.

Cette mécanique forfaitaire d'un barème calqué sur le seul critère de l'ancienneté a d'ailleurs été censurée par la Cour Constitutionnelle Italienne, notamment au visa de l'article 24 de la Charte Sociale Européenne, alors que dans ce pays, le barème est nettement plus élevé qu'en France, indemnisant le salarié entre 6 et 36 mois de salaire¹². Et le Comité européen des droits sociaux (CEDS), organe en charge de l'interprétation de la Charte sociale européenne¹³, a à son tour constaté la violation de l'article 24 dans sa décision du 11 septembre 2019 (CEDS, 11 septembre 2019, n°158/2017 §87 et suivants). En amont le CEDS avait déjà jugé la loi finlandaise contraire à la charte en soulignant que « *dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'une indemnisation à hauteur de 24 mois peut ne pas suffire pour compenser les pertes et le préjudice subi. (...) (et) laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvre pas le préjudice subi* » et ce, d'autant plus en l'absence de « *voies de droit alternatives prévues pour constituer un recours dans de telles situations* ». (CEDS 8 septembre 2016, n°106/2014, § 45)

¹¹ C'est encore plus criant lorsque le salarié licencié pour motif économique doit encore recevoir, dans la limite de ce plafond, l'indemnisation de l'ensemble de ses préjudices, au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse mais aussi du non-respect de l'obligation de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'administration, ou encore du non-respect de la priorité de réembauchage, comme l'impose désormais la même réforme (articles L.1235-3 dernier alinéa, L. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15) ; C. Wolmark, L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié Droit ouvrier 2017, p. 733 et s. p. 736 et 737 § A L'ancienneté, un critère fruste.

¹² V. RDT 2018. Controverse 802, obs. C. Alessi et T. Sachs

¹³ La France a ratifié le 7 mai 1999 le protocole additionnel qui a confié au CEDS sa mission juridictionnelle pour trancher les réclamations collectives et apprécier la conformité des législations nationales aux exigences de la Charte. Les décisions rendues par le Comité lui sont dès lors opposables (ce que la France ne discute pas d'ailleurs dans les mémoires qu'elle a produit devant le Comité à la suite des recours formés par les syndicats CGT-FO et CGT) et doivent guider le juge français, si ce n'est dans le cadre d'une application directe, à tout le moins dans le cadre d'une motivation enrichie et pertinente, le fait devant guider le droit.

Le CEDS conclut très fermement dans ses deux décisions, de 2016 et 2019, que « *tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi (...) est en principe, contraire à la Charte.* ».

Le CEDS statuera très prochainement sur le barème français, ayant été saisi de deux réclamations collectives qui ont été jugées recevables (réclamation de la CGT-FO du 22 mars 2018 n°160-2018 et réclamation de la CGT du 7 septembre 2018 n°171-2018).

Mais il est important de souligner que le CEDS a d'ores et déjà rejeté les arguments que développe l'Etat français pour défendre sa réforme, puisque le Gouvernement français avait produit ses observations dans le cadre de l'instruction relative à la réclamation portée contre le barème italien (§ 19 à 23), et que tous ses arguments ont été analysés et balayés, notamment lorsque le Comité a souligné :

« Au vu de ces éléments, le Comité considère que ni les voies de droit alternatives offrant au travailleur victime de licenciement illégal une possibilité de réparation au-delà du plafonnement prévu par la loi en vigueur, ni le mécanisme de conciliation, tels qu'établis par les dispositions contestées, ne permettent dans tous les cas de licenciement sans motif valable d'obtenir une réparation adéquate, proportionnelle au préjudice subi et de nature à dissuader le recours aux licenciements illégaux. »

Car le mécanisme de plafonnement français présente beaucoup de similitudes avec les barèmes déjà censurés par le CEDS, et est même bien plus pernicieux que les systèmes finlandais et italiens puisque non seulement le plafond maximum est bien inférieur, de 20 mois maximum, au lieu de 24, mais il faut atteindre 29 ans d'ancienneté pour qu'il soit applicable.

De plus, le barème français module le plafond selon la seule ancienneté du salarié en démarrant à un mois seulement, imposant une indemnisation dérisoire.

Pour les anciennetés les plus faibles, le plafond est si proche du plancher que « statuer dans les bornes du barème » n'offre en réalité aucune marge d'appréciation : pour une ancienneté de 2 ans, le plancher est de 3 mois et le plafond de 3,5 mois et pour une ancienneté de 3 ans, le plancher est de 3 mois et le plafond de 4...

