



COUR DE CASSATION

RAPPORT DE Mme PRACHE et M. BARINCOU

**Arrêt n°654 du 11 mai 2022 - Chambre sociale
Pourvoi n° 21-14.490**

Décision attaquée : 16 mars 2021 de la cour d'appel de Paris

**Mutuelle Pleyel centre de santé mutualiste
C/
Mme [M] [E]**

Le présent rapport contient une proposition de rejet non spécialement motivé du premier moyen qui n'est pas de nature à entraîner la cassation et un avis 1015

Sommaire

1 - Rappel des faits et de la procédure.....	3
2 - Analyse succincte des moyens	3
3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger	5
4 - Recevabilité des interventions volontaires	5

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine.....	<u>7</u>
5.1 Premier moyen	<u>7</u>
Observations liminaires.....	<u>7</u>
5.1.1 - Le périmètre d'appréciation des difficultés économiques	<u>9</u>
1) l'identification du périmètre du groupe	<u>9</u>
2) la détermination du secteur d'activité	<u>11</u>
5.1.2 - L'obligation légale de reclassement interne :	<u>12</u>
5.2 Second moyen	<u>16</u>
5.2.1. Présentation du dispositif légal	<u>16</u>
1) Les motifs de la réforme :	<u>16</u>
2) Les textes	<u>20</u>
3) Premières évaluations de l'impact économique	<u>24</u>
5.2.2. Les décisions précédentes	<u>29</u>
1) Le Conseil constitutionnel	<u>29</u>
2) Le Conseil d'Etat.....	<u>35</u>
3) La Cour de cassation	<u>37</u>
4) Les décisions des cours d'appel postérieures aux avis	<u>40</u>
5.2.3. Eléments de droit comparé	<u>44</u>
5.2.4. Les normes internationales.....	<u>46</u>
1) La primauté du droit international.....	<u>46</u>
2) L'Organisation internationale du travail.....	<u>52</u>
Les mécanismes de contrôle du respect des normes de l'OIT (<u>52</u>); La Convention n° 158 sur le licenciement (<u>54</u>); La jurisprudence de la chambre sociale (<u>60</u>)	
3) La charte sociale européenne.....	<u>66</u>
Présentation et dispositif de contrôle (<u>67</u>); Jurisprudence de la chambre sociale (<u>74</u>); Contentieux (<u>79</u>)	
5.2.5 Le contrôle « in concreto »	<u>88</u>
1) Le contrôle de proportionnalité	<u>88</u>
2) Le champ d'application du contrôle <i>in concreto</i>	<u>96</u>
Au regard de la norme invoquée (<u>96</u>); Au regard du droit invoqué : la notion de droit fondamental (<u>99</u>)	
5.2.6 L'indemnisation du licenciement injustifié	<u>100</u>
1) Le principe de la réparation intégrale	<u>100</u>
2) Que réparent les indemnités de licenciement ?	<u>105</u>
l'indemnité légale de licenciement (<u>106</u>); l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (<u>110</u>)	
6 - Orientation proposée.....	<u>117</u>
7 - Nombre de projets préparés	<u>117</u>
8 - Annexes.....	<u>117</u>

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [E] a été engagée en qualité de coordinatrice, à compter du 2 septembre 2013, par la mutuelle Pleyel centre de santé mutualiste (la société Pleyel). En dernier lieu, la rémunération mensuelle brute de Mme [E] s'élevait à la somme de 3 900 euros, payée sur 13 mois. A la date du litige, la société Pleyel employait 17 salariés.

Par lettre du 12 septembre 2017, Mme [E] a été convoquée à un entretien préalable à un licenciement pour motif économique. Elle a adhéré au contrat de sécurisation professionnelle le 4 octobre 2017 puis, par lettre du 6 octobre 2017, son employeur lui a notifié la rupture de son contrat de travail pour motif économique à compter du 13 octobre 2017.

Contestant cette rupture, la salariée a saisi la juridiction prud'homale.

Par jugement du 18 juillet 2019, le conseil de prud'hommes l'a déboutée de l'ensemble de ses demandes. Par arrêt infirmatif du 16 mars 2021, la cour d'appel de Paris a notamment condamné l'employeur à payer à la salariée la somme de 32 000 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur a formé un pourvoi le 31 mars 2021.
Le mémoire ampliatif a été déposé le 29 juillet 2021 (article 700 : 3 000 euros)
Le mémoire en défense a été déposé le 27 septembre 2021 (article 700 : 3 500 euros)
Le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) et la Confédération française démocratique du travail (CFDT) puis le Syndicat des avocats de France (SAF) sont intervenus volontairement à l'instance et ont déposé un mémoire en intervention.

2 - Analyse succincte des moyens

Par un premier moyen, l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer à la salariée diverses sommes à titre d'indemnité sans cause réelle et sérieuse et sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et de lui ordonner de rembourser à Pôle emploi des indemnités chômage versées à la salariée dans la limite de six mois d'indemnités, alors :

« 1°) que la cause économique d'un licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise ou, si celle-ci fait partie d'un groupe, au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel elle intervient ; que selon l'article L. 1233-3 du code du travail, le périmètre du groupe à prendre en considération à cet effet est celui formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce ; que dans ses conclusions d'appel (cf. p. 4), la Mutuelle Pleyel Centre de Santé Mutualiste soutenait qu'elle ne formait pas un groupe avec la Mutuelle Intergroupes Poliet et Ciments Français (MIPCF) dès lors qu'il n'existait aucun lien capitalistique entre elles au sens des dispositions précitées du code de commerce ; que la cour d'appel, qui a affirmé que la Mutuelle Pleyel Centre de Santé Mutualiste formait un groupe avec la Mutuelle Intergroupes

Poliet et Ciments Français sans constater qu'il existait entre les deux entités un lien conforme aux prévisions des articles L. 233-1, L. 233-3 I et II et L. 233-16 du code de commerce, a privé sa décision de base légale au regard de ces articles, ensemble l'article L. 1233-3 du code du travail ;

2°) qu'en cas de groupe, l'appréciation des difficultés économiques s'effectue au niveau secteur d'activité auquel appartient l'entreprise ; que la cour d'appel, qui n'a pas exposé en quoi un groupe existait, n'a pas mis la Cour de cassation en mesure de s'assurer que l'appréciation des difficultés économiques avait eu lieu au niveau du secteur d'activité et a ainsi privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-3 du code du travail ;

3°) que pour l'application de l'obligation de reclassement, le périmètre du groupe à prendre en considération est le même que celui dans lequel s'apprécient les difficultés économiques, limité aux entreprises du groupe dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation permettent d'assurer la permutation de tout ou partie du personnel ; qu'en reprochant à la Mutuelle Pleyel Centre de Santé Mutualiste de ne pas avoir recherché de reclassement au sein de la MIPCF sans avoir vérifié, ainsi que cela lui avait été demandé, si cette dernière formait avec elle un groupe dans les conditions prévues aux articles L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-4 du code du travail. »

Par un second moyen, l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer à la salariée la somme de 32 000 euros à titre d'indemnité sans cause réelle et sérieuse, alors :

« 1°) que la loi, qui est l'expression de la volonté générale, est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ; que la cour d'appel, qui a écarté l'application du barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail au motif que celui-ci, déclaré conforme à l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT par deux avis de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 17 juillet 2019, ne le serait pas en l'occurrence, en raison des circonstances particulières de l'espèce et qu'il serait dès lors possible de l'écarter dans le cas particulier de la salariée, a violé les principes constitutionnels de sécurité juridique et d'égalité des citoyens devant la loi, ensemble les articles 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 10 de la Convention n° 158 de l'OIT et L. 1235-3 du code du travail.

2°) qu'en n'appliquant pas le barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail quand la salariée n'entrait dans aucune des exceptions prévues par ce texte qui permettraient de ne pas en faire application, la cour d'appel, qui a refusé d'appliquer la loi, a méconnu son office au regard de l'article 12 du code de procédure civile, ensemble l'article L. 1235-3 du code du travail. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Notion de groupe pour l'appréciation des difficultés économiques et de l'obligation de reclassement et date d'entrée en vigueur des dispositions de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

Appréciation « *in concreto* » de la compatibilité du barème d'indemnité résultant de l'article L. 1235-2 du code du travail au regard des exigences de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT.

4 - Recevabilité des interventions volontaires

A la date de finalisation du présent rapport, ont produit des mémoires en intervention volontaire dans le cadre de ce pourvoi la Confédération française démocratique du travail (CFDT), le Mouvement des entreprises de France (Medef) et le Syndicat des avocats de France (SAF).

On peut évoquer succinctement le contexte juridique des interventions volontaires en cause de cassation par des personnes morales ou physiques qui n'étaient pas parties intervenantes devant les juges du fond.¹

TEXTES DE RÉFÉRENCE

Article L. 2132-3 du code du travail :

Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice.

Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

Article 325 du code de procédure civile :

L'intervention n'est recevable que si elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant.

Article 327 du code de procédure civile :

L'intervention en première instance ou en cause d'appel est volontaire ou forcée.

Seule est admise devant la Cour de cassation l'intervention volontaire formée à titre accessoire.

Article 330 du code de procédure civile :

L'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie.

Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie.

L'intervenant à titre accessoire peut se désister unilatéralement de son intervention.

Selon les dispositions de l'article L. 2132-3 du code du travail, les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. S'agissant des syndicats professionnels, la notion d'intérêt collectif est appréciée largement.

MM. Boré, dans leur ouvrage « La cassation en matière civile »² considèrent que les syndicats pouvant agir à titre principal sur le fondement de l'article L. 2132-3 du code du travail, ils le peuvent a fortiori, par voie d'intervention, les textes spéciaux constituant des dérogations à la règle générale posée par l'article 330 du code de procédure civile. Ils ajoutent : « Sur un plan purement pratique, on doit ajouter que l'intervention des groupements en cassation n'augmente en rien le nombre des pourvois puisqu'ils ne font que se greffer sur une procédure existante, et qu'elle est souvent à même d'apporter des informations intéressantes à la Cour régulatrice sur le contexte économique et social du procès et sur les conséquences de sa décision. Ce sont d'ailleurs eux, en général, qui sont le mieux à même de mesurer l'impact de

¹ Cette partie du rapport reprend celui établi par Mme la conseillère Leprieur dans le cadre de l'avis de la Cour de cassation, 17 juillet 2019, n° [19-70.010](#)

² édition 2015/206, p.649

la décision à intervenir sur leur pratique professionnelle. Compte tenu de leurs moyens limités, leurs interventions ne sont pas fondées sur un caprice mais sur un intérêt réel. »

Dans le cadre de la demande d'avis ayant donné lieu aux arrêts précités du 17 juillet 2019, n° [19-70.010](#) et n° [19-70.011](#), les interventions volontaires de la Confédération française démocratique du travail (CFDT), de la Confédération générale du travail (CGT-FO), du Mouvement des entreprises de France (MEDEF), de la Confédération générale du travail (CGT), de l'Union syndicale solidaire, intervenants et de la Confédération française de l'encadrement (CFE CGC), sans être expressément déclarées recevables, ont été visées par les avis, à l'image des précédents (voir pour des exemples récents : Soc., 10 novembre 2021, n° [19-20.123](#) ; Soc., 8 septembre 2021, n° [19-21.025](#)).

A l'inverse, les interventions volontaires du Syndicat des avocats de France et d'Avosial (association d'avocats d'entreprise en droit social) ont été déclarées irrecevables dans les termes suivants :

(...) Le Syndicat des avocats de France et l'association Avosial ne justifiant pas d'un intérêt, au sens de l'article 330 du code de procédure civile, à intervenir dans la procédure d'avis qui n'est pas susceptible d'entraîner des conséquences pour l'ensemble de leurs adhérents, leurs interventions volontaires sont irrecevables. (...)

Dans plusieurs décisions récentes, la chambre sociale, saisie de mémoire en intervention déposés dans le cadre de pourvois au fond, a examiné d'office la recevabilité des interventions volontaires émanant notamment d'Avosial ou du Medef, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile (Soc., 18 mars 2020, pourvoi n°[18-10.919](#) ; Soc., 12 novembre 2020, pourvoi n°[18-18.294](#)).

Dans son mémoire en intervention, le SAF fait valoir qu'un contrôle *in concreto* de l'application de l'article L. 1235-3 du code du travail, au regard de l'article 10 de la convention n°158 de l'OIT, porte sur une question de principe relative à la défense des droits individuels des salariés dans le cadre des litiges les opposant à leur employeur, de sorte qu'elle est conforme à son objet social. Il ajoute que cette question est susceptible d'entraîner des conséquences pour ses adhérents, en leur qualité d'employeurs ou de salariés.

Conformément à l'article 1015 du code de procédure civile, il est envisagé de relever d'office le moyen tiré de ce que l'intervention volontaire du SAF n'est pas recevable en application des articles 327 et 330 du code de procédure civile.

Le présent avis est susceptible de faire l'objet d'observations de la part des avocats constitués dans ce dossier dans les 15 jours du présent rapport.

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

5.1 Premier moyen

Observations liminaires :

Dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016, applicable à compter du 1^{er} décembre 2016³, l'article L. 1233-3 du code du travail prévoit que :

Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment :

1° A des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :

a) Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ;

b) Deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ;

c) Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ;

d) Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus ;

2° A des mutations technologiques ;

3° A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;

4° A la cessation d'activité de l'entreprise.

La matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise.

Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au présent article.

➤ **La définition du groupe et du secteur d'activité** est désormais apportée par [l'article 15](#) de l'ordonnance n° [2017-1387](#) du 22 septembre 2017, qui précise que :

A l'article L. 1233-3 de la sous-section 2 de la section 2 du chapitre III du titre III du livre II de la première partie du même code, sont insérés après le onzième alinéa les alinéas suivants :

« Les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun au sien et à celui des entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national.

