



Le 13 Février 2019

**Argumentaire à disposition des salariés, des défenseurs syndicaux et des avocats
Contre le plafonnement prévu par le nouvel article L. 1235-3**

Un an après la diffusion de la première argumentation proposée en partage aux avocats et défenseurs syndicaux, et alors que se succèdent depuis deux mois les premières décisions prud'homales, toutes rendues en formation paritaire, écartant les plafonds d'indemnisation au motif de leur inconventionnalité, le SAF propose une mise à jour tenant compte des réponses à apporter aux arguties patronales mais aussi des dernières décisions intervenues aux plans national et international.

SUR LE DROIT A UNE INDEMNITE ADEQUATE GARANTIE AU SALARIE LICENCIE SANS MOTIF VALABLE ET L'INAPPLICABILITE DU PLAFOND PREVU PAR L'ARTICLE L.1235-3 DU CODE DU TRAVAIL EN RAISON DE SON INCONVENTIONALITE

1) Les deux textes internationaux garantissant aux salariés licenciés sans motif valable de recevoir une indemnité adéquate

L'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement, ratifiée par la France le 16 mars 1989, dont le Conseil d'Etat a confirmé l'effet direct (CE Sect., 19 octobre 2005, CGT et a., n° 283471), dispose 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, 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. »

2) Le contrôle de conventionnalité dévolu au juge prud'homal

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.

Or 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 [...]* »

Si le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler la conformité des lois à la Constitution (contrôle de constitutionnalité), le contrôle de la conformité des lois par rapport aux conventions internationales (contrôle de conventionnalité) appartient en revanche aux juridictions ordinaires sous le contrôle de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. (Pour illustration, Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 recueil p. 19, Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, recueil p. 135)

La Cour de cassation, puis le Conseil d'Etat, se sont reconnus compétents pour procéder à ce contrôle de conventionnalité. (Chambre mixte 24 mai 1975, Société des Cafés Jacques Favre, n° 73-13556 ; Conseil d'Etat, Assemblée Plénière, 20 octobre 1989, Nicolo, n° 108243)

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.

Tel a été le cas, pour illustration, devant le juge prud'homal, à l'égard du Contrat Nouvelles Embauches jugé 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).

Ce 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.

Il est incorrect de chercher à opposer la décision rendue par le Conseil Constitutionnel le 21 mars 2018 puisque ce dernier n'opère aucun contrôle de la Loi à l'égard des traités et accords internationaux.

Il ne fait pas plus de sens de prétendre que la décision rendue par le Conseil d'Etat le 7 décembre 2017 aurait déjà tranché le débat dont le juge prud'homal est saisi.

Car non seulement cette décision n'est aucunement opposable au juge judiciaire, mais il convient de rappeler qu'elle a été rendue en référé, par un juge unique dont le droit du travail n'est pas la spécialité, et qui a rendu une décision très peu motivée.

Le juge des référés devait nécessairement limiter son étude au cadre de sa saisine, pour décider ou non de la suspension du texte, dans l'attente du contrôle approfondi à mener ultérieurement sur le recours au fond.

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt rendu le 30 décembre 2002, a ainsi rappelé qu'en principe il n'appartient pas au juge des référés de se prononcer sur l'inconventionnalité d'une loi. (CE, 30.12.2002, Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ M. Carminati, n°240430)

Ce contrôle de fond n'a jamais pu intervenir in fine, le processus parlementaire s'étant achevé avant, transformant le texte des Ordonnances en Lois, lesquelles échappent à la compétence du Conseil d'Etat.

Il n'existe donc pas de « position » du Conseil d'Etat qui serait opposable au juge prud'homal.

Il n'existera pas non plus de procédure d'avis conduisant à saisir la Cour de Cassation pour bloquer la maturation du processus jurisprudentiel en cours : la Cour de Cassation refuse de rendre un avis lorsqu'il est question de conventionnalité d'une Loi.

La Cour de Cassation estime en effet 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).

3) **L'invocabilité directe des deux textes internationaux garantissant un droit à une indemnité adéquate**

La Cour de cassation a établi que la convention n° 158 ratifiée par l'Etat français le 16 mars 1989, et notamment son article 10, sont directement applicables par le juge français, et a même souligné « *la nécessité de **garantir qu'il soit donné pleinement effet aux dispositions de la convention*** » (Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008, n° 07-44124).