En outre les plafonds ont été fixés à partir de moyennes d'indemnisation calculées en retenant un panel de décisions de justice antérieures alors que, le préjudice étant par nature personnel, il ne saurait être comparé à une autre situation et prisonnier du carcan de « précédents » jurisprudentiels moyens.

De surcroît une évidence choque indiscutablement : l'indemnisation moyenne ainsi calculée a été érigée en indemnisation maximale, ce qui démontre d'emblée que cette démarche a été viciée et ne peut conduire à une indemnisation adéquate.

L'étude d'impact réalisée au soutien de la loi d'habilitation n'offre d'ailleurs que bien peu d'indications sur cette analyse menée par le Ministère de la Justice en mai 2015 à partir de 401 arrêts rendus par des cours d'appel au mois d'octobre 2014.

Une étude, scientifique, et transparente cette fois, a été menée sous l'égide de la mission de recherche Droit et Justice, à partir de l'examen de 566 arrêts rendus par les Cours d'Appel de Grenoble et de Chambéry de janvier 2015 à octobre 2016, avant la réforme, et démontre l'insuffisance des plafonds.

Ainsi 65% des décisions ont fixé une indemnité supérieure au plafond qui aurait été opposé au salarié en fonction de son ancienneté après le 22 septembre 2017. (Voir Droit social avril 2019 p. 300 commentant les résultats de cette étude¹⁴).

L'insuffisance des plafonds est ainsi démontrée, et ce, à l'égard de toutes les catégories de salariés, et pas seulement ceux dont l'ancienneté est la plus faible.

La faiblesse des plafonds laissant bien trop peu de place à une prise en compte de tous les critères qui doivent être mobilisés pour évaluer le préjudice, la marge de manœuvre des juges est toute théorique et ne correspond pas à un mécanisme approprié de réparation.

Ajoutons encore que le barème impose d'associer ce critère de l'ancienneté à l'assiette du salaire brut anciennement perçu et pénalise de plus fort les salariés aux rémunérations les plus basses, par une source supplémentaire d'écrêtage de tous leurs préjudices qui pourtant ne sont pas tous directement liés au salaire perdu, comme c'est le cas des préjudices moraux, familiaux et de santé...

E. Une indemnité n'est adéquate que si elle est dissuasive

Les plafonds français, ainsi fixés aussi bas, ne correspondent plus à des « *indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur* », autre critère dégagé par le CEDS dans sa décision du 8 septembre 2016 pour définir ce qu'est un mécanisme d'indemnisation approprié.

Bien au contraire les plafonds ont été conçus pour permettre de sécuriser les employeurs par la prévisibilité de leur condamnation maximale¹⁵, quitte à amoindrir très sensiblement les indemnisations.

Le licenciement injustifié devient ainsi une faute dont il est possible de budgéter le coût, les entreprises pouvant même opter pour une assurance ! Comme l'a écrit le Professeur Pascal LOKIEC, cette réforme instaure un « coût de la violation de la Loi »¹⁶.

Et moins le salarié sera ancien ou bien rémunéré, plus il sera fragilisé dans sa relation de travail, l'employeur n'étant aucunement dissuadé de le licencier sans motif valable.

C'est bien la sanction de la violation de la loi qui perd son effet dissuasif à l'égard des employeurs qui peuvent « budgéter » leur faute, quelle qu'en soit la gravité ou quel que soit le préjudice subi par le salarié.

Le principe d'un plafonnement est particulièrement inconcevable à l'égard d'une faute intentionnelle, ce que constitue bien l'acte de licencier sans motif valable.

Or la nécessité d'une sanction suffisamment dissuasive n'est pas présente uniquement dans les décisions du CEDS ; elle figure aussi dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, notamment

¹⁴ L'étude des décisions des Cours d'appel de Lyon et de Chambéry comporte également une analyse qualitative des décisions qui démontre que si l'ancienneté constitue un paramètre objectif et simple participant souvent à l'évaluation du préjudice, elle n'est pas un critère automatique, et encore moins unique, mais s'inscrivant dans pas moins de 23 critères pouvant être pris en compte dans l'analyse des juges.

¹⁵ Dans sa conférence de presse du 31 août 2017, le Gouvernement affiche l'objectif de la réforme : mettre en place un « *barème de dommages et intérêts impératif qui donne sécurité et visibilité sur les contentieux potentiels* ».