*« Pour l'application du présent article, **le groupe** est défini, lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français, conformément au I de l'article L. 2331-1 et, dans le cas contraire, comme constitué par l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français.*

³ [L'article 67](#) de la loi du 8 août 2016, qui a modifié l'article L.1233-3, indique en son paragraphe II qu'il entre en vigueur le 1^{er} décembre 2016.

« **Le secteur d'activité** permettant d'apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé, notamment, par la nature des produits biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché. »

[L'article 16](#) de cette même ordonnance est relative aux obligations de **reclassement** en matière de licenciement pour motif économique et précise que :

1° L'article L. 1233-4 est ainsi modifié :

a) Le premier alinéa est complété par les mots : « et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel » ;

b) Après le premier alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Pour l'application du présent article, le **groupe** est défini, lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français, conformément au I de l'article L. 2331-1 et, dans le cas contraire, comme constitué par l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français. » ;

c) Avant le dernier alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« L'employeur adresse de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié ou diffuse par tout moyen une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés, dans des conditions précisées par décret. » ;

2° L'article L. 1233-4-1 est abrogé.

Conformément à [l'article 40-V](#) de cette même ordonnance, ces dispositions sont applicables aux procédures de licenciement économique **engagées** après la publication de ladite ordonnance, soit à compter du 24 septembre 2017 :

« I. - Les dispositions des articles 2, 3, 39 et des IV, V et VI de l'article 4 sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de la présente ordonnance⁴. (...)»

V. - Les dispositions des articles 15, 16, 18 et 19 sont applicables aux procédures de licenciement économique engagées après la publication de la présente ordonnance.(...)».

=> Ces dispositions ne sont en conséquence pas applicables au présent litige, en ce que la procédure a été engagée par convocation à l'entretien préalable du 12 septembre 2017, soit avant leur entrée en vigueur.

Il convient donc de rappeler la jurisprudence de la chambre, rendue sous l'empire de l'article L. 1233-3 dans sa rédaction applicable au litige, s'agissant, d'une part, du périmètre d'appréciation des difficultés économiques (5.1.1) et, d'autre part, de l'obligation de reclassement (5.1.2).

5.1.1 - Le périmètre d'appréciation des difficultés économiques

La chambre sociale de la Cour de cassation juge depuis 1995 (Soc., 5 avril 1995, n° 93-42.690, Bull. V n° 123) que, lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe, la cause économique d'un licenciement s'apprécie au niveau du secteur d'activité du groupe

⁴ Il n'est pas discuté que les articles 2 et 3 introduisant le barème (cf second moyen) sont bien applicables au litige, le licenciement ayant été notifié par lettre du 6 octobre 2017.

dans lequel elle intervient. (Soc. 26 juin 2012, n° 11-13.736, Bull. V n° 197), sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux sociétés ou entreprises situées sur le territoire national (Soc., 12 juin 2001, n° 99-41.571 Bull. V n° 214).

1) l'identification du périmètre du groupe

C'est à l'employeur de justifier de la consistance de ce groupe et de celle du secteur d'activité concerné (Soc. 4 mars 2009, Bull. n° 57 ; Soc. 21 novembre 2012, n° 11-18815 ; Soc., 30 novembre 2017, pourvoi n° 16-20.424) et de l'existence de difficultés économiques à ce niveau (Soc. 18 février 2016, n° 14-21.985 ; Soc. 3 mai 2016, n° 15-11.046, Bull. V n°83).

A la différence du groupe de reclassement, la jurisprudence n'avait pas précisé la configuration du groupe servant de cadre à l'appréciation du motif économique de licenciement. Le législateur n'était pas davantage intervenu sur ce point avant l'ordonnance du 22 septembre 2017.

C'est pourquoi, dans une série d'arrêts rendus le 16 novembre 2016, la chambre sociale a précisé :

La cause économique d'un licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise ou, si celle-ci fait partie d'un groupe, au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel elle intervient. Le périmètre du groupe à prendre en considération à cet effet est l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L.2331-1 du code du travail, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national
Soc., 16 novembre 2016, Bull. V n° [216](#)⁵ et [217](#)

Afin de rechercher le périmètre dans lequel s'inscrit la décision de restructuration et des licenciements économiques consécutifs, la chambre sociale a choisi de se référer au groupe tel qu'appréhendé par le législateur à l'article [L. 2331-1](#) du code du travail relatif au comité de groupe, dont les attributions sont notamment de recevoir les informations sur l'activité, la situation financière, l'évolution et les prévisions d'emploi dans le groupe et dans chacune des entreprises qui le composent ainsi que la communication des comptes et du bilan consolidés.

L'article L. 2331-1 précité emploie la notion d'entreprise dominante, plus large que celle de "société mère", et vise pour déterminer un ensemble économique, d'une part les entreprises contrôlées, ce qui renvoie à des rapports de nature sociétaire du code de commerce et, d'autre part des entreprises sous influence dominante, ce qui renvoie à des éléments sociétaires et économiques.

⁵ Soc., 16 novembre 2016, Bull n° 2016 : "(...) ayant constaté que si l'entreprise appartenait à un réseau de distribution qui constituait un groupement de commerçants indépendants, se structurant autour d'une association des centres distributeurs Leclerc décidant de l'attribution de l'enseigne à ses adhérents et définissant les orientations globales du réseau, d'un groupement d'achat commun aux centres Leclerc et de coopératives régionales qui assurent des fonctions logistiques au bénéfice des commerçants adhérents, il n'existait pas de liens capitalistiques entre les sociétés ni de rapport de domination d'une entreprise sur les autres, la cour d'appel a pu en déduire que l'entreprise n'appartenait pas à un groupe, en sorte que la cause économique du licenciement devait être appréciée au niveau de l'entreprise."

La détention directe ou indirecte par une société d'une fraction du capital d'une autre société caractérise la domination de l'une sur l'autre :

Sommaire : Selon l'article L. 233-3, I, 1°, du code de commerce, auquel renvoie l'article L. 2331-1 du code du travail, une société est considérée comme en contrôlant une autre lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société.

Une cour d'appel qui constate qu'il n'est pas établi qu'une société de gestion d'un fonds commun de placement à risque détient directement ou indirectement une fraction du capital d'une société holding, en déduit exactement que la société de gestion ne peut être considérée comme contrôlant, par application des dispositions combinées des articles L. 233-3, I, 1°, et L. 233-4 du code de commerce, la filiale de la société holding. Soc., 20 mars 2019, pourvoi [n° 17-19.595](#), publié

➤ Les dispositions de l'ordonnance du 22 septembre 2017 n'ont pas repris complètement le critère jurisprudentiel précité, la référence étant désormais celle du groupe au sens strict du code de commerce. Pour la détermination du groupe, n'est pas visé l'article L.2331-1 du code du travail : il est uniquement fait référence au critère du contrôle par une entreprise dominante par références aux articles [L. 233-1](#), aux I et II de l'article [L. 233-3](#) et à l'article [L. 233-16](#) du code de commerce.

2) la détermination du secteur d'activité

Dès lors que l'existence d'un groupe est avérée, le juge doit vérifier l'existence de la cause économique invoquée au niveau du secteur d'activité de ce groupe dans lequel intervient l'employeur. Il lui incombe donc en ce cas de déterminer la consistance de ce secteur d'activité puis de vérifier que le motif économique dont fait état l'employeur est établi à ce niveau (Soc., 13 février 2013, n° 11-25979 ; Soc., 13 septembre 2012, n° 10-26877 ; Soc., 26 juin 2012, n° 11-13.736, Bull. n° 197 ; Soc. 22 janvier 2014, n° 12-21.681). Et récemment :

Sommaire : La cause économique d'un licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise ou, si celle-ci fait partie d'un groupe, au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel elle intervient.

Il incombe à l'employeur de démontrer, dans le périmètre pertinent, la réalité et le sérieux du motif invoqué.

En conséquence, ne méconnaît pas les règles de la charge de la preuve relatives à l'étendue du secteur d'activité du groupe dans lequel intervient l'entreprise, la cour d'appel qui, appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a constaté, en prenant en considération l'activité des sociétés du groupe et l'activité propre de l'employeur, que celui-ci relevait d'un secteur d'activité plus étendu que celui qu'il avait retenu.

Dès lors que l'employeur ne démontrait pas la réalité de difficultés économiques au sein du secteur d'activité à prendre en considération, la cour d'appel en a exactement déduit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse.

Soc., 31 mars 2021, pourvoi n° [19-26.054](#), publié

La détermination du secteur d'activité relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Soc., 5 mars 2008, n° 06-46.218 ; Soc., 1^{er} juillet 2015, n° 14-14.831) et le contrôle de la Cour de cassation se limite à vérifier que les

appréciations de fait suffisent à justifier la décision (Soc. 7 juillet 2009, n° 08-40.321 ; Soc., 10 février 2010, précité ; Soc., 5 juin 2012, n° 11-21.873).

Aucune définition du secteur d'activité n'a été donnée par la Cour, mais une méthode du faisceau d'indices relatifs notamment à la nature des produits, à la clientèle à laquelle ces produits s'adressent et au mode de production ou commercialisation mise en œuvre par l'entreprise :

Attendu ensuite qu'après avoir exactement énoncé que les difficultés économiques doivent être constituées, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, au niveau du secteur d'activité de ce groupe dans lequel intervient l'employeur, la cour d'appel, appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a retenu, en prenant en considération un faisceau d'indices relatifs à la nature des produits, à la clientèle auxquels il s'adressait et au mode de distribution mis en œuvre par l'entreprise, que celle-ci relevait du secteur d'activité de l'ameublement ; qu'ayant ensuite constaté que l'employeur ne fournissait aucune information sur la situation économique de ce secteur d'activité dans le groupe, à l'époque des licenciements, elle a pu en déduire que ces licenciements ne reposaient pas sur une cause économique ; Soc., 10 février 2010 n° 08-41.109

Ainsi que cela a été rappelé ci-dessus, l'article 15 de l'ordonnance du 22 septembre 2017 a précisé la notion de secteur d'activité qui est « *caractérisé, notamment, par la nature des produits biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, ainsi que les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché.* » Et le groupe est désormais limité au niveau national, sauf fraude (précision apportée par [l'article 11](#) de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, modifiant le 12^{ème} alinéa de l'article L.1233-3.)

5.1.2 - L'obligation légale de reclassement interne :

Dans sa rédaction applicable au litige, en vigueur du 08 août 2015 au 24 septembre 2017, l'article [L.1233-4](#) du code du travail prévoit que :

Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie.

Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure.

Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises.

L'obligation de reclassement est considérée comme remplie lorsque l'employeur justifie avoir effectué toutes les recherches dans l'entreprise ou dans les autres entreprises du groupe (Soc. 4 mars 2009, Bull. V n° 57).

Si l'entreprise appartient à un groupe, le périmètre du reclassement interne est le groupe dont les activités, l'organisation ou le lieu de travail ou d'exploitation permettent la permutation de tout ou partie du personnel (Soc., 5 avril 1995, Bull. V n° 123 ; Soc. 4 mars 2009, Bull., V, n° 57 ; Soc. 9 décembre 2015, n° 14-21.672). La

chambre sociale n'appréciait pas nécessairement l'existence d'un tel groupe par référence aux critères de droit commercial.

Ainsi, selon une jurisprudence constante de la chambre rendue sous l'empire des dispositions de l'article L.1233-3 dans leur rédaction applicable au litige, la seule détention d'une partie de capital de la société par d'autres sociétés n'implique pas en soi la possibilité d'effectuer entre elles la permutation de tout ou partie du personnel et ne caractérisait pas l'existence d'un groupe dans lequel le reclassement doit s'effectuer (Soc., 27 octobre 1998, Bull. V n° 459 ; Soc., 6 juillet 2005, n° 03-44.390 ; Soc., 10 février 2009, n° 07-45.712 ; Soc., 1^{er} décembre 2010, n° 09-68.380 ; Soc., 1^{er} octobre 2014, n° 13-16.710 ; Soc., 28 février 2018, n° 16-27.807).

Réciproquement, l'indépendance juridique des entreprises n'est pas de nature à faire obstacle à la reconnaissance d'un groupe de reclassement, et la chambre sociale a pu casser un arrêt de cour d'appel ayant exclu l'existence d'un groupe de reclassement au seul motif de l'absence, entre les sociétés en cause, de liens de capital répondant aux exigences de la loi sur les sociétés (Soc., 23 mai 1995, n° 93-46.142 ; Soc., 16 juin 2016, n° 15-11.357).

Ainsi, on pu être pris en considération des liens de partenariat unissant certaines entreprises, ou la complémentarité d'activités entre des groupements ayant pourtant des natures juridiques différentes pour retenir un groupe de reclassement (ex : Soc., 23 mai 1995, n° 93-46.142 ; Soc., 8 juillet 2008, n° 06-45.564 ; Soc., 19 février 2014, n° 12-22.709 (réseau de distribution aux supermarchés; Soc., 9 mars 2017, n° 15-23.256 réseau structuré d'associations)

En revanche, n'ont pas été retenus comme un groupe de reclassement : l'adhésion d'une mutuelle de santé à une fédération nationale (Soc., 11 février 2015, Bull V n° 26), l'adhésion d'une union syndicale locale à une union départementale et à des organes confédéraux (Soc., 7 mars 201, n° 15-23.038 publié) , un ordre professionnel (Soc., 20 janvier 2016, n° 14-18.416), les associations Ogec de l'enseignement catholique (Soc., 9 mars 2017, n° 15-26.274).

La chambre contrôle si les éléments de fait appréciés souverainement par les juges du fond caractérisent une possibilité de permutation du personnel entre les entreprises (Soc., 5 mai 2017, n° 16-10.138, 16-10.136, 16-10.137 ; Soc., 7 février 2018, n° 16-12.655 ; Soc., 23 octobre 2019, n° 18-11.519).