Même si la Cour de Cassation n'a pas encore eu l'occasion de rendre un arrêt reconnaissant un effet direct à l'article 24 de la Charte sociale européenne, il est indéniable que ce texte bénéficie des mêmes effets directs contraignants.

L'effet direct permet aux particuliers d'invoquer directement une norme internationale devant une juridiction nationale.

Il garantit ainsi l'applicabilité et l'efficacité de la norme internationale.

L'effet direct est dit vertical lorsque la norme internationale peut être invoquée dans les litiges entre les particuliers et l'Etat (incluant les personnes publiques).

L'effet direct est dit horizontal lorsque la norme internationale peut être invoquée dans les litiges entre les particuliers (personnes privées physiques ou morales).

La Charte sociale européenne ratifiée par l'Etat français le 9 mars 1973 est un traité du Conseil de l'Europe adopté à Turin en 1961 qui garantit les droits sociaux et économiques fondamentaux. Elle 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 garantit un large éventail des Droits de l'Homme liés à l'emploi, au logement, à la santé, à l'éducation, à la protection sociale et aux services sociaux.

La Charte est dès lors considérée comme la Constitution sociale de l'Europe et constitue un texte de droit primaire.

Le Conseil d'Etat a déjà reconnu qu'il s'agissait d'un traité international dans son arrêt du 7 juillet 2000 (Fédération nationale des associations tutélaires, n°213461).

La Cour de cassation en a reconnu l'applicabilité directe par un arrêt du 14 mai 2010 (Soc. 14 mai 2010, n°09-60.426) et vise notamment les articles 5 et 6 de la Charte dans de nombreuses décisions sur la liberté syndicale et le droit à la négociation collective, articles de la Charte ainsi appliqués par effet direct horizontal dans les litiges opposant des particuliers, employeurs et salariés. (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. 1^{er} déc. 2010, n° 10-60.117 ; Soc. 8 déc. 2010, n° 10-60.223). La haute juridiction s'y réfère encore directement dans un arrêt du 15 novembre 2017 (n° 16-24884).

Si la Cour de Cassation ne s'est pas encore prononcée sur l'applicabilité directe de l'article 24, il n'existe indubitablement aucune raison de traiter ce texte différemment des autres, étant donné que :

- L'article 24 de la Charte est rédigé dans les mêmes termes que l'article 10 de la convention n°158 dont l'effet direct horizontal n'est pas contesté : il s'agit de garantir

le droit « à une indemnité adéquate ». On ne saurait donc soutenir que la convention 158 de l'OIT fixerait un droit plus précis quand la Charte serait sur le registre d'un grand principe sans effet direct,

- Et ce d'autant que les articles 5 et 6 de la Charte déjà jugés d'effet direct horizontal par la Cour de Cassation sont rédigés exactement avec la même formulation que l'article 24 : « Les Parties s'engagent à... », ce qui n'implique aucunement que ces textes ne s'adresseraient qu'aux Etats signataires.

C'est ce que le Conseil d'Etat a déjà expressément souligné depuis 2014, en estimant que l'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 -Voir notamment l'analyse du professeur Mouly, Droit social 2017 p 745)

Cet arrêt du 10 février 2014 est un arrêt de principe. Il constituait à l'époque un revirement de jurisprudence. Et il est essentiel de noter que le Conseil d'Etat tranchait un litige entre un travailleur et son employeur personne publique (chambre des métiers et de l'artisanat) et qu'il pouvait donc se contenter d'attribuer à l'article 24 un effet direct vertical. Pourtant c'est bien volontairement, et sans nécessité pour résoudre ce litige, que le Conseil d'Etat a analysé l'effet direct vertical qu'il a reconnu à l'article 24 en soulignant qu'il « *produit des effets à l'égard des particuliers* ».

Dans un premier arrêt de 2012, le Conseil d'Etat avait déjà construit les premières bases de cette jurisprudence, depuis constamment maintenue, en jugeant que l'effet direct est en effet établi dès lors que la stipulation « *n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers* » et « *l'absence de tels effets 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 2012¹, GISTI et FAPIL, n° 322326)

Or la Chambre Sociale de la Cour de Cassation a tenu à affirmer très récemment et officiellement 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*. ».