¹⁶ Pascal LOKIEC Il faut sauver le droit du travail, Odile Jacob, 2015 page 118

dans sa décision du 13 octobre 2016. (CC Décision n° 2016-582 QPC du 13 octobre 2016¹⁷) Le droit français intègre donc bien également cette exigence d'effet dissuasif de la sanction, indispensable à l'effectivité de la règle de droit.

La Cour Constitutionnelle Italienne n'a pas manqué de souligner que le principe d'un plafonnement est contraire à l'effet dissuasif que doit assurer la législation mettant en œuvre l'interdiction des licenciements abusifs (C. Const. Ital. 26 septembre 2018, arrêt n°194).

Et le comité de la liberté syndicale de l'OIT avait déjà pris position en ce sens dans plusieurs rapports dans lesquels il souligne à l'égard des licenciements antisyndicaux que « *l'indemnisation accordée doit être adéquate pour constituer une sanction dissuasive, compte tenu du préjudice cause et de la nécessité d'éviter que de tels actes se reproduisent dans l'avenir* » (Comité de la Liberté Syndicale de l'OIT : 349^{ème} rapport, mars 2008 p.33 ; 370^{ème} rapport, oct. 2013 p.182 ; 382^{ème} rapport, nov. 2017 p.131, cités par G. Loiseau, Bull Joly Travail avril 2019 p.51).

Ceci vaut pour tout licenciement abusif dont il faut protéger l'ensemble des salariés, afin que l'interdiction de licencier sans motif valable reste réellement effective.

F. L'absence d'autre voie d'indemnisation

Enfin il n'existe aucune autre voie pour que le salarié licencié sans motif valable puisse ensuite obtenir une indemnisation complémentaire.

Depuis la loi du 13 juillet 1973, l'action permettant au salarié d'obtenir une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est exclusive de toute autre action sur le terrain de la responsabilité civile¹⁸.

¹⁷ Or dans cette décision de 2016, le Conseil Constitutionnel estimait qu'à l'égard des petites entreprises, « économiquement plus fragile », une indemnisation sans plancher apparaissait « en elle-même suffisamment dissuasive », le critère de l'effectif de moins de 11 salariés étant « en adéquation avec l'objet de la loi, qui consiste à dissuader les employeurs de procéder à des licenciements sans cause réelle et sérieuse ».

Le Conseil Constitutionnel admettait donc en revanche nécessairement que le plancher de 6 mois applicable aux entreprises de plus de 11 salariés participait de l'effet dissuasif indispensable à la protection des salariés. Or depuis la réforme de 2017, ce plancher a été réduit à 3 mois, et il faut dépasser 5 ans d'ancienneté pour atteindre les 6 mois... non plus comme plancher mais comme plafond !

¹⁸ Depuis cette loi, l'article 1780 du Code Civil, qui traitait de la résiliation du contrat de louage de service, n'a plus aucune vocation à s'appliquer.

La loi spéciale issue du code du travail prévaut et éclipse toute autre. C'est ce que rappelait la Chambre Sociale dans l'avis rendu le 3 avril 2019 concluant que le salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail est dispensé de mettre en demeure préalablement son employeur puisque « *les modes de rupture du contrat de travail, à l'initiative de l'employeur ou du salarié, sont régis par des règles particulières, et emportent des conséquences spécifiques, de sorte que les dispositions de l'article 1226 du code civil ne leur sont pas applicables* » (Avis n°15003 du 3 avril 2019)

La responsabilité délictuelle ne peut pas non plus être mobilisée : de manière constante depuis 1922, la Cour de Cassation a posé un principe de non-cumul des responsabilités délictuelles et contractuelles (notamment Cass. Civ 1^{ère} 11 janvier 1989, n°86-17.323. Cass. Civ 1^{ère} 28 juin 2012, n°10-28.492).

Si quelques décisions de justice allouent en effet des dommages et intérêts au salarié licencié dans des conditions vexatoires ou portant atteinte à sa dignité, c'est en raison d'une faute particulière et distincte qui s'est ajoutée à l'infraction que constitue le licenciement sans motif valable.