En 2016, la chambre sociale a précisé que le périmètre du groupe de reclassement est bien distinct de celui à prendre en considération pour l'appréciation de la cause économique du licenciement. (Soc., 16 novembre 2016, n° [15-15.190](#), Bull. V n° 218 ; également Soc., 5 mai 2017, n° [16-10.136](#), diffusé).

Si une contestation s'élève sur l'étendue du périmètre de reclassement au sein duquel l'employeur doit justifier de ses recherches, la chambre sociale retient qu'il appartient au juge de former sa conviction au vu de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis par les parties:

Ne méconnaît pas les règles de la charge de la preuve relatives au périmètre du groupe de reclassement, la cour d'appel qui, appréciant les éléments qui lui étaient soumis tant par l'employeur que par le salarié, a constaté qu'il n'était pas démontré que l'organisation du réseau de distribution auquel appartenait l'entreprise permettait entre les sociétés adhérentes la permutation de tout ou partie de leur personnel. (Soc., 16 novembre 2016, n° 14-30.063, Bull. n° 216, précité ; voir également Soc., 16 novembre 2016, n° 15-19.927, Bull. 2016, V, n° 217, précité)

La chambre sociale a récemment précisé cette jurisprudence :

Si la preuve de l'exécution de l'obligation de reclassement incombe à l'employeur, il appartient au juge, en cas de contestation sur l'existence ou le périmètre du groupe de reclassement, de former sa conviction au vu de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis par les parties.

En conséquence, ne méconnaît pas les règles de la charge de la preuve relatives au périmètre du groupe de reclassement, la cour d'appel qui, appréciant les éléments qui lui étaient soumis tant par l'employeur que par le salarié, a constaté qu'il n'était pas suffisamment établi que le périmètre de reclassement devait être limité à seulement trente-cinq sociétés du groupe, comme retenu par l'employeur, et en a déduit que celui-ci ne justifiait pas du respect de son obligation de reclassement.

Soc., 31 mars 2021, pourvoi n° [19-17.303](#), publié

La nouvelle rédaction de l'article L. 1233-4, issue de l'article 16 précité de l'ordonnance du 22 septembre et de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° [2017-1718](#) du 20 décembre 2017 qui adopte désormais une notion restrictive du groupe de permutation, défini uniquement par rapport au I de l'article L. 2331-1 du code du travail, comme pour le périmètre d'appréciation du motif économique, mettant ainsi fin à la jurisprudence définissant le groupe au regard du seul critère de permutableté. Les nouvelles dispositions suppriment en outre le reclassement à l'étranger.

**

➤ Au cas présent, les **1^{ère} et 3^e branches** se fondent sur la nouvelle rédaction des articles L. 1233-3 et L. 1233-4 du code du travail, issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée.

Selon le mémoire ampliatif (p. 7), "les redéfinitions du groupe, telles que résultant de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, ont été perdues de vue par la cour d'appel en l'espèce." Il soutient que "l'argumentation [de la salariée] faisait totalement abstraction de la notion de groupe telle qu'elle résulte de l'ordonnance du 22 septembre 2017 précitée : à aucun moment, la salariée n'y faisait référence, qu'il s'agisse de la cause de licenciement ou de reclassement, son argumentation étant organisée exactement comme si cette ordonnance n'avait jamais été adoptée."

Il ajoute encore que "il ne résulte pas [des motifs de l'arrêt] que, contrairement à ce que soutenait l'exposante, il existait effectivement des liens, notamment capitalistiques, entre les deux entités. Or, depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, faute d'un tel lien, un groupe ne peut pas exister."

=> La critique formée par ces deux branches manque en droit en ce que, la procédure ayant été engagée par convocation à l'entretien préalable du **12 septembre 2017**, soit avant l'entrée en vigueur des ordonnances des 22 septembre 2017, les dispositions légales dans leur rédaction invoquée par le moyen ne sont pas applicables au litige.

➤ La **2^e branche** reproche à l'arrêt de ne pas avoir suffisamment exposé en quoi l'employeur appartenait à un groupe, ne permettant pas à la Cour de cassation de s'assurer que l'appréciation des difficultés économiques avait eu lieu au niveau du secteur d'activité du groupe.

A ce sujet, l'employeur affirmait seulement dans ses écritures (cf prod MA n° 2, p.4) que "*En outre la mutuelle MIPCF n'a pas la même activité que le centre dentaire*".

Le mémoire en défense de la salariée objecte que le moyen manque en fait et qu'il critique en tout état de cause "*des motifs qui ne sont pas le soutien nécessaire du dispositif puisque la cour d'appel a parallèlement constaté que la société mutualiste PCSM avait manqué à son obligation de reclassement, motifs qui, à eux seuls, suffisent à conférer à l'arrêt attaqué sa base légale*".

Ayant d'abord retenu qu'il ressortait expressément du rapport de gestion du groupe Pleyel Santé qu'avait été constitué un groupe économique entre la Mutuelle Intergroupes Poliet et Ciments Français (MIPCF) et la mutuelle PCSM (PCSM), la première étant chargée d'établir les comptes combinés du groupe comportant également une société civile immobilière, et, ensuite, que la société MIPCF, société mère du groupe Pleyel Santé était également un organisme mutualiste, ayant recruté des gestionnaires de santé dans un temps proche du licenciement, la cour d'appel a pu en déduire, d'une part, que la mutuelle PCSM et la mutuelle MIPCF appartenait au même secteur d'activité du groupe Pleyel Santé, au niveau duquel devait être appréciée la cause économique du licenciement, et, d'autre part, que l'employeur ne justifiait pas du respect de son obligation de reclassement, ce dont il résultait que le licenciement de la salariée était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Il est en conséquence proposé de rejeter le premier moyen de façon non spécialement motivée.

5.2 Second moyen :

5.2.1. Présentation du dispositif légal :

Cette partie du rapport emprunte parfois et doit beaucoup à celui rédigé par Mme la conseillère Leprieur pour le traitement des demandes d'avis n° [19-70.010](#) et [19-70.011](#).

1) Les motifs de la réforme :

La loi n° 73-680 du 13 juillet 1973, dont sont issues les dispositions de l'article L.1235-3, a retenu que l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement n'entraîne pas la nullité du licenciement mais ouvre droit, à défaut d'accord des parties pour une réintégration, à des dommages-intérêts. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, l'indemnité, destinée à réparer le préjudice résultant de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, n'était pas plafonnée et l'article L. 1235-5 du code du travail prévoyait un plancher de six mois de salaire (sauf pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ou travaillant dans une entreprise employant moins de onze salariés).

L'idée d'un encadrement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse avait déjà été exprimée par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail dont l'article 11 indique que ses « signataires conviennent de travailler avec les pouvoirs publics à la possibilité de fixer un plafond et un plancher au montant des dommages-intérêts susceptibles d'être alloués en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ». Ce travail n'avait toutefois pas abouti lors de l'adoption de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail intervenue à la suite de cet accord.

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 relatif à la compétitivité des entreprises⁶ contient un article 25, destiné à faciliter la conciliation prud'homale, prévoyant qu'en cas de contestation du licenciement, « les parties peuvent, lors de l'audience devant le bureau de conciliation, choisir de mettre un terme définitif au litige qui les oppose en contrepartie du versement, par le défendeur au demandeur, d'une indemnité forfaitaire calculée en fonction de l'ancienneté de ce dernier ». Le montant de cette indemnité forfaitaire, valant réparation de l'ensemble des préjudices liés à la rupture du contrat de travail, y était fixé en fonction de l'ancienneté du salarié, dans une fourchette variant de 2 à 14 mois de salaire. Dans les suites de cet accord, un barème indicatif de dommages-intérêts, applicable donc lors de la phase de conciliation, a été créé par l'article 21 de la loi n° [2013-504](#) du

⁶ [Accord national interprofessionnel](#) du 11 janvier 2013 relatif à la compétitivité des entreprises (sur cet accord, voir notamment : Revue de droit du travail, n° 3, 26 mars 2013, p. 149 à 224)

14 juin 2013 et le décret n° [2013-721](#) du 2 août 2013, codifié aux articles L. 1235-1 et D. 1235-21 du code du travail.

Peu après, un [rapport](#) sur l'avenir des juridictions du travail formulait une proposition visant à créer un circuit court simplifié pour certains litiges : il suggérait qu'un circuit simplifié permette, avec l'accord des parties, de statuer sur l'imputabilité de la rupture puis d'allouer des indemnités en application d'un barème, fixé par décret, tenant compte notamment de l'ancienneté du salarié et de l'effectif de l'entreprise. Les rédacteurs observaient que cette proposition supposait, d'une part, un choix politique sur le montant des indemnités prévues par le barème, proposant qu'il soit favorable au salarié afin d'être incitatif, l'employeur y gagnant pour sa part en rapidité et sécurité, et, d'autre part, la possibilité pour le juge de retrouver sa liberté d'action si le barème, pour des raisons particulières, se révélait inadapté⁷.

Un barème indicatif, applicable en cas d'échec de la tentative de conciliation, a ensuite été instauré par l'article 258 de la loi n° [2015-990](#) du 6 août 2015, par trois nouveaux alinéas ajoutés à l'article L. 1235-1 du code du travail et ainsi rédigés :

Le juge peut prendre en compte un référentiel indicatif établi, après avis du Conseil supérieur de la prud'homie, selon les modalités prévues par décret en Conseil d'Etat.

Ce référentiel fixe le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles.

Si les parties en font conjointement la demande, l'indemnité est fixée par la seule application de ce référentiel.

En application de ce texte, a ensuite été publié le décret n° [2016-1581](#) du 23 novembre 2016 portant fixation du référentiel indicatif d'indemnisation prévu à l'article L. 1235-1 du code du travail. Ce référentiel, non obligatoire, faisait varier le montant de l'indemnité en fonction de l'ancienneté du salarié, dans une fourchette variant de 1 à 21,5 mois de salaire, le texte prévoyant en outre une majoration d'un mois soit pour les salariés âgés de plus de 50 ans à la date de la rupture soit « en cas de difficultés particulières de retour à l'emploi en raison de la situation personnelle du demandeur et à son niveau de qualification au regard de la situation du marché du travail au niveau local ou dans le secteur d'activité considéré ». Un décret n° [2016-1582](#) du 23 novembre 2016 a été publié à la même date pour réviser à la hausse les indemnités prévues au stade de la conciliation, en les fixant à des montants supérieurs à ceux prévus par ce référentiel indicatif, soit une somme s'échelonnant entre 2 mois et 24 mois de salaire en fonction de l'ancienneté du salarié.

⁷ L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI ème siècle, A. Lacabarats, juillet 2014, proposition n° 44, p. 83 à 85

Cette même loi prévoyait aussi, en son article 266, un barème obligatoire mais cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel (cf. infra).

La loi n° [2017-1340](#) du 15 septembre 2017 a habilité le gouvernement à prendre par ordonnances des mesures pour le renforcement du dialogue social. « Afin de renforcer la prévisibilité et ainsi de sécuriser la relation de travail ou les effets de sa rupture pour les employeurs et pour les salariés », l'article 3 de cette loi l'autorise notamment à modifier « les dispositions relatives à la réparation financière des irrégularités de licenciement » « en fixant un référentiel obligatoire établi notamment en fonction de l'ancienneté, pour les dommages-intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, à l'exclusion des licenciements entachés par une faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, notamment par des actes de harcèlement ou de discrimination ».

L'exposé des motifs de ce texte, précise que « la barémisation des dommages-intérêts (...) permettra une plus grande équité et redonnera confiance aux employeurs et aux investisseurs, notamment dans les TPE et PME. La crainte de l'embauche dans celles-ci est réelle, alors même que le potentiel de création d'emplois y est considérable. De même, certaines règles qui entourent le licenciement et devraient en principe protéger les salariés ne les sécurisent pas réellement. Elles constituent plutôt des freins au recrutement et conduisent parfois par leur formalisme à multiplier les contentieux. Ces règles pèsent sur l'image et l'attractivité de la France sans protéger les individus⁸. »

Une étude d'impact jointe au projet de loi, précisait que 120 000 salariés environ contestaient chaque année leur licenciement et que plus de 90% des litiges portés devant les conseils de prud'hommes en 2013 faisaient suite à une rupture du contrat de travail, principalement pour contester un licenciement personnel. Ce document évalue, en comparaison avec le nombre d'inscription à Pôle emploi, le taux de recours contentieux à environ 30% en cas de licenciement pour motif personnel et à moins de 3 % en cas de licenciement pour motif économique. Il fait état d'une étude menée par le ministère de la justice en mai 2015, sur 401 arrêts rendus par les chambres sociales des cours d'appel au mois d'octobre 2014, faisant ressortir que les montants de dommages-intérêts alloués au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse pouvaient varier du simple au triple, voire même atteindre des écarts encore plus élevés dans les cas extrêmes, pour des salariés pourtant placés dans une situation équivalente au regard du poste qu'ils occupaient et de leur ancienneté. Il en conclut que ces écarts traduisent notamment des traitements différenciés par les juges dans des situations comparables⁹.