Soucieuse de préciser sa position au-delà de l'affaire qu'elle tranchait alors (portant sur l'article 7-1 de la convention 106 de l'OIT sur le repos hebdomadaire), la Chambre Sociale a publié sur son site internet une note explicative qu'elle conclut en soulignant que le contrôle de fond exercé sur le texte international dans cet arrêt démontre 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* » (Arrêt Ikea du 14 novembre 2018 n°17-18259).

Le droit à une indemnité adéquate est un droit subjectif qui produit des effets directs à l'égard des salariés privés d'emploi sans motif valable et leur ouvre un droit subjectif directement invocable devant le juge judiciaire.

¹ Cette affaire concernait la requête individuelle d'un travailleur, admis à contester, sur le fondement de l'article 24 de la Charte Sociale Européenne, la légalité de la décision des chambres de métiers et de l'artisanat de modifier le statut de leur personnel pour permettre le licenciement d'un secrétaire général d'une chambre de métiers pour " perte de confiance mettant en cause le bon fonctionnement de l'établissement. Il ne s'agissait donc nullement d'un litige concernant l'Etat.

Tout comme elle l'a fait à l'égard des articles 5 et 6 de la Charte Sociale Européenne, et tout comme le Conseil d'Etat l'a fait depuis 2014, la Chambre Sociale de la Cour de Cassation ne pourra donc que reconnaître l'effet direct horizontal de l'article 24.

Le Conseil de prud'hommes (ou la Cour d'appel) peut donc parfaitement décider d'écarter le plafonnement des indemnités prévu par l'article L.1235-3 du Code du travail, s'il l'estime inconvictionnel, que ce soit au regard de l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT, dont l'applicabilité directe y compris horizontale n'est pas contestée, ou au regard de l'article 24 de la Charte Sociale Européenne, dont l'applicabilité directe horizontal ne peut qu'être reconnue.

4) Les exigences posées pour la garantie d'une indemnisation adéquate

Le Comité européen des droits sociaux (C.E.D.S), organe en charge de l'interprétation de la Charte, s'est prononcé sur le sens devant être donné à « l'indemnité adéquate » afin d'en garantir l'effectivité.

Dans sa décision du 8 septembre 2016 « *Finish Society of Social Rights c. Finlande* » (n°106/2014, § 45), le Comité énonce que « *les mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient :*

- *le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours ;*
- *la possibilité de réintégration ;*
- ***des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime. »***

Tout plafonnement conduisant à ce que les indemnités octroyées ne soient pas en rapport avec le préjudice subi et/ou ne soient pas suffisamment dissuasives est donc, en principe, contraire à la Charte.

Le Comité européen des droits sociaux (C.E.D.S) a été créé dès l'entrée en vigueur de la Charte. Il exerce depuis 1995 une activité juridictionnelle², en tranchant les réclamations collectives introduites par les organisations nationales ou internationales ainsi que par les organisations non gouvernementales nationales ou internationales pour apprécier la conformité des législations, réglementations et pratiques nationales aux exigences de la Charte sociale européenne.

La France a ratifié le 7 mai 1999 le protocole additionnel qui a confié au CEDS cette mission juridictionnelle qu'elle a donc acceptée, et 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 CGT³.

Mieux : l'Etat Français a même choisi d'apporter volontairement ses observations dans le cadre de la réclamation dont était préalablement saisi le CEDS concernant le barème mis en

² Composé de 15 membres indépendants et impartiaux élus pour leur compétence dans le domaine social international par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pour un mandat de 6 ans, le C.E.D.S a vu ses pouvoirs accrues par le protocole additionnel adopté en 1995. Ainsi, comme l'affirmait son ancien président, dont le mandat a pris fin en décembre 2016, Monsieur Luis JIMENA QUESADA : « *la procédure des réclamations collectives configure vraiment le Comité européen des droits sociaux comme un juge international, à l'instar de la Cour européenne des droits sociaux.* »

³ L'instruction de ces deux réclamations collectives est en cours : réclamation de la CGT-FO du 22 mars 2018 n°160-2018, et réclamation de la CGT du 7 septembre 2018 n°171-2018. Le Syndicat des Avocats de France a déposé ses observations auprès du CEDS.

place en Italie depuis 2015... C'est dire s'il reconnaît ainsi nécessairement la valeur des décisions du Comité.