Il n'y a alors pas de voie alternative, mais une voie d'indemnisation additionnelle, fondée sur une faute propre, dissociée de l'absence de cause réelle et sérieuse, et générant un préjudice spécifique, qui sera alors indemnisé. Il en est de même en cas de violation de l'obligation de sécurité, la faute étant là encore autonome, et intervenue dans le cadre de l'exécution du contrat de travail. Du reste, l'action en indemnisation de l'exécution fautive du contrat de travail répond à d'autres délais de prescription. Ce n'est absolument pas le même terrain juridique.

Si quelques décisions de justice allouent en effet des dommages et intérêts au salarié licencié dans des conditions vexatoires ou portant atteinte à sa dignité, c'est en raison d'une faute particulière et distincte qui s'est ajoutée à l'infraction que constitue le licenciement sans motif valable.

Pour la Cour de cassation, il n'existe en effet qu'une seule voie ouverte pour l'indemnisation des préjudices nés de la faute constituée par l'absence de motif valable de licenciement : c'est l'article L. 1235-3 du Code du travail. Et elle applique ce principe avec la plus grande rigueur dans ses arrêts les plus récents, comme on l'a vu avec l'arrêt précité du 11 septembre 2019 à l'égard du préjudice sur la retraite, dans le droit fil de ce qui avait déjà été énoncé deux ans plus tôt à l'égard du préjudice résultant de la privation du bénéfice d'un plan de sauvegarde de l'emploi. (Cass. soc., 14 septembre 2017, n° 16-11.563, publié, visant également le principe de réparation intégrale).

Qu'il s'agisse d'indemniser un licenciement nul ou sans cause réelle et sérieuse, la rigueur opposée sera la même : c'est dans le cadre de l'indemnisation du licenciement que l'ensemble des préjudices découlant de la rupture doit être indemnisé, mais dans le cas d'un licenciement sans motif valable, la loi française plafonne désormais cette voie unique d'indemnisation.

Il faut donc inclure dans l'indemnité, désormais plafonnée, l'ensemble des préjudices découlant de la privation d'emploi.

Qu'il existe une indemnisation spécifique des licenciements nuls prévue par l'article L. 1235-3-1, ne peut permettre de considérer que la nouvelle loi française respecterait les exigences d'une indemnisation adéquate puisque ces voies d'indemnisation des licenciements nuls relèvent d'un régime juridique spécifique, qui n'est pas applicable aux salariés licenciés sans motif valable.

Les hypothèses de licenciements nuls correspondent à des fautes particulières nées de la violation d'autres règles de droit : l'interdiction du harcèlement ou des discriminations, ou encore les règles du régime spécifique des salariés protégés en raison de leur participation à une grève, de la maternité, d'un accident du travail, de leur situation de lanceur d'alerte, ou de leur mandat de représentant du personnel.

Ainsi chacune des 6 hypothèses visées renvoie au non-respect de droits et textes spécifiques qui ont été violés : c'est cette violation qui entraîne la nullité, et non pas l'absence de motif valable de licenciement.

L'appréciation de la nullité du licenciement ne passe pas par l'appréciation du motif de licenciement, et son indemnisation spécifique déplaçonnée ne constitue donc aucunement une voie alternative pour les salariés licenciés sans motif valable¹⁹.

On ne saurait dès lors comprendre que la Cour de Cassation ait mentionné l'article L. 1235-3-1 dans la très courte motivation de ses avis du 17 juillet 2019 pour conclure de manière abrupte et péremptoire que l'article L. 1235-3 respecterait le droit à une indemnité adéquate garanti par l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT.

¹⁹ Le licenciement nul n'est en effet pas nécessairement un licenciement sans motif valable.

Le juge qui constate que le licenciement est intervenu dans un contexte discriminatoire ou de harcèlement, ou en violation du fait que le salarié était en congé de maternité ou en cours d'arrêt consécutif à un accident du travail, ne va pas se limiter à l'analyse du motif de la lettre de licenciement pour déterminer s'il était valable ou non, mais il va prononcer la nullité "de plein droit" du licenciement, automatiquement, du fait de la violation des règles protectrices.

Il en est de même pour les salariés représentants du personnel pour lesquels l'autorisation de licenciement n'a pas été demandée auprès de l'inspection du travail : le licenciement est irrémédiablement affecté de nullité quelle que soit sa motivation et quand bien même le licenciement serait justifié.

* * *
*

Quoiqu'il en soit il a déjà été rappelé plus haut que ces avis ne lient pas les juges du fond.