⁸ [Exposé des motifs](#) des motifs du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

⁹ [Etude d'impact](#) relative au projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

Cette étude de la DACS fait ressortir que les montants des indemnités de licenciement allouées par les arrêts étudiés se répartissaient de la manière suivante :

Ancienneté (en années)		Nombre d'arrêts	Montant moyen en euros	Montant en mois de salaire
<i>Article L. 1235-5</i>				
0	6 mois	14	2 913 €	1,9
6 mois	1	17	5 223 €	2,4
1	1,5	31	10 976 €	3,9
1,5	2	20	19 068 €	4,7
2	et plus	35	12 914 €	5,7
<i>Article L. 1235-3</i>				
2	5	109	21 538 €	7,7
5	10	84	24 004 €	10,4
10	15	37	39 575 €	11,6
15	20	24	43 645 €	14,5
20	et plus	30	49 358 €	15,1

Le rapporteur de la loi d'habilitation pour la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale a repris ces éléments et précisé les objectifs poursuivis :

Si le principe de la réparation du préjudice ne doit évidemment pas être remis en cause, l'hétérogénéité du montant de cette réparation peut en revanche être discutée. En effet, cette dernière génère un climat d'incertitude pour les entreprises, en particulier pour les plus petites d'entre elles. Dès lors, certains employeurs peuvent avoir tendance à moins embaucher, par crainte pure et simple du coût d'un licenciement. Cette situation est par ailleurs source d'iniquité pour les salariés puisque, en cas de licenciement abusif, le niveau de dommages et intérêts dont ils bénéficieront en réparation de leur préjudice peut varier sensiblement en fonction des conseils. (...)

Ce dispositif (...) poursuit un double objectif. Il s'agit à la fois :

- de garantir une meilleure équité entre les salariés, grâce à une homogénéisation de la réparation du préjudice ;*
- et de redonner confiance aux employeurs pour lever les freins à l'embauche, en améliorant la prévisibilité de la charge financière d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.*

L'on peut également imaginer que le référentiel obligatoire renforce l'intérêt de la conciliation précontentieuse : si l'une des parties ou les deux parties ne sont pas satisfaites des montants fixés par le référentiel, elles auront tout intérêt à rechercher un terrain d'entente au stade de la conciliation.

Le texte prévoit par ailleurs un garde-fou important : ce barème ne s'appliquera pas aux licenciements « entachés par une faute de l'employeur d'une particulière gravité », ce qui signifie que le juge conservera une entière liberté d'appréciation du préjudice subi et de fixation du montant des indemnités dans ces cas particuliers. Il convient de souligner que l'habilitation ne concerne aucunement les indemnités de licenciement légales et conventionnelles, dont les règles restent inchangées. En

outré, le champ de l'habilitation ne porte pas sur les licenciements jugés nuls, ceux-ci faisant l'objet de dispositifs d'indemnisation spécifiques¹⁰.

Il a précisé que certaines questions restaient en suspens, notamment celle relative aux critères permettant d'établir le barème envisagé :

L'ordonnance devra tout d'abord définir les critères qui seront pris en compte pour l'établissement du référentiel. Le texte de l'habilitation précise en effet que le référentiel obligatoire sera établi « notamment en fonction de l'ancienneté ». D'autres critères pourraient-ils être utilisés ? À l'évidence, les montants fixés dans le référentiel ne pourront tenir compte de la taille de l'entreprise, ce critère méconnaissant le principe constitutionnel d'égalité devant la loi. Reste à savoir si d'autres critères, notamment ceux dégagés par la jurisprudence, seront inclus dans le référentiel. (...) Enfin la question, cruciale, du niveau des indemnités allouées au regard des critères retenus par l'ordonnance, sera également posée. La difficulté sera en effet de définir des seuils, ou des fourchettes d'indemnisation, en corrélation avec le préjudice subi, et ce sans établir de distinction au regard de la taille de l'entreprise.

Le rapporteur de la commission des affaires sociales du Sénat¹¹ a lui aussi repris les éléments de l'étude d'impact puis confirmé que « les dispositions relatives à l'indemnité versées en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse apparaissent aux yeux de nombreux employeurs comme un frein à l'embauche, en raison de son montant élevé, de l'incertitude pesant sur son niveau (la loi fixe un plancher mais non un plafond), et de l'hétérogénéité constatée dans la pratique des juges ». Il a lui aussi relevé que la formulation du texte d'habilitation « autoriserait le Gouvernement à retenir d'autres critères dans le référentiel, comme la qualification ou l'âge du salarié ».

2) Les textes :

En exécution de cette loi d'habilitation, cinq ordonnances, datées du 22 septembre 2017, ont été publiées au Journal officiel du 23 septembre 2017 : l'ordonnance n° 2017-1385 relative au renforcement de la négociation collective, l'ordonnance n° 2017-1386 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, l'ordonnance n° 2017-1387 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, l'ordonnance n° 2017-1388 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective et l'ordonnance n° 2017-1389 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention.

¹⁰ Rapport n° [19](#) de M. Pietraszewski au nom de la commission des affaires sociales

¹¹ Rapport n° [663](#) de M. Milon, au nom de la commission des affaires sociales

Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précise que celle-ci décline trois des quatre axes de la réforme globale du droit du travail visant, pour le premier, « à apporter des solutions pragmatiques pour les très petites et moyennes entreprises », pour le deuxième à donner aux entreprises et aux salariés « la capacité d'anticiper et de s'adapter de façon simple, rapide et sécurisée » et, pour le troisième à « instaurer de nouveaux droits et de nouvelles protections pour les salariés »¹². A ce titre, il est indiqué :

Un barème de dommages et intérêts impératif donnera sécurité et visibilité sur les contentieux potentiels. Aucun chef d'entreprise, et particulièrement dans les très petites et moyennes entreprises, ne recrute des salariés avec l'intention de les licencier. Mais l'incertitude sur le coût d'une rupture potentielle peut le dissuader d'embaucher en contrat à durée indéterminée. Le barème, par la prévisibilité qu'il donne, permettra de lever cette incertitude et de libérer la création d'emplois dans notre pays dans les très petites et moyennes entreprises. Il permettra de garantir une plus grande équité également pour les salariés, qui, à préjudice équivalent, bénéficient aujourd'hui de dommages et intérêts allant du simple au triple, voire quadruple, en fonction des conseils de prud'hommes saisis. Les plafonds fixés l'ont été en tenant compte des moyennes constatées sur les dernières années. Des planchers sont par ailleurs garantis aux salariés dont le préjudice aurait été reconnu, y compris pour ceux qui ont moins de deux ans d'ancienneté et ceux des entreprises de moins de 11 salariés, aujourd'hui exclus du plancher actuel. (...)

Le titre Ier vise à renforcer la prévisibilité et sécuriser la relation de travail ou les effets de sa rupture pour les employeurs et leurs salariés (...)

Le chapitre II traite des dispositions relatives à la réparation du licenciement irrégulier ou sans cause réelle et sérieuse.

L'article 2 prévoit que, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux. Ces montants sont fixés en mois de salaire, en fonction de l'ancienneté du salarié.

¹² [Rapport](#) au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387

Une distinction est opérée entre les entreprises employant habituellement moins de onze salariés et celles employant habituellement au moins onze salariés en ce qui concerne les montants minimaux jusqu'à dix ans d'ancienneté. Cette distinction permet de tenir compte des plus faibles capacités financières des petites entreprises en leur appliquant un minimum moins élevé.

Les montants minimaux et maximaux ne sont pas applicables lorsque le juge constate que le licenciement est nul en application des dispositions législatives en vigueur énumérées ou qu'il est intervenu en violation d'une liberté fondamentale, entendue comme une atteinte au droit de grève, au droit d'ester en justice ou à la liberté syndicale. Dans ces cas, les dommages et intérêts ne peuvent être inférieurs à six mois de salaire, quelle que soit la taille de l'entreprise.

L'article 40-I de l'ordonnance prévoit que les dispositions des articles 2, 3, 39 et des IV, V et VI de l'article 4 sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à sa publication, soit ceux intervenus à compter du 24 septembre 2017. L'ordonnance n° [2017-1387](#) a été ratifiée par l'article 10 de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018.

L'article 2 de l'ordonnance a notamment modifié les articles L. 1235-3 et L. 1235-3-1 du code du travail qui sont désormais rédigés de la manière suivante :

Art. L. 1235-3 : *Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.*

Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, 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.

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet	1
1	1	2
2	3	3,5
3	3	4
4	3	5
5	3	6
6	3	7
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5
14	3	12
15	3	13

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

En cas de licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les montants minimaux fixés ci-dessous sont applicables, par dérogation à ceux fixés à l'alinéa précédent :

Ancienneté du salarié dans l'entreprise	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet
1 ou 2	0,5
3 ou 4	1
5 ou 6	1,5
7 ou 8	2
9 ou 10	2,5

Pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, à l'exception de l'indemnité de licenciement mentionnée à l'article L. 1234-9¹³.

Cette indemnité est cumulable, le cas échéant, avec les indemnités prévues aux articles L. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15, dans la limite des montants maximaux prévus au présent article.

Article L. 1235-3-1 : L'article L. 1235-3 n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa du présent article. Dans ce cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Les nullités mentionnées au premier alinéa sont celles qui sont afférentes à :

- 1° La violation d'une liberté fondamentale ;
- 2° Des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4 ;
- 3° Un licenciement discriminatoire dans les conditions mentionnées aux articles L. 1132-4 et L. 1134-4 ;
- 4° Un licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans les conditions mentionnées à l'article L. 1144-3, ou à une dénonciation de crimes et délits ;
- 5° Un licenciement d'un salarié protégé mentionné aux articles L. 2411-1 et L. 2412-1 en raison de l'exercice de son mandat ;
- 6° Un licenciement d'un salarié en méconnaissance des protections mentionnées aux articles L. 1225-71 et L. 1226-13.

L'indemnité est due sans préjudice du paiement du salaire, lorsqu'il est dû en application des dispositions de l'article L. 1225-71 et du statut protecteur dont bénéficient certains salariés en application du chapitre Ier du Titre Ier du livre IV de la deuxième partie du code du travail, qui aurait été perçu pendant la période

¹³ Cette exception a été ajoutée par l'article 11 de la loi de ratification n° 2018-217 du 29 mars 2018.

couverte par la nullité et, le cas échéant, sans préjudice de l'indemnité de licenciement légale, conventionnelle ou contractuelle.

L'article L. 1235-3-2 précise que ce barème est applicable aux résiliations judiciaires du contrat de travail, sauf lorsqu'elles produisent les effets d'un licenciement nul¹⁴.

Ce dispositif, applicable en cas de rupture du contrat de travail sans cause réelle et sérieuse, prévoit donc que l'indemnité à la charge de l'employeur varie, en fonction de l'ancienneté du salarié, avec un plafond, s'échelonnant entre 1 à 20 mois de salaire brut, et un plancher, compris entre 1 et 3 mois de salaire, à la double exception, d'une part, des entreprises comptant moins de onze salariés pour lesquels l'indemnité minimale varie entre un 0,5 et 2,5 mois de salaire et, d'autre part, des salariés ayant moins d'un an d'ancienneté pour lesquels aucun plancher n'est prévu.

Le plafond ainsi prévu inclut non seulement l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse mais aussi :

- l'indemnité accordée au salarié compris dans un licenciement pour motif économique, en cas de non-respect par l'employeur des procédures de consultation des instances de représentation du personnel ou de consultation de l'autorité administrative (article L. 1235-12) ;
- l'indemnité accordée au salarié en cas de non-respect par l'employeur de la priorité de réembauche (article L. 1235-13) ;
- l'indemnité accordée au salarié en cas de procédure de licenciement pour motif économique dans une entreprise où les instances de représentation du personnel n'ont pas été mises en place, alors que l'entreprise est assujettie à cette obligation, et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi (article L. 1235-15).

Par un arrêt du 15 décembre 2021, la chambre sociale a confirmé que les montants minimaux et maximaux prévus par l'article L. 1235-3 du code du travail sont exprimés en mois de salaire brut (Soc., 15 décembre 2021, n° [20-18.782](#), publié)¹⁵.

3) Premières évaluations de l'impact économique :

Plusieurs études ont déjà tenté de mesurer les premiers effets économiques et sociaux du nouveau barème, soulignant souvent la prudence avec laquelle il convient d'accueillir les conclusions tirées d'analyses statistiques seulement partielles et reposant sur une application fictive du barème qui n'était pas encore entré en vigueur à la date de leur réalisation.

¹⁴ Cette exception a été ajoutée par l'article 11 de la loi de ratification n° 2018-2017 du 29 mars 2018

¹⁵ L. Bento de Carvalho, JCP n° 5, 7 Février 2022, 176 Le barème « Macron » n'est pas au net

La mission « Droit et justice » a soutenu deux recherches dépassant ce seul sujet mais qui l'intéressent directement et dont les rapports ont été publiés en 2019 : « Les barèmes (et autres outils techniques d'aide à la décision) dans le fonctionnement de la justice »¹⁶ et « La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit »¹⁷.

➤ La première étude conclut que les principaux objectifs poursuivis par les barèmes sont loin d'être toujours atteints qu'il s'agisse de réduire l'incertitude qui pèse sur le procès (en limitant la possibilité pour les juges de prononcer des jugements différents pour des cas similaires et en facilitant la négociation entre les parties) ou de faire converger les décisions de justice avec les préférences sociales reflétées par le barème. Concernant la question spécifique du licenciement (qui n'est pas le thème central de la recherche), les auteurs ont étudié les décisions rendues en bureau de jugement par les sections « activité diverses », « encadrement » et « commerce » du conseil de prud'hommes de Paris au cours des mois de février entre 2013 et 2017. Parmi les 10 647 décisions étudiées, seuls 408 jugements, contenant les données nécessaires, ont été retenus pour procéder à une simulation consistant à calculer le résultat qui aurait été obtenu par application du barème : 9,8% des indemnités allouées étaient inférieures au plancher prévu par le barème, 31,1% étaient comprises dans les bornes du barème (ces cas correspondant le plus souvent à des situations où l'ancienneté des demandeurs était supérieure à 10 ans) et 59,1% étaient supérieures au plafond (majoritairement pour des salariés ayant une très faible ancienneté). Il convient de noter que l'écart moyen avec le barème s'établit à seulement 1,62 mois de salaire.