Il convient donc d'appliquer l'article 24 de la Charte Sociale Européenne en tenant compte de ces deux exigences cumulatives : l'indemnisation du salarié privé d'emploi sans motif valable n'est adéquate qu'à la double condition d'être suffisamment élevée pour couvrir ses préjudices et de constituer une sanction dissuasive.

Or le droit français ne respecte plus ces exigences depuis l'Ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail qui a modifié l'article L. 1235-3 en y introduisant un mécanisme de plafonnement.

5) L'article L.1235-3 plafonne le droit à indemnisation et ne permet plus de couvrir l'ensemble des préjudices

L'article L. 1235-3 prévoit en effet désormais que « *le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau ci-dessous* ».

Ce tableau constitué de 3 colonnes fixe, en fonction de l'ancienneté du salarié, et de ce seul critère, une indemnité minimale de 0 à 20 mois de salaire brut.

Or dans sa décision du 8 septembre 2016, le Comité européen (CEDS) énonce 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 comité en a jugé ainsi à l'égard de la loi finlandaise, qui se bornait à fixer un plancher de 3 mois et un plafond de 24 mois, en invitant le juge à fixer entre ces 2 limites légales l'indemnisation en tenant compte de l'ancienneté, de l'âge du salarié, de ses perspectives de retrouver un emploi équivalent, de la durée de son inactivité, et de la situation générale du salarié et de l'employeur.

Le CEDS a estimé cette législation contraire à la charte en soulignant que « *dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'une indemnisation à hauteur de 24 mois prévue par la loi relative au contrat de travail peut ne pas suffire pour compenser les pertes et le préjudice subis. (...) Le Comité considère que le plafonnement de l'indemnisation prévue par la loi relative au contrat de travail peut laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvre pas le préjudice subi. En outre, il ne peut conclure que des voies de droit alternatives sont prévues pour constituer un recours dans de telles situations* ». (CEDS 8 septembre 2016 § 45)

Il en est a fortiori de même à l'égard des barèmes fixés par le nouvel article L. 1235-3 du Code du travail qui prétendent imposer un plafonnement bien inférieur, et limité à seulement **XXX** mois de salaire compte tenu uniquement de l'ancienneté de Mr/Mme **XXX**.

Le barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 est plafonné à 20, et non 24 mois de salaire. Et à l'égard des anciennetés les plus faibles, il est flagrant qu'il 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.

Une ancienneté faible n'exclut pas la nécessité d'indemniser en fonction notamment :

- d'une situation personnelle rendant critique la perte d'emploi (âge, situation de famille, handicap...);

- et/ou 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 ne saurait être le seul élément d'appréciation du préjudice du salarié licencié sans motif valable. Il est loin d'être le plus déterminant d'ailleurs, et à ancienneté égale, les difficultés rencontrées pour retrouver un emploi équivalent, et la durée du chômage⁴ comme le déclassement imposé pour recommencer à travailler, sont notamment bien plus déterminantes des préjudices financiers, professionnels et moraux.

Rappelons ici que le système d'indemnisation chômage n'assure un maintien de revenus que très partiel, à hauteur de 57% de l'ancienne rémunération. Plus le salarié est en difficulté dans sa recherche d'un nouvel emploi, plus ses préjudices s'accumulent, et ce n'est pas en lien avec la durée de son ancien emploi mais avec la durée 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.

Or le barème en vigueur depuis le 23 septembre 2017 ne permet assurément pas au juge de moduler l'appréciation des préjudices du salarié en fonction des différents paramètres de sa situation.

Cela est particulièrement manifeste pour les anciennetés les plus faibles à l'égard desquelles le plafond est si proche du plancher : 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... Statuer « dans les bornes du barème » n'offre en réalité aucune marge d'appréciation.

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. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15).

L'ancienneté est donc un critère insuffisant, voire inadapté, qui limite de façon abrupte et injustifiée le préjudice réparable.

Le barème impose en outre d'associer ce critère de l'ancienneté à l'assiette du salaire brut anciennement perçu. Et en instaurant cette règle de calcul stricte dont le juge ne peut se départir, le plafond pénalise de plus fort les salariés aux rémunérations les plus basses, par une source supplémentaire d'écrêtage de tous leurs préjudices qui ne sont pas directement liés au salaire perdu, les préjudices moraux, familiaux et de santé...