Et il faut encore ajouter que la Cour de Cassation a en tout état de cause signalé qu'elle ne procédait qu'à un contrôle abstrait.

Le Conseil de Prud'hommes quant à lui, en sa qualité de Juge du fond, doit exercer pleinement ce contrôle de conventionnalité dans le cadre du litige qui lui est soumis.

Et comme il en a été justifié plus haut, le droit à indemnisation de Monsieur XXX doit être évalué au-delà du plafond d'indemnisation en raison du contexte exceptionnellement préjudiciable subi par la salariée.

L'indemnisation adéquate ne saurait être déconnectée de la réalité des préjudices subis.

Cette réparation doit donc pouvoir être individualisée « in concreto ».

De nombreux Conseils des prud'hommes ont déjà écarté le plafond pour être en mesure de condamner au versement d'une indemnité adéquate supérieure²⁰.

Et ce, y compris depuis les avis rendus par la Cour de Cassation :

- le Conseil de prud'hommes de Grenoble par jugement de départage du 22 juillet 2019 (n°18/00267),
- le Conseil de prud'hommes de Nevers le 26 juillet 2019 (n°18/00050), et le même jour celui de Pau (n°18/00160)
- le Conseil de prud'hommes de Troyes par jugement de départage du 29 juillet 2019 (n°18/00169)
- le Conseil de prud'hommes du Havre par jugement du 10 septembre 2019, critiquant en détail les avis (n°18/00413), Le conseil de prud'hommes de Boulogne Billancourt par jugement du 18 septembre 2019 (n°18/00444)
- le Conseil de prud'hommes de Limoges qui a rendu 4 jugements le 1er octobre 2019 (n°19/00113, 114 et 115) ;

²⁰ Le Conseil prud'hommes de Troyes dans 5 jugements du 13 décembre 2018, Le Conseil prud'hommes d'Amiens, le 19 décembre 2018, et le 24 janvier 2019, Le Conseil prud'hommes de Lyon, via 3 sections différentes : Activités Diverses, le 21 décembre 2018 ; Commerce le 7 janvier 2019, et Industrie le 22 janvier 2019 ; Le Conseil prud'hommes d'Angers le 17 janvier 2019 ; Le Conseil prud'hommes de Grenoble le 18 janvier 2019 ; Le Conseil de prud'hommes d'Agen en départage le 5 février 2019 ; Le Conseil des prud'hommes de Forbach le 14 février 2019 ; Le Conseil des prud'hommes de Paris les 22 novembre et 17 décembre 2018 ; Le Conseil des prud'hommes de Dijon le 19 mars 2019, Le Conseil des Prud'hommes de Bordeaux, le 9 avril 2019.

- le Conseil des prud'hommes de Bayonne le 9 décembre 2019 (n°18/00241) ;
- le Conseil des prud'hommes de Saint Germain en Laye le 21 janvier 2020 (n°18/00173),
- le Conseil des prud'hommes d'Angoulême le 9 juillet 2020 (n°19/00184),
- le Conseil des Prud'hommes de Rambouillet le 20 novembre 2020 (n°20/00007),
- le Conseil des Prud'hommes de Bobigny le 16 décembre 2020 (n°19/00680),
- le Conseil des Prud'hommes de Nantes le 5 février 2021 (n°20/00025).

Plusieurs Cours d'Appel se sont également prononcées en faveur d'une possibilité d'écarter le plafond pour accorder une réparation adéquate et appropriée au préjudice, et même si cela a conduit certaines d'entre elles à ne pas constater concrètement le dépassement du plafond, la démarche de contrôle au regard des préjudices subis est pleinement admise (CA Paris, 18 septembre 2019 n°17/00676 et 30 octobre 2019 n°16/05602; CA Reims, 25 septembre 2019 n°19/00003 ; CA Chambéry 27 juin 2019 n° 18/01276 et 14 novembre 2019 n°18/02184 ; CA Colmar 28 janvier 2020 n°19/00218, CA Grenoble 2 juin 2020 n°17-04429, CA Bourges 6 novembre 2020 n°19/00585).

Dans le présent litige, le Conseil est saisi des éléments justifiant que le plafond ne permet pas l'indemnisation des préjudices subis.

Si la nullité du licenciement n'était pas retenue, il conviendrait à tout le moins d'assurer à Monsieur XXX le bénéfice d'une indemnité adéquate, ce qui commande d'écarter le plafond, dans le respect des engagements internationaux de la France.