➤ La seconde étude a porté sur quatre domaines : le droit social, le droit de la famille, le droit de la responsabilité civile et le droit pénal. Le rapport relatif au droit social, intitulé : « Barémisation et contentieux du licenciement sans cause réelle et sérieuse »¹⁸ procède à l'analyse de 566 arrêts rendus par deux cours d'appel entre janvier 2015 et octobre 2016 concernant 587 licenciements sans cause réelle et sérieuse et 42 licenciements nuls.

Les auteurs ont identifié quatre critères d'indemnisation, expressément invoqués à l'appui de ces décisions : l'ancienneté du salarié (mentionnée dans 75% des arrêts), sa situation professionnelle au jour où la cour statue (37%), son âge au jour de la

¹⁶ Les barèmes (et autres outils techniques d'aide à la décision) dans le fonctionnement de la justice, sous la direction de Mme Sayn, Mme Perrocheau, M. Favier et Mme Merley, [note de synthèse](#), et [rapport final](#), Mission « Droit et justice », mai 2019

¹⁷ La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit, sous la direction de Mme Bourreau-Dubois, [Note de synthèse](#) et [rapport final](#), Mission « Droit et justice », février 2019

¹⁸ Barémisation et contentieux du licenciement sans cause réelle et sérieuse, sous la direction de M. Gerry-Vernières, [rapport final](#), Mission « Droit et justice », novembre 2019

rupture du contrat de travail (23%) et sa situation familiale ou personnelle (4%). Ils ajoutent que d'autres critères ont été mobilisés par 75 des arrêts étudiés (12%) qu'il s'agisse des conséquences du licenciement (dépression, précarité, perte de rémunération, perte d'une chance de formation ou de promotion ...). A titre d'exemple, le rapport précise que les décisions visant une situation de chômage durable accordent une indemnité moyenne de 10,57 mois de salaire contre 8,6 mois dans les autres cas.

Compte-tenu de la date de l'étude, les nouvelles dispositions n'étaient pas applicables mais les auteurs ont comparé le montant des indemnités accordées, à une période où seul le plancher de 6 mois de salaire s'imposait, aux montants prévus par le nouveau barème : environ un tiers des indemnités étaient inférieures ou équivalentes au nouveau et environ les deux tiers lui étaient supérieures. Pour les salariés ayant plus de 10 ans d'ancienneté, 44% des indemnités étaient supérieures au barème contre 66 % pour les salariés ayant une ancienneté inférieure à 2 ans. Pour les salariés dont l'ancienneté se situait entre 2 et 5 ans, l'indemnité allouée excédait le plafond dans près de 90 % des cas, ce qui peut s'expliquer par l'indemnité minimale légale alors fixée à de 6 mois de salaire.

Le gouvernement a mis en place un comité d'évaluation des ordonnances publiées le 22 septembre 2017, sous la direction de France Stratégie, institution publique placée auprès du Premier ministre. Un rapport intermédiaire a été publié le 28 juillet 2020¹⁹, ainsi qu'un rapport établi par les cabinets Orseu et Amnyos en septembre 2019²⁰, suivis d'un rapport publié le 16 décembre 2021²¹.

➤ Le rapport intermédiaire observe que si la mise en place du barème ne semble pas produire d'effets sur l'évolution quantitative du contentieux, elle pourrait, d'une part, modifier la nature de celui-ci, le barème pouvant être une incitation éventuelle, pour les salariés, à soulever des causes de nullité permettant au juge de s'extraire de ce référentiel et, d'autre part, entraîner une extension des demandes et démultiplier les chefs de préjudice invoqués²².

➤ Le professeur Dalmasso et Mme Signoretto ont, à la demande de France Stratégie, conduit une étude à partir de l'analyse des 240 arrêts rendus, en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse, en octobre 2019 et octobre 2020,

¹⁹ [Rapport intermédiaire](#), 28 juillet 2020

²⁰ Appropriation et mise en oeuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, [rapport](#) pour la Dares, cabinets ORSEU et Amnyos, septembre 2019

²¹ [Rapport](#) du comité d'évaluation des ordonnances travail, 16 décembre 2021

²² Peu après la publication du texte, un auteur préconisait « d'envisager une interprétation extensive des dérogations prévues par le code du travail ainsi que des voies de contournement ». Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyse critique et perspectives de mise en échec, N. Collet-Thiry, JCP S., n° 18-19, 8 Mai 2018, p. 1150

alors que le barème n'était pas encore applicable, ainsi que des 106 arrêts rendus en février et mars 2021 pour des licenciements soumis à cette nouvelle législation.²³

Pour la première période, l'analyse des 192 arrêts contenant les données nécessaires permet de constater que les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse correspondent en moyenne à 7,9 mois de salaire brut, le montant médian étant de 6,5 mois de salaire et le maximum dans l'échantillon s'élevant à 37,8 mois de salaire. L'intervalle de confiance qu'ils calculent les amène à retenir que la « vraie moyenne » se situe entre 7,1 et 8,6 mois de salaire. Ces indemnités sont plus faibles dans les entreprises de moins de 11 salariés, avec un écart de 4,1 mois de salaire sur la moyenne et la médiane. Le montant de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse est par ailleurs plus élevé si aucune autre somme n'a été versée à l'occasion de la rupture du contrat de travail (rappel de salaires, congés payés, préavis). L'application fictive du barème à ces situations permet de constater que 3 indemnités auraient été inférieures au plancher, 84 indemnités (environ 44%) comprises dans la fourchette du barème et 105 indemnités (environ 55%) au-dessus du plafond du barème. Ces variations doivent toutefois prendre en compte l'ancienneté du salarié : l'étude fait apparaître que 84% des indemnités allouées étaient supérieures au plafond du barème pour les salariés ayant entre 2 et 5 ans d'ancienneté, 66% pour ceux ayant une ancienneté inférieure à 2 ans alors que, pour ceux ayant entre 5 et 10 ans d'ancienneté le chiffre n'est plus que de 48% pour tomber à 28% en ce qui concerne les salariés ayant plus de 10 ans d'ancienneté.

Pour la seconde période, l'analyse des quatre-vingt-quatorze licenciements sans cause réelle et sérieuse soumis au barème confirme que les montants sont, en moyenne et en médiane, plus élevée si aucune autre indemnité n'a été versée, avec un minimum plus élevé et un maximum moindre. L'indemnité moyenne de licenciement sans cause réelle et sérieuse apparaît légèrement plus faible : 6,6 mois de salaire (contre 7,9) de même que les montants médians (6 mois de salaire contre 6,5 mois). L'intervalle de confiance calculé par les chercheurs aboutit à une « vraie moyenne » entre 5,6 et 7,5 mois de salaire (contre 7,1 et 8,6 mois de salaire). Les auteurs de l'étude signalent que 9 des arrêts étudiés (soit environ 10%) ont accordé des indemnités supérieures au plafond du barème et 3 autres (3%) un montant inférieur à son plancher ; pour les arrêts se situant dans la fourchette, 20 d'entre eux (21%) ont alloué exactement le montant maximum fixé et 7 (soit 7%) le montant minimum tandis que les 56 autres (59%) se situent entre ces deux bornes.

Après avoir procédé à une analyse littérale des arrêts, les auteurs retiennent qu'il est « impossible de juger la réforme globalement : il faut au contraire individualiser des catégories de salariés plus ou moins affectés par l'existence du plafond » : « si

²³ Une première évaluation du barème d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse mise en place par l'ordonnance n° 1387 du 22 septembre 2017, France Stratégie, sous la direction de M. Dalmasso et Mme Signoretto, 21 septembre 2021

les salariés à forte ancienneté ne voient guère leur perspective d'indemnisation évoluer, tel n'est pas le cas pour ceux disposant d'une ancienneté entre deux et six ans dans les entreprises de onze salariés et plus, qui perdront beaucoup, et pourraient ne plus avoir de réel intérêt financier à agir en justice ». Ils concluent la première partie de leur étude dans les termes suivants :

Tout d'abord, pour les très courtes anciennetés, l'effet est assez faible, car avant comme après les ordonnances, les juges ont tendance à octroyer une indemnisation assez réduite des ruptures abusives des contrats. Depuis 1973, la très faible ancienneté (moins de 2 ans) provoque une petite indemnisation, et ce point n'a pas changé. Malgré l'instauration d'un plancher équivalent à un mois de salaire pour les salariés ayant un an révolu d'ancienneté (à la différence de l'ancien droit qui dans cette hypothèse ne prévoyait rien), nous n'avons pas décelé de tendance à une indemnisation plus élevée des cas appliquant la fourchette. Au contraire, le plafond bas (par exemple 2 mois de salaire pour un an d'ancienneté) pourrait avoir tendance à diminuer les indemnisations.

Pour les anciennetés supérieures à 2 ans, il faut prendre en considération la taille de l'entreprise, pour bien comparer le nouveau et l'ancien droit. C'est bien entendu pour les entreprises de 11 salariés et plus que les effets des nouvelles normes vont être les plus importantes. Globalement, entre 2 et 6 ou 7 ans d'ancienneté, les pertes pour les salariés sont importantes, ce dernier ne touchant jamais, ou presque, ce qui était le plancher sous l'ancien droit : 6 mois de salaire. On peut donc dire que l'effet principal du nouvel article L.1235-3 est de diminuer l'indemnisation des salariés ayant une faible ancienneté dans des grandes entreprises. Ce sont donc, en général, des salariés assez jeunes, mais cela peut être aussi, et certainement de plus en plus souvent, des salariés plus âgés ayant fréquemment changé d'entreprise au cours de leur vie professionnelle. La mobilité professionnelle risque ici, pour le salarié ayant cumulé les expériences dans diverses entreprises, d'avoir des effets importants sur les indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Toujours dans cette classe de salariés, ceux à faible salaire sont peut-être les plus grands perdants : l'instauration de plafonds faibles pourra avoir comme conséquence de décourager toute action en justice, face à une perspective de gain non seulement éventuelle, mais nécessairement réduite.

Pour les salariés à forte ancienneté, qu'ils soient dans des petites ou grandes entreprises, l'impact de la fourchette d'indemnisation sera moindre. La hauteur des plafonds fixés par le législateur peut en effet conduire le juge à octroyer des indemnités convenables, même si souvent également légèrement inférieures à l'ancien droit.

Ces comparaisons plus fines démontrent donc qu'on ne peut apprécier la pertinence des fourchettes d'indemnisation sans construire des typologies particulières de salariés. Or, parmi ces salariés, les plus touchés par l'affaiblissement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse apparaissent souvent comme étant les plus jeunes, et les moins payés. En ce sens, les conseils de prud'hommes risquent de devenir des juridictions de salariés plus riches et plus vieux, disposant d'une forte ancienneté. C'est donc au final tout le coeur du salariat qui risque, de lui-même, de s'exclure du contentieux en renonçant à agir en justice.

Dans la seconde partie de leur étude, les auteurs ont tenté d'analyser les conséquences du barème sur le recours au licenciement dans les établissements français, notamment en ce qui concerne les comportements des employeurs en matière de gestion de l'emploi, en examinant les seuls licenciements pour motif personnel qui représentent la majorité des licenciements et la majorité des recours aux prud'hommes lorsque la demande porte sur la rupture du contrat de travail.

Ils retiennent finalement que « le plafonnement de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse ne semble pas avoir favorisé l'usage de ce type de rupture, surtout pour les faibles anciennetés » et qu'il n'est donc pas possible de « conclure à un effet du barème introduit par les ordonnances – via un moindre risque pour les anciennetés inférieures à 5 ans et donc une facilité de licenciement accrue pour ces anciennetés relativement aux autres – sur les licenciements des salariés ayant de faibles anciennetés et encore moins ceux ayant des anciennetés comprises entre 2 et 5 ans ».

Ils observent que la seule dynamique dont la tendance paraît plus marquée après les ordonnances de septembre 2017 est la hausse de la part des licenciements prononcés pour faute grave ou lourde. Ils s'interrogent sur un éventuel lien entre cette tendance et la modification des coûts relatifs du licenciement pour faute : le « coût certain » des licenciements non fautifs a augmenté, à la suite de la hausse des indemnités légales en 2017, alors que dans le même temps le « risque contentieux » s'est réduit, au moins pour les salariés ayant les plus faibles anciennetés.

Les auteurs de cette étude en ont tout récemment publié une présentation qu'ils concluent en ces termes :

De cette double analyse statistique et contentieuse, nous pouvons résumer les points suivants. Comme prévu par le législateur, la nouvelle norme juridique a modifié les montants moyen et médian d'indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'instauration de nouveaux planchers et plafonds réduit les écarts possibles, ce qui était un objectif affiché du législateur, et modère globalement les montants versés aux salariés, même si l'hypothèse de prévisibilité n'est pas tout à fait confirmée par notre étude. Cette modération des indemnités n'est cependant pas de même ampleur selon l'ancienneté du salarié. La baisse d'indemnisation moyenne est très forte pour les salariés des moyennes et grandes entreprises ayant une relative faible ancienneté (entre 2 et 5 ans), tandis qu'elle sera moins marquée pour les salariés ayant une ancienneté plus élevée. L'analyse contentieuse, en comparant des arrêts avec un certain nombre de caractéristiques communes du point de vue de la dernière situation en emploi des salariés, confirme pleinement ce point et permet d'en mesurer concrètement l'ampleur. Pour les salariés les plus impactés par cette baisse, leur intérêt financier à agir en justice pour faire reconnaître leur licenciement comme sans cause réelle et sérieuse devient faible voire inexistant. Or, les travailleurs les plus touchés par cet affaiblissement des indemnités sont souvent ceux ayant l'ancienneté et la rémunération les plus faibles dans l'entreprise. En ce sens, les conseils de prud'hommes risquent de devenir des

juridictions de salariés plus riches, disposant d'une forte ancienneté et par conséquent très certainement plus âgés. C'est donc au final tout le cœur du salariat qui risque, de lui-même, de s'exclure du contentieux en renonçant à agir en justice²⁴.