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 salaire⁵.

⁴ Qui n'indemnise le salarié qu'à hauteur de 57% du salaire antérieur, avec une portabilité de la mutuelle limitée à 12 mois et une validation pour les droits à retraite limitée à 6 trimestres.

⁵ V. RDT 2018. Controverse 802, obs. C. Alessi et T. Sachs

Rappelons que la démarche même, appliquée en France, de fixer les fourchettes basses et hautes du barème à partir de moyennes d'indemnisation calculées en retenant un panel de décisions de justice antérieures, démontre indiscutablement l'atteinte à l'exigence d'une réparation appropriée.

Le préjudice est par nature personnel, et ne saurait être comparé à une autre situation et prisonnier du carcan de « précédents » jurisprudentiels moyens.

Ce principe, qui correspond à l'indemnisation *in concreto* du préjudice, exige l'individualisation de la réparation et s'oppose à l'instauration de barèmes forfaitaires et abstraits.

Le plafond ne permet plus de respecter le principe de réparation intégrale du préjudice posé par la résolution 75-7 du Conseil de l'Europe et systématiquement rappelé par la Cour de Cassation, à savoir : « *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)

Encore très récemment, la Chambre Sociale a martelé que « la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu » et a imposé à ce titre l'application des conditions de rémunération prévues par un accord collectif qui ne pouvait en écarter un salarié en raison de son âge (Cass. Soc. 16 janvier 2019 n°17-17475).

6) Il n'existe pas de voie alternative d'indemnisation

Le Comité, dans sa décision du 8 septembre 2016, précise que le « *plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives* » ne peut être jugé conforme à la Charte que si et seulement si des voies de droit alternatives sont prévues :

« Le Comité considère que le plafonnement de l'indemnisation prévue par la loi relative au contrat de travail peut laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvre pas le préjudice subi. En outre, il ne peut conclure que des voies de droit alternatives sont prévues pour constituer un recours dans de telles situations⁶ ».

Or en droit français il n'existe aucune voie de droit alternative pour que le salarié obtienne une indemnisation complémentaire ou déplafonnée dans le cadre de son licenciement injustifié.

C'est d'ailleurs ce que revendiquait le Ministre du Travail, présentant la réforme. Selon le communiqué de presse du 31 août 2017 : « l'incertitude sur le coût d'une rupture potentielle peut dissuader à l'embauche. Le barème apporte une prévisibilité qui permettra de lever cette incertitude et de libérer la création d'emplois dans notre pays dans les TPE/PME ». L'objet de la mesure est donc la prévisibilité totale pour l'employeur du « coût » éventuel du licenciement sans cause valable. La mesure n'aurait aucun sens s'il existait des modes alternatifs d'indemnisation, qui seraient exclusifs de cette prévisibilité⁷.

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

⁶ CEDS, 8 septembre 2016, n° 106/2014, Finnish Society of Social Rights c/ Finlande

⁷ Renforcement du dialogue social, Présentation des ordonnances en application de la loi d'habilitation – Conférence de presse du 31 août 2017

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 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 du licenciement sans motif valable.

Il n'y a alors pas de voie alternative, mais une voie d'indemnisation supplémentaire, 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. 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.

Pour la Cour de cassation, il n'existe en effet qu'un seul terrain ouvert 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.

Et elle applique ce principe avec la plus grande rigueur dans ses arrêts les plus récents.

Ainsi tout en visant expressément le principe de réparation intégrale dans sa décision publiée du 14 septembre 2017, la Chambre Sociale faisait grief à une cour d'appel d'avoir condamné l'employeur à payer aux salariés des dommages-intérêts au titre du préjudice résultant de la privation des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi alors qu'elle avait déjà condamné l'employeur à payer à chaque salarié une indemnité réparant intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement. (Cass. soc., 14 septembre 2017, n° 16-11.563, publié)

La Cour de Cassation a donc clairement marqué sa volonté d'inclure dans l'indemnité, désormais plafonnée, l'ensemble des éléments concourant à la conclusion d'une absence de cause réelle et sérieuse.

Elle enferme même, par ricochet, toutes les ruptures dont elle juge qu'elles doivent être réparées de manière équivalente à un licenciement sans cause réelle et sérieuse, comme la prise d'acte ou la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur.