Le rapport France stratégie 2021, après avoir procédé à une analyse statistique relative aux évolutions des embauches et ruptures des contrats de travail, retient que ces éléments « n'ont rien de conclusif sur l'impact causal des ordonnances sur les comportements d'embauche comme de licenciement des entreprises » mais « illustrent les difficultés à repérer au niveau agrégé des effets propres des ordonnances dans un contexte de réformes successives et intriquées » et « permettent de souligner la complexité du paysage des mouvements de main d'oeuvre ».

5.2.2. Les décisions précédentes :

1) Le Conseil constitutionnel :

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur la constitutionnalité d'un barème relatif à l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par une première décision du 5 août 2015, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution la rédaction de l'article L. 1235-3 du code du travail issue du 1° du paragraphe I de l'article 266 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

La disposition censurée instituait un mécanisme encadrant par un plafond et un plancher l'indemnité mise à la charge de l'employeur en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. La détermination du plafond reposait, d'une part, sur l'ancienneté du salarié dans l'entreprise (moins de 2 ans, entre 2 et 10 ans ou plus de 10 ans) et, d'autre part, sur les effectifs de l'entreprise (moins de 20 salariés, entre 20 et 299 salariés, plus de 300 salariés), le législateur ayant considéré qu'il convenait de favoriser en la matière les petites et moyennes entreprises.

Le Conseil constitutionnel a reconnu que la volonté du législateur« d'assurer une plus grande sécurité juridique et de favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche » poursuivait un but d'intérêt général et a retenu qu'il pouvait, à cette fin, plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse. Il a toutefois ensuite jugé qu'un tel plafonnement devait être déterminé selon des critères en lien avec le préjudice subi, ce qui n'était pas le cas de la prise en compte de l'effectif de l'entreprise.

²⁴ R. Dalmaso et C. Signoretto, Une première évaluation du "barème" d'indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, Droit social, Février 2022, p. 151

148. Considérant que l'article 266 est relatif à l'encadrement du montant de l'indemnité prononcée par le conseil de prud'hommes en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

149. Considérant que le 1° du paragraphe I de l'article 266 modifie l'article L. 1235-3 du code du travail pour encadrer l'indemnité octroyée par le juge au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse en réparation de la seule absence de cause réelle et sérieuse ; qu'il prévoit des minima et maxima d'indemnisation, exprimés en mois de salaires, qui varient en fonction, d'une part, de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et, d'autre part, des effectifs de l'entreprise ; qu'à cet égard, le législateur a distingué entre les entreprises selon qu'elles emploient moins de vingt salariés, de vingt à deux cent quatre-vingt-dix-neuf salariés, ou trois cents salariés et plus ;

150. Considérant que les députés requérants soutiennent que ces dispositions instituent, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, une différence de traitement injustifiée entre les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse en fonction de la taille de l'entreprise ;

151. Considérant qu'en prévoyant que les montants minimal et maximal de l'indemnité accordée par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse sont fonction croissante des effectifs de l'entreprise, le législateur a entendu, en aménageant les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée, assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche ; qu'il a ainsi poursuivi des buts d'intérêt général ;

152. Considérant toutefois, que, si le législateur pouvait, à ces fins, plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, il devait retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié ; que, si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est ainsi en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'est pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise ; que, par suite, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées méconnaît le principe d'égalité devant la loi ;

153. Considérant que l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction résultant du 1° du paragraphe I de l'article 266, est contraire à la Constitution ; que, par voie de conséquence, il en va de même des autres dispositions de l'article 266, qui en sont inséparables ;

Cons. const., 5 août 2015, décision n° [2015-715](#), DC, loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

Le commentaire de cette décision rappelle que le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas au principe de la réparation intégrale, dégagé par la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État, une valeur constitutionnelle : s'il considère que la faculté d'agir en responsabilité met en oeuvre l'exigence constitutionnelle selon laquelle « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », il juge que le législateur peut, pour un motif d'intérêt général, aménager les conditions dans lesquelles cette responsabilité peut être engagée et notamment « apporter à ce principe des exclusions ou des limitations, à condition qu'il n'en résulte une atteinte disproportionnée ni aux droits des victimes d'actes fautifs ni au droit à un recours

juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789²⁵ ». Cette solution ancienne a aussi été affirmée par le Conseil constitutionnel notamment à propos de l'indemnisation forfaitaire des préjudices résultant d'un accident du travail et l'impossibilité pour la victime d'agir à l'encontre de l'employeur, sauf en cas de faute inexcusable de ce dernier²⁶.

Ainsi, il résulte en réalité de cette première décision de censure que le Conseil constitutionnel ne reconnaît aucun principe s'opposant à ce que le législateur prévoit, pour un motif d'intérêt général, un plafonnement de l'indemnité due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par une deuxième décision du 7 septembre 2017, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social :

33. En habilitant le Gouvernement à fixer un référentiel obligatoire pour les dommages et intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, à l'exclusion des licenciements entachés par une faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, 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. Il en résulte que, par elle-même, l'habilitation ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs. Le grief tiré de la méconnaissance du principe de responsabilité doit donc être écarté. (...)

35. Toutefois, le principe de la séparation des pouvoirs n'implique pas que le législateur s'abstienne de fixer un barème obligatoire pour la réparation d'un préjudice causé par une faute civile. Le législateur n'a donc pas méconnu ce principe. (...)

37. Le seul fait de prévoir un référentiel obligatoire pour l'indemnisation du préjudice résultant d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et non pour celle de préjudices résultant d'autres fautes civiles ne constitue pas, en soi, une atteinte au principe d'égalité devant la loi. Par suite, les dispositions contestées ne sont, ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires à ce principe. Elles ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de l'article 38 de la Constitution, de respecter ce même principe. Le grief tiré de sa méconnaissance doit donc être écarté.

Cons. const., 7 septembre 2017, décision n° [2017-751](#), DC, loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

Le commentaire de cette décision précise que le considérant 35 rejette le grief tiré de ce que l'instauration d'un référentiel obligatoire privait le juge du pouvoir d'apprécier le préjudice, en méconnaissance du principe de la séparation des

²⁵ Cons. const., 26 septembre 2014, décision n° [2014-415](#) QPC

²⁶ Cons. const., 18 juin 2010, décisions n° [2010-8](#) QPC ou 6 mai 2011, décision n° [2011-127](#) QPC ou, plus récemment : 14 avril 2016, décision n° [2016-533](#) QPC

pouvoirs lequel « l'invitait, en quelque sorte, à reconnaître une exigence d'individualisation de l'indemnité accordée en réparation d'une faute civile. Or, si une telle exigence existe en matière pénale, elle découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789. »

Se prononçant ensuite sur la loi de ratification des ordonnances, le Conseil constitutionnel a confirmé sa jurisprudence par une troisième décision par laquelle il a déclaré conforme à la Constitution la nouvelle rédaction de l'article L. 1235-3 du code du travail :

83. L'article L. 1235-3 du code du travail prévoit que, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse et en l'absence de réintégration du salarié dans l'entreprise, le juge octroie à ce dernier une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre des minimums et des maximums fixés par ce même article. Ces minimums et maximums varient en fonction de l'ancienneté du salarié. Par ailleurs, les minimums diffèrent selon que l'entreprise emploie onze salariés ou plus ou moins de onze salariés. Dans une entreprise employant au moins onze salariés, l'indemnité minimale va de zéro à trois mois de salaire brut ; dans une entreprise de moins de onze salariés, elle est comprise entre zéro et deux mois et demi de salaire brut. L'indemnité maximale est comprise entre un et vingt mois de salaire brut. Ces indemnités sont cumulables avec les indemnités prévues en cas d'irrégularité de procédure dans la conduite du licenciement ou en cas de non-respect de la priorité de réembauche, dans la limite des montants maximaux précités.

84. Les députés soutiennent que les deuxième à septième alinéas de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui instituent un barème d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, seraient contraires à la Constitution. Ils estiment tout d'abord que ces dispositions contreviendraient à la garantie des droits dès lors que la faiblesse des plafonds d'indemnisation prévus serait insuffisamment dissuasive et qu'elle permettrait, en conséquence, à un employeur de licencier un salarié de manière injustifiée. Ils considèrent ensuite que serait également méconnu le principe d'égalité devant la loi dans la mesure où le barème fixé par le législateur prend en compte, en ce qui concerne le salarié, le seul critère de l'ancienneté à l'exclusion d'autres critères tels que l'âge, le sexe ou les qualifications, caractérisant son préjudice. Enfin, ces dispositions porteraient une atteinte disproportionnée au droit à être indemnisé d'un préjudice, garanti par l'article 4 de la Déclaration de 1789. En effet, d'une part, les plafonds fixés pourraient conduire, lorsque l'ancienneté du salarié est faible, à une indemnisation dérisoire au regard de la réalité de son préjudice. D'autre part, ils ne permettraient pas d'indemniser justement les préjudices subis, dès lors que les indemnités dues par l'employeur en cas d'irrégularité de procédure dans la conduite du licenciement ou en cas de non-respect de la priorité de réembauche se cumulent, dans la limite de ces plafonds, avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

85. En premier lieu, aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. La faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle. Toutefois, cette

dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée. Il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs.

86. D'une part, en fixant un référentiel obligatoire pour les dommages et intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, 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.

87. D'autre part, l'indemnité ainsi encadrée a pour objet de réparer le préjudice né d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et, le cas échéant, celui né de l'absence de respect de la priorité de réembauche et de la méconnaissance des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative ou de l'obligation de mise en place d'un comité social et économique. Les montants maximaux de cette indemnité fixés par la loi varient, selon l'ancienneté du salarié, entre un et vingt mois de salaire brut. Il ressort des travaux préparatoires que ces montants ont été déterminés en fonction des « moyennes constatées » des indemnités accordées par les juridictions. Par ailleurs, conformément aux dispositions de l'article L. 1235-1 du code du travail, ces maximums ne sont pas applicables lorsque le licenciement est entaché d'une nullité résultant de la violation d'une liberté fondamentale, de faits de harcèlement moral ou sexuel, d'un licenciement discriminatoire ou consécutif à une action en justice, d'une atteinte à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, de la dénonciation de crimes et délits, de l'exercice d'un mandat par un salarié protégé ou des protections dont bénéficient certains salariés.

88. Il résulte de ce qui précède que la dérogation au droit commun de la responsabilité pour faute, résultant des maximums prévus par les dispositions contestées, n'institue pas des restrictions disproportionnées par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi.

89. En second lieu, d'une part, le législateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité, moduler l'indemnité maximale due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'il retient, pour cette modulation, des critères présentant un lien avec le préjudice subi. Il en est ainsi du critère de l'ancienneté dans l'entreprise. D'autre part, le principe d'égalité n'imposant pas au législateur de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes, il n'était pas tenu, de fixer un barème prenant en compte l'ensemble des critères déterminant le préjudice subi par le salarié licencié. En revanche, il appartient au juge, dans les bornes de ce barème, de prendre en compte tous les éléments déterminant le préjudice subi par le salarié licencié lorsqu'il fixe le montant de l'indemnité due par l'employeur.

90. Dès lors, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi.

91. Il résulte de tout ce qui précède que les deuxième à septième alinéas de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui ne méconnaissent pas non plus la garantie des droits ni aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution. Cons. const., 21 mars 2018, décision n° [2018-761](#) DC, Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017

d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

Commentant cette décision, le professeur Baugard et M. Morin indiquent que ce barème constitue « l'avatar d'un genre normatif, celui des lois restrictives de responsabilité, à propos duquel le Conseil constitutionnel abandonne traditionnellement une importante marge de manoeuvre au législateur », se bornant, selon eux, à ratifier les choix du législateur dès lors qu'un motif d'intérêt général permet de justifier l'entorse à la protection constitutionnelle de la responsabilité civile pour faute. Ils soulignent ensuite que le Conseil constitutionnel a écarté, d'une part, une première critique reprochant aux plafonds de varier seulement en fonction du critère de l'ancienneté sans prendre en compte d'autres critères, comme l'âge, le sexe ou les qualifications professionnelles et, d'autre part, une seconde critique relative aux montants des plafonds et à leur caractère disproportionné voire dérisoire :

Pour écarter les critiques propres aux montants des plafonds et à leur caractère disproportionné, voire dérisoire (parce que parfois insuffisamment élevé), le Conseil constitutionnel se fonde - lorsque ceux-ci sont applicables - sur la jurisprudence construite à propos du principe de « responsabilité/réparation » et articulée autour de la notion d'intérêt général. Depuis sa décision du 22 juillet 2005, le Conseil a en effet étendu à ce principe un contrôle lié à cette notion : si, en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, la faculté d'agir en responsabilité mettant en oeuvre cette exigence constitutionnelle, cette dernière « ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ». Il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs. L'expérience montre qu'il y avait sans doute peu à attendre de ce contrôle qui ne paraît, selon une étude approfondie, être que « le moyen finalement peu exigeant de légitimer les atteintes portées par le législateur » à la responsabilité civile. Il a en effet été mis en évidence que si la formule précitée pouvait originellement faire naître quelques attentes, « le contrôle mené sous les auspices de l'intérêt général apparaît en la matière désincarné ». (...)