Le juge prud'homal français a donc l'obligation de fixer une seule et unique indemnisation de tous les préjudices nés du licenciement injustifié, et l'Ordonnance du 22 septembre 2017 a enfermé cette indemnisation dans le barème plafonné.

Plus encore que le système finlandais, le mécanisme de barème français ne permet donc pas de s'assurer que le salarié pourra recevoir l'indemnisation intégrale des préjudices subis.

Qu'il existe une indemnisation spécifique des licenciements nuls prévue par l'article L. 1235-3-1, ne doit en rien faire douter de cette réalité puisque le principe de réparation intégrale doit présenter un caractère général.

Présentées à tort comme des « exceptions » au plafonnement, 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 licenciement nul 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. Il n'y a donc pas en réalité d'exception au barème mais un autre terrain juridique de faute, de sanction, et d'indemnisation.

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.

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

Le CEDS a d'ailleurs précisé, dans sa décision du 8 septembre 2016, au § 51-52, que ne constitue pas une voie de droit alternative ouverte aux salariés victimes de licenciement abusif les recours limités à des situations spécifiques comme le licenciement discriminatoire.

Le même constat s'impose pour le régime français qui viole à son tour l'article 24 de la Charte.

7) L'indemnité plafonnée perd son caractère dissuasif et prive d'effectivité l'interdiction de licencier sans motif valable

En outre les plafonds fixés aussi bas pour les anciennetés faibles ou modérées ne correspondent plus à des « indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur » et manquent au second objectif mis en évidence par le CEDS.

C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'objectif avoué et affiché de la réforme : sécuriser les employeurs par la prévisibilité d'un plafond maximum de leur condamnation, quitte à amoindrir très sensiblement les indemnisations qui ne sont pourtant pas consécutives à la réalisation d'un risque, mais viennent sanctionner une faute.

Or dans sa conférence de presse du 31 août 2017, le Gouvernement a expliqué mettre en place un « barème de dommages et intérêts impératif qui donne sécurité et visibilité sur les contentieux potentiels ».

Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 21 mars 2018, justifie ainsi l'atteinte au principe de la réparation intégrale du préjudice de la manière suivante :

« Le législateur a entendu renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général. »

Un tel objectif – et c'est le seul mis en avant dans cette décision particulièrement critiquable – ne peut pourtant être qualifié "d'intérêt général", étant poursuivi dans le seul intérêt des employeurs.

Le plafond a donc été expressément conçu pour un objectif en totale contradiction avec la fonction dissuasive que doit présenter l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, comme l'a appelé le Comité dans sa décision du 8 septembre 2016.

Le licenciement injustifié devient ainsi une faute dont il est possible de budgéter le coût, les entreprises pouvant même opter pour une assurance !

Plus l'entreprise sera prospère ou bénéficiera de la solidité d'un groupe, plus l'employeur pourra « s'offrir » le coût de ses infractions. Comme l'a écrit le Professeur Pascal LOKIEC, cette réforme instaure un "coût de la violation de la Loi"⁸.

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.

Le coût réel du licenciement sans cause réelle et sérieuse est insignifiant, et c'est toute la protection du régime du contrat de travail à durée indéterminée qui se retrouve ainsi remise en cause, comme cela avait été jugé pour le contrat nouvelle embauches.

Cette prévisibilité du coût maximum offre un véritable droit discrétionnaire de rupture unilatérale du contrat de travail, tel que cela existait en droit français avant 1890.

Et ce n'est pas la crainte d'être condamné par ailleurs à rembourser tout ou partie des indemnités chômage qui va restaurer le caractère dissuasif de la réparation : la mesure est modulable et plafonnée à 6 mois, et le salarié n'en est pas le bénéficiaire, de sorte que cette condamnation accessoire ne saurait être prise en compte dans l'appréciation du caractère approprié ou adéquate de l'indemnité.

En réduisant l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse par des plafonds trop bas, 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 droit du salarié de ne pas être licencié sans motif valable, qui est pourtant une liberté fondamentale, perd toute effectivité si sa violation n'est plus assortie d'une sanction efficace.

Ce barème viole donc à double titre l'article 24 de la Charte européenne des droits sociaux.