La décision n'invite pas plus à espérer du Conseil un réel examen d'adéquation et/ou de nécessité des limitations légales de responsabilité. La motivation retenue est en effet, s'agissant des cas dans lesquels les plafonds trouvent application, fort décevante. Elle consiste, tout d'abord, en un renvoi aux dispositions de la loi, dont la portée justificative est absolument inexplicquée (à supposer, d'ailleurs, qu'elle existe) : « Les montants maximaux de [l'indemnité réparant le préjudice né du licenciement injustifié et éventuellement d'autres irrégularités : priorité de réembauche, "irrégularité de procédure dans la conduite du licenciement"] fixés par la loi varient, selon l'ancienneté du salarié, entre un et vingt mois de salaire brut ». Or, ce sont précisément les plafonds les plus bas, simplement ici rappelés, applicables aux salariés ayant peu d'ancienneté - y compris en présence de plusieurs fautes de l'employeur - que les requérants critiquaient par les griefs déjà évoqués : une

indemnité au mieux d'un mois de salaire pour un salarié comptant par exemple onze mois d'ancienneté licencié sans cause réelle et sérieuse n'est-elle pas dérisoire ? Autrement dit, ce motif ne fait nullement ressortir que les plafonds les plus bas ne portent pas une atteinte disproportionnée aux droits des salariés, et paraît bien laisser sans réponse le grief tiré de la méconnaissance de la garantie des droits (qui envisageait l'aspect dissuasif de l'indemnité) en se plaçant seulement sur le terrain de l'atteinte portée au « principe de responsabilité ».

S'agissant de ce principe, le Conseil retient cependant, ensuite, qu'« il ressort des travaux préparatoires que ces montants ont été déterminés « en fonction des « moyennes constatées » des indemnités accordées par les juridictions ».

L'argument paraît a priori fort, car il pourrait laisser penser que les plafonds ne peuvent porter une atteinte disproportionnée au droit à indemnisation des salariés (lié par les requérants au principe de responsabilité) s'ils s'inspirent de décisions rendues sous l'empire de règles n'imposant éventuellement que des planchers indemnitaires. Son imprécision convainc toutefois rapidement de sa faiblesse démonstrative. La nature réelle du rapport entre les plafonds retenus et ces moyennes constatées n'est, ainsi, pas réellement explicitée par les termes « en fonction ». En outre, l'affirmation n'explique aucunement la méthode retenue de calcul des indemnités. Parce qu'elle renvoie seulement à des moyennes, elle ne permet pas de se convaincre que l'indemnisation des salariés ayant peu d'ancienneté était préalablement aussi faible, alors que les planchers leur étaient inapplicables. Enfin, ces moyennes portaient-elles seulement sur l'indemnisation des licenciements injustifiés, ou prenaient-elles en compte d'autres préjudices, notamment ceux qui sont « intégrés » dans le respect des plafonds prévus par l'article L. 1235-3 ? C'est dire que si cette donnée peut être (avec les réserves qui viennent d'être émises) éventuellement utile s'agissant du grief propre à l'indemnisation trop faible de certains licenciements injustifiés, elle paraît inapte à répondre au grief relatif à l'indemnisation en cas de cumul de fautes commises par l'employeur.

Aussi croit-on pouvoir dire que cette décision ne fait qu'illustrer le contrôle très superficiel exercé par le Conseil constitutionnel en matière d'atteinte au principe de responsabilité et, particulièrement, le caractère infiniment subsidiaire de sa fonction d'indemnisation ou de réparation des victimes d'actes fautifs, du moins en l'absence d'une faute d'une particulière gravité.²⁷

2) Le Conseil d'Etat :

Statuant en référé, le Conseil d'Etat a rejeté la demande de suspension de l'exécution de divers articles de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, dont l'article 2 prévoyant le barème, en retenant que les critiques formulées à l'encontre de ces dispositions n'étaient pas de nature à créer un doute sérieux sur leur légalité.

²⁷ La constitutionnalité du barème impératif des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, D. Baugard et J. Morin, Droit social 2018, p. 718

4. L'article 2 de l'ordonnance contestée modifie l'article L. 1235-3 du code du travail pour prévoir qu'en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux fixés en nombre de mois de salaire, en fonction de l'ancienneté du salarié. En ce qui concerne les montants minimaux et jusqu'à dix ans d'ancienneté, l'article opère également une distinction entre les entreprises selon qu'elles emploient habituellement moins de onze salariés ou au moins onze salariés.

5. En premier lieu, la Confédération générale du travail soutient que ces dispositions méconnaissent les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) et de l'article 24 de la charte sociale européenne en ce qu'elles privent les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse d'une indemnisation adéquate et d'une réparation appropriée du préjudice subi. Elle affirme également que ces dispositions portent une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs protégés par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en ce qu'elles prévoient que le juge pourra, pour déterminer le montant de l'indemnisation due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, tenir compte des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture.

6. D'une part, il ne résulte ni des stipulations invoquées, ni, en tout état de cause, de l'interprétation qu'en a donnée le comité européen de droits sociaux dans sa décision du 8 septembre 2016, dont se prévaut la requérante, qu'elles interdiraient aux Etats signataires de prévoir des plafonds d'indemnisation inférieurs à vingt-quatre mois de salaire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. En outre, le barème que l'article 2 de l'ordonnance contestée énonce n'est, ainsi que le précise l'article L. 1235-3-1 du code du travail, pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une nullité afférente « à la violation d'une liberté fondamentale, à des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4, à un licenciement discriminatoire dans les conditions prévues aux articles L. 1134-4 et L. 1132-4 ou consécutif à une action en justice, en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans les conditions mentionnées à l'article L. 1144-3 et en cas de dénonciation de crimes et délits, ou à l'exercice d'un mandat par un salarié protégé mentionné au chapitre 1er du titre 1er du livre IV de la deuxième partie, ainsi qu'aux protections dont bénéficient certains salariés en application des articles L. 1225-71 et L. 1226-13 ».

7. D'autre part, si les nouvelles dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail prévoient la possibilité, pour le juge, de « tenir compte » dans la détermination du montant de l'indemnité, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, elles ne lui imposent nullement, en énonçant cette faculté, de déduire du montant finalement accordé au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, qui ne saurait d'ailleurs être inférieur au minimum prévu, le montant de ces indemnités. Ainsi que cela ressort des termes mêmes du texte, cette faculté reconnue au juge concerne les seules indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, ce qui exclut les autres indemnités versées, à cette occasion, en compensation d'autres droits.

8. Enfin, en fixant des montants minimaux et maximaux d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse en fonction des seuls critères de

l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et des effectifs de celle-ci, les auteurs de l'ordonnance n'ont pas entendu faire obstacle à ce que le juge détermine, à l'intérieur de ces limites, le montant de l'indemnisation versée à chaque salarié en prenant en compte d'autres critères liés à la situation particulière de celui-ci.

9. En deuxième lieu, la Confédération générale du travail soutient que les nouvelles dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail méconnaissent le principe d'égalité, en retenant pour seuls critères de différenciation du barème d'indemnisation l'ancienneté dans l'entreprise et les effectifs de celle-ci, ce qui ne permettrait pas de tenir compte de l'âge, des qualifications, de la situation familiale et d'un éventuel handicap des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse. Toutefois, le principe d'égalité n'implique pas que l'autorité investie du pouvoir réglementaire traite de façon différente des personnes se trouvant dans des situations différentes.

10. Il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition d'urgence, qu'en l'état de l'instruction, il n'est fait état d'aucun moyen de nature à créer un doute sérieux sur la légalité des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance contestée.

CE, référé, 7 décembre 2017, n° [415243](#)

Commentant la décision précitée du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018 et faisant référence à celle du juge des référés du Conseil d'Etat, Mme Debaets et le professeur Jacquinot notent :

Le Conseil a, par ailleurs, validé les modalités de ce barème obligatoire au regard du principe d'égalité devant la loi fondé sur l'article 6 de la Déclaration de 1789. Le barème fixé par le législateur ne prenait pas en compte de la même manière l'ensemble des critères présentant un lien avec le préjudice subi : seul le critère de l'ancienneté dans l'entreprise permettait de moduler celui-ci. Le Conseil commence par rappeler que le principe d'égalité n'impose pas au législateur de fixer un barème prenant en compte l'ensemble des critères. Mais c'est immédiatement pour préciser, par une pirouette argumentative, « qu'il appartient au juge, dans les bornes de ce barème, de prendre en compte tous les éléments déterminant le préjudice subi par le salarié licencié lorsqu'il fixe le montant de l'indemnité due par l'employeur » (§ 89). Cette directive adressée au juge dans l'application du barème s'apparente fortement à une réserve, quand bien même le Conseil ne la formule pas expressément comme telle. Cette réécriture de la loi, à l'instar de ce qu'avait fait le Conseil d'État s'agissant de l'ordonnance qui prévoyait ce barème (CE 7 décembre 2017, n° 415243, § 8), pourrait constituer un compromis entre la volonté de sauver cette mesure symbolique pour la politique gouvernementale et celle d'éviter une contradiction potentielle entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité. La constitutionnalité du barème étant ainsi acquise, le débat s'est, en effet, déplacé sur le terrain de la conventionnalité au regard de l'article 24 de la Charte sociale européenne et de l'article 10 de la Convention OIT n° 158. À défaut d'être intégrale, l'indemnité accordée pourrait être considérée comme adéquate dans la mesure où, comme le prévoit le Conseil constitutionnel, le juge peut l'adapter, dans l'intervalle entre le plancher et le plafond légaux, selon d'autres

*critères liés à la situation particulière du salarié tels que l'âge, les qualifications, la situation familiale ou encore l'éventuel handicap du salarié*²⁸.

3) La Cour de cassation :

La Cour de cassation, réunie en formation plénière, a émis deux avis selon lesquels, d'une part, « les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers » et, d'autre part, « les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, dans leur rédaction issue de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, qui fixent un barème applicable à la détermination par le juge du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail », pour les motifs suivants :

Selon l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux.

1.- S'agissant de la conventionnalité de ce texte au regard de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il convient de distinguer entre ce qui est d'ordre procédural et ce qui est d'ordre matériel, cette distinction déterminant l'applicabilité et, le cas échéant, la portée des garanties de l'article 6 de la Convention, lequel, en principe, ne peut s'appliquer aux limitations matérielles d'un droit consacré par la législation interne (CEDH, 29 novembre 2016, Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie, n° 76943/11).

Dès lors, les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui limitent le droit matériel des salariés quant au montant de l'indemnité susceptible de leur être allouée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne constituent pas un obstacle procédural entravant leur accès à la justice, de sorte qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6, § 1, précité.

2.- S'agissant de la compatibilité de ce texte avec l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, selon la partie II de ce dernier texte :

« Les Parties s'engagent à se considérer comme liées, ainsi que prévu à la partie III, par les obligations résultant des articles et des paragraphes ci-après.

[...]

Article 24 - Droit à la protection en cas de licenciement : En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître :

a) le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ;

²⁸ Droit constitutionnel, E. Debaets et N. Jacquinot, D. 2019, p. 1248

b) le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

A cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial ».

Eu égard à l'importance de la marge d'appréciation laissée aux parties contractantes par les termes précités de la Charte sociale européenne révisée, rapprochés de ceux des parties I et III du même texte, les dispositions de l'article 24 de ladite Charte ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.

3.- Selon l'article 10 de la Convention n° 158 sur le licenciement de l'Organisation internationale du travail (OIT), qui est d'application directe en droit interne :

« Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention 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. »

Le terme « adéquat » doit être compris comme réservant aux Etats parties une marge d'appréciation.

En droit français, si le licenciement est dénué de cause réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise. Lorsque la réintégration est refusée par l'une ou l'autre des parties, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur dans les limites de montants minimaux et maximaux.

Le barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail est écarté en cas de nullité du licenciement, par application des dispositions de l'article L. 1235-3-1 du même code.

Il s'en déduit que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui fixent un barème applicable à la détermination par le juge du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT.

Avis de la Cour de cassation, 17 juillet 2019, n° [19-70.010](#)

L'avis n° [19-70.011](#), rendu à la même date, est rédigé dans des termes identiques si ce n'est que la Cour de cassation n'était pas saisie du moyen relatif à la conventionnalité du texte au regard de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il importe de souligner que, pour la première fois et alors qu'elle s'y était précédemment refusée²⁹, la Cour de cassation a ainsi admis de rendre un avis sur la conventionnalité d'une disposition nouvelle, en précisant :

« La compatibilité d'une disposition de droit interne avec les dispositions de normes européennes et internationales peut faire l'objet d'une demande d'avis, dès lors que

²⁹ Avis de la Cour de cassation, 12 juillet 2017, n° [17-70.009](#), Bull., n° 9 (sur la compatibilité de l'article L. 1237-5 du code du travail, relatif à la mise à la retraite d'office, avec la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail)

son examen implique un contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office des juges du fond ».

Cet apport majeur des avis précités a fait l'objet de nombreux commentaires³⁰. Soulignant cette évolution le professeur Gardin précise :

La Cour de cassation assume enfin pleinement son office de régulateur normatif. Pour autant, il ne faudrait pas en conclure que la procédure d'avis est désormais mobilisable pour tout contrôle de conventionnalité. Seul le contrôle in abstracto, qui consiste à demander au juge de déterminer si une règle interne est directement contraire à un droit ou un principe conventionnellement reconnu, se trouve visé. En pareille hypothèse, l'appréciation générale et impersonnelle que commande ce type de contrôle permet de considérer que la question est de pur droit, ce qui désigne la Haute Juridiction dans son office classique de régulateur normatif. En revanche, la procédure d'avis reste fermée dans le cadre du contrôle de conventionnalité in concreto qui s'attache à l'application de la règle dans des circonstances d'espèce et non à la règle elle-même, mêlant de la sorte le fait et le droit. Le renvoi à l'office préalable des juges du fond se justifie alors pleinement³¹.

Sur le fond, ces deux avis ont été abondamment commentés, sans qu'il soit possible dans le cadre du présent rapport de faire état de l'ensemble des commentaires ni même d'en établir une synthèse exhaustive. On ne peut citer tous les articles mais il peut être observé que la plupart sont assez critiques vis à vis de ces avis.