Il est à noter d'ailleurs que 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 dans sa décision du 13 octobre 2016.

Le droit français intègre donc bien également cette exigence d'effet dissuasif de la sanction, indispensable à l'effectivité de la règle de droit.

8) Le mécanisme du plafond porte enfin atteinte à l'accès à juge de plein exercice et au droit à un procès équitable

⁸ Pascal LOKIEC Il faut sauver le droit du travail, Odile Jacob, 2015 page 118

La mise en place d'un plafonnement décourage les salariés d'agir en justice pour faire valoir leurs droits au regard d'espoir d'indemnisation dérisoires, alors qu'en application de la convention 158 de l'OIT, le droit de n'être licencié que pour un motif valable est un droit fondamental (article 4), et que sa violation exige d'habiliter le juge « à ordonner le versement d'une indemnité adéquate » à défaut de réintégration possible (article 10).

Le droit à un procès équitable, consacré par l'article 6§1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, n'a pas de raison d'être sans que soit reconnu d'abord le droit d'accès à un juge, à savoir « *le droit pour toute personne physique ou morale, française ou étrangère, d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits*⁹ ».

Ce droit d'accès à la justice n'a d'intérêt que s'il est concrètement effectif, et pas seulement théorique, ce qui suppose que le tribunal compétent ait une plénitude de juridiction pour traiter la demande dont il est saisi.

Il importe ainsi, selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme, que soit exercé un contrôle complet de légalité et que le juge national soit compétent « *pour les points de fait comme pour les questions de droit* »¹⁰.

Dès lors que le contrôle du juge est limité, le droit au procès équitable peut être atteint dans sa substance¹¹.

Rappelons que la décision de licencier est un acte juridique dont l'employeur est responsable, et qu'il doit donc en répondre devant le juge en cas de contestation. Dès lors, si une faute a été commise par l'employeur, il appartient à ce juge de fixer l'indemnisation venant réparer le préjudice ainsi causé au salarié.

Or, avec l'instauration des barèmes d'indemnisation, les juges voient leur pouvoir d'appréciation des préjudices – pourtant reconnu souverain – verrouillé par le plafond, et parfois enserré dans un étau si réduit (dans « les bornes du barème ») qu'elle résume leur office à une liberté de circulation dans une cour de prison.

Le droit au procès équitable, protégé par la Convention européenne des droits de l'Homme, n'est plus garanti lorsque le pouvoir du juge se trouve ainsi drastiquement limité. (voir notamment Marie-Laure Morin, Droit Ouvrier oct. 2017 p. 596-597)

Les salariés n'ont ainsi plus accès à un juge de pleine juridiction.

Le mécanisme des plafonds constitue donc une violation manifeste du droit à un procès équitable.

* * *
*

Pour ces raisons, de nombreux Conseils des prud'hommes ont déjà reconnu l'inconventionnalité des plafonds et en ont écarté l'application :

- 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,

⁹ Louis Favoreu et Thierry-Serge Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, extrait du Répertoire Dalloz du contentieux administratif, Paris, Sirey, 1992, p. 90 et suiv.

¹⁰ CEDH, 21 sept. 1993, Zumtobel c/Autriche, série A 268

¹¹ CEDH, 10 fév. 1983, Albert et Le Compte c/ Belgique, série A 58, § 29.

- 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

En conséquence, il est demandé qu'à son tour votre Conseil (ou votre Cour), à titre principal, juge que doit être écarté le montant maximal d'indemnisation prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail en raison de son inconvencionnalité, ce plafonnement violant les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne, les articles 4 et 10 de la convention 158 de l'OIT et le droit au procès équitable.

DANS LE DISPOSITIF DES ECRITURES :

Il est demandé au Conseil (ou à la Cour d'Appel) de :

- Dire et juger que le licenciement notifié à M. X le (date) est dépourvu de cause réelle et sérieuse,
- Dire et juger que doit être écarté le plafonnement prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail en raison de son inconvencionnalité, ce plafonnement violant les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne, les articles 4 et 10 de la convention 158 de l'OIT et le droit au procès équitable.
- Condamner en conséquence la Société X à verser à M. X la somme de ... €, correspondant à X mois de salaire, en réparation de l'ensemble des préjudices professionnels, financiers et moraux subis dans le cadre de son licenciement.