Il faut enfin citer un avis postérieur de la chambre sociale par lequel cette dernière, saisie d'une demande relative à l'effet direct de l'article 24 de la charte sociale européenne, a simplement rappelé que « lorsque la Cour de cassation a déjà rendu un avis sur la question de droit sur laquelle son avis est sollicité, il n'y a pas lieu à avis » (Avis, 25 septembre 2019, n° [19-70.014](#)).

4) Les décisions des cours d'appel postérieures aux avis :

Outre l'étude précitée du professeur Dalmasso et de Mme Signoretto, des informations relatives à la jurisprudence des juges du fond figurent dans un panorama des décisions rendues, sur la période du 26 septembre 2018 au 2 juillet 2020, par les juges du fond (24 jugements de 18 CPH et 48 arrêts de 18 cours d'appel) ayant eu à faire application du barème légal³². Cette première étude permet simplement de constater que 13 décisions (18%) ont alloué une somme supérieure au plafond légal.

³⁰ Voir notamment : A. Bugada, Mission control : un petit pas pour le barème, un bond de géant pour le contrôle de conventionnalité, Droit social, 2019, p.803

³¹ Avis de la Cour de cassation sur le barème Macron : quelles suites ?, FRS 17/19

³² Le barème Macron à l'épreuve de la jurisprudence, J. Marrocchella, JCP S, n° 31-35, 4 août 2020

Pour le présent rapport, le service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation a extrait de la base Jurica 309 arrêts, rendus en 2021 et contenant le mot clé « 1235-3 » associé à « organisation internationale du travail » ou à « charte sociale européenne ». Il a ensuite procédé à l'analyse des 210 arrêts ayant retenu qu'un licenciement, prononcé après le 24 septembre 2017, était sans cause réelle et sérieuse.

Cette étude, figurant en annexe de ce rapport, fait apparaître que trois arrêts seulement relèvent que l'application des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail n'était pas contestée par les parties.

Pour les autres, cent vingt-neuf arrêts (soit 62%) ont accepté de procéder à un contrôle de conventionnalité *in concreto* relatif à l'application du barème alors que soixante-dix-huit arrêts (38%) n'ont pas procédé à un tel contrôle : dix-sept arrêts relèvent qu'un tel contrôle ne peut pas être exercé d'office par le juge et que, en l'espèce, le salarié soit ne l'a pas demandé soit n'a pas fourni d'éléments permettant d'y procéder ; soixante et un autres arrêts retiennent que le barème légal est compatible avec l'article 10 de la convention de l'OIT, au motif essentiel que le terme « adéquat », utilisé par ce texte, doit être compris comme réservant une marge d'appréciation aux Etats.

Sur les trente-six cours d'appel :

- neuf ne figurent pas parmi celles ayant rendu les arrêts étudiés ;
- neuf d'entre elles ont systématiquement retenu la conformité du texte aux normes internationales sans procéder à un contrôle *in concreto* ;
- neuf autres ont systématiquement accepté de procéder à un tel contrôle et les neuf dernières ont rendu des décisions dans un sens ou dans un autre.

Parmi les arrêts ayant accepté de procéder à un contrôle de conventionnalité *in concreto*, cent vingt ont jugé que la réparation allouée, conformément au barème légal, était adéquate au cas d'espèce et neuf arrêts (4%), issus de cinq cours d'appel différentes, ont écarté l'application de ce barème au cas d'espèce. Outre l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise, les arrêts ont pour cela retenu des critères liés à l'âge du salarié, la durée du chômage et les perspectives professionnelles ou la capacité à retrouver un emploi, les difficultés financières générées par le licenciement, les problèmes de santé et le préjudice moral.

Caen, 4 février 2021, RG n° 20/00020

En l'espèce, Mme P., née en 1969, justifie de son inscription à Pôle emploi de mars à août 2018 et de janvier à novembre 2019, de ses recherches infructueuses d'emploi, de ce que la création d'une entreprise le 15 mai 2019 n'a généré qu'un chiffre d'affaires de 1 230 euros au 3^{ème} trimestre 2019 et de 2 045 euros au 4^{ème} trimestre et de son mal-être psychologique et financier (attesté par ses père, frère et fils et une amie) de sorte que l'application du barème de l'article L. 1235-3, qui conduit à l'octroi d'une indemnité comprise entre 1 mois et 2 mois de salaire, caractérise une atteinte excessive au droit à une réparation adéquate. Il y a donc

lieu d'écarter l'application du barème et d'allouer à Mme P. une somme de 6 500 euros à titre de dommages et intérêts.

Chambéry, 27 mai 2021, RG 20/00287

Attendu qu'en l'espèce l'effectif de l'entreprise est supérieur à 10 salariés ; que la salariée avait une ancienneté de deux années et demi ; qu'elle subit un préjudice du fait du licenciement sans cause réelle et sérieuse ; qu'elle percevait un salaire moyen de 675 € ; qu'en appliquant le barème de l'article L 1235-3 du code du travail, elle peut prétendre au maximum à une indemnité correspondante à 3,5 mois de salaires soit 2 025 € ;

Que la salariée âgée de plus de 56 ans qui a toujours travaillé en tant qu'agent de service aura des difficultés à retrouver un emploi même à temps partiel ; qu'elle a été reconnue travailleuse handicapée ; Qu'elle a perçu après son licenciement en 2018 des revenus imposables de 648,50 € par mois composés d'indemnités chômage et d'une pension d'invalidité ; Qu'elle était en fin de droits courant 2020 ; que sa pension d'invalidité au vu de l'avis d'imposition est d'un montant d'environ 550 € ; Attendu que la salariée encore en âge de travailler ne peut espérer retrouver un emploi stable et suffisamment rémunérateur compte tenu de son âge, de l'absence de diplômes et de son handicap ;

Attendu qu'au regard de ces éléments, il est établi in concreto que l'indemnité prévue par le barème est d'un montant réduit et ne répare pas le préjudice effectivement subi résultant du licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que limiter l'indemnité à 2 025 € serait injuste compte tenu de la gravité des manquements de l'employeur à l'origine de l'inaptitude de salariée et contraire à la convention de l'OIT ; que l'indemnité du barème est en l'espèce inadéquate ;

Que dans ces conditions, il sera alloué à la salariée une somme de 6 750 € correspondant à dix mois de salaire à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Grenoble, 30 septembre 2021, RG 20/02512 (Pourvoi le 30 novembre 2021)

Au cas d'espèce, au jour de son licenciement injustifié, M. K. avait un salaire de l'ordre de 1 851,75 euros bruts et 10 ans et 9 mois d'ancienneté. Il justifie de difficultés financières importantes après son licenciement (dette de loyer avec une procédure d'expulsion en cours, dettes à l'égard du Crédit municipal, de la CAF, de la Sécurité sociale). Il produit également des ordonnances de prescription d'anti-dépresseurs en date des 26 novembre 2018 et 20 février 2019. Il justifie d'un suivi Cap emploi et d'une reconnaissance de travailleur handicapé à compter du 20 janvier 2020. Les barèmes d'indemnisation fixant un maximum d'indemnité de 10 mois de salaire apparaissent insuffisants à indemniser la perte injustifiée de son emploi imputable à l'employeur au vu de l'ensemble des justificatifs de préjudice subi de sorte qu'infirmer le jugement entrepris, il est alloué à M. K. la somme de 23 000 euros de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Caen, 14 octobre 2021, RG n° 21/00360

Néanmoins, la mise en oeuvre concrète du barème de l'article L. 1235-3 ne saurait créer une atteinte disproportionnée au droit à une réparation adéquate reconnu par la convention précitée.

En l'espèce, M. G., qui avait plus de 9 mois d'ancienneté, expose qu'il pouvait légitimement croire avoir trouvé un poste pérenne à l'expiration de la période d'essai jusqu'à l'ouverture de ses droits à retraite et qu'il n'a bénéficié des allocations chômage que pour la période du 1^{er} septembre au 26 octobre 2019 faute d'avoir cotisé suffisamment et qu'il vit du RSA. M. G.,

pour qui l'application du barème de l'article L. 1235-3 conduit à l'octroi d'une indemnité d'un mois de salaire, caractérise une atteinte excessive au droit à une réparation adéquate de son préjudice matériel et moral. En considération des circonstances sus évoquées, l'indemnité allouée sera évaluée à 3 mois de salaire soit 6 489,75 euros et le jugement infirmé de ce chef.

Grenoble, 4 novembre 2021, RG 19/02836

Au cas d'espèce, au jour de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, Mme C. avait 6 ans d'ancienneté, était âgée de 59 ans et percevait un salaire de 2150,34 euros bruts. Elle justifie de son inscription à Pôle emploi à compter du 23 février 2018, de la perception de l'ARE puis de l'ASS à compter du 31 mars 2021. Eu égard à son ancienneté, il est prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail des dommages et intérêts pour son licenciement sans cause réelle et sérieuse variant entre 3 et 7 mois de salaire.

L'indemnité maximale ne permet pas d'indemniser de manière adéquate le préjudice démontré de Mme C. à raison de la perte injustifiée de son emploi, compte tenu de la difficulté avérée dans laquelle elle s'est trouvée depuis lors pour retrouver un emploi. Les dispositions de l'article L 1235-3 du code du travail ne peuvent dès lors recevoir application au cas d'espèce. Il lui est, dès lors, alloué la somme de 20 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Chambéry, 23 novembre 2021, RG n° 20/01147

Attendu qu'en l'espèce l'effectif de l'entreprise est supérieur à dix salariés ; que la salariée avait une ancienneté de plus de cinq ans ; qu'elle subi un préjudice du fait du licenciement sans cause réelle et sérieuse ; qu'elle percevait un salaire moyen de 1627 € ; qu'en appliquant le barème de l'article L 1235-3 du code du travail, elle peut prétendre au maximum à une indemnité correspondante à six mois de salaires soit 9762 € ;

Que la salariée âgée de 58 ans lors du licenciement employée uniquement en tant qu'agent de service aura des difficultés à retrouver un emploi aussi stable, rémunérateur que celui qu'elle occupait à Onet Services ; Qu'elle a retrouvé après son licenciement un emploi à temps partiel moyennant un salaire mensuel de 341,04 € ; que la perte financière est de 1286 € par mois depuis le licenciement intervenu le 3 janvier 2019 soit une perte de plus de 30 800 € sur deux années ; Attendu que la salariée encore en âge de travailler ne peut espérer retrouver un emploi à temps plein et suffisamment rémunérateur comme l'était son précédent emploi compte tenu de son âge, de l'absence de diplômes et de sa santé fragile (diabète, hypertension) non contestée par l'employeur d'autant que les offres d'emploi dans le secteur de la propreté portent souvent sur des contrats à temps partiel ;

Attendu qu'au regard de ces éléments, il est établi in concreto que l'indemnité prévue par le barème est d'un montant trop réduit, et donc inadéquate en ne réparant pas le préjudice effectivement subi résultant du licenciement sans cause réelle et sérieuse ; Que dans ces conditions, il sera alloué à la salariée la somme demandée de 19 500 € correspondant à douze mois de salaire à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Chambéry, 16 décembre 2021, RG n° 20/01418

En l'espèce l'effectif de l'entreprise est supérieur à dix salariés ; la salariée avait une ancienneté de deux années; elle subi un préjudice du fait du licenciement sans cause réelle et sérieuse ; elle percevait un salaire moyen de 1 924 € ; en appliquant le barème de l'article L 1235-3 du code du travail, elle peut prétendre au maximum à une indemnité correspondante à 3,5 mois de salaires soit 6 734 €.

La salariée a perçu des allocations de retour à l'emploi d'un montant moyen de 1 070 € entre le 22 décembre 2018 et le 31 mai 2019. Sur cinq mois son préjudice financier est de 4270 € (perte de 854 € par mois : 1 924 - 1 070 x 5). Ces allocations ont diminué ensuite, en

passant à 1013 € au mois de juin 2019, 980,70 € en juillet 2019, 1 020 € en août 2019, 1017 € en septembre 2019, 984,60 € en octobre 2019 et 557,94 € en novembre 2019. Entre juin 2019 et novembre 2019, elle a perçu des revenus de 5 573,44 € soit sur six mois un revenu moyen de 928,91 € ce qui établit une perte mensuelle de 928,91 €. Fin novembre 2019 la salariée subissait déjà un préjudice de perte d'emploi de 9 843,46 €, dépassant largement le barème.

Elle a perçu des indemnités journalières lors de son congé maternité du 1^{er} janvier 2020 au 19 février 2020, d'un montant de 49,97 € par jour pendant cinquante jours.

La salariée, âgée de 54 ans lors du licenciement et encore en âge de travailler éprouvera des difficultés à retrouver un emploi stable.

La salariée a donc subi un préjudice financier de perte d'emploi conséquent depuis son licenciement. Au regard de ces éléments, il est établi in concreto que l'indemnité prévue par le barème est d'un montant réduit et ne répare pas le préjudice effectivement subi résultant du licenciement sans cause réelle et sérieuse ; l'indemnité du barème est en l'espèce inadéquate. Dans ces conditions, et compte tenu de l'ancienneté de la salariée, il sera alloué à la salariée une somme de 12 000 € correspondant à un peu plus de six mois de salaire à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Pau, 16 décembre 2021, RG n° 19/03965

Attendu qu'en l'espèce M. H., certes âgé de 30 ans, avait une ancienneté de 2 ans au jour de son licenciement ; Qu'il justifie au vu des pièces du dossier avoir eu une période de chômage et avoir retrouvé un emploi stable (contrat à durée indéterminée) en qualité d'adjoint technique dont la rémunération brute est moindre que celle versée avant son licenciement ; Attendu que la seule perte de revenu justifiée de M. H. s'élève à la somme de 5 974,83 euros ;

Attendu qu'il convient cependant de tenir compte

- de son préjudice matériel caractérisé par, outre sa perte de revenus, soit l'incidence certaine de sa perte d'emploi sur ses droits à la retraite, la perte des avantages liés au poste occupé et à son ancienneté au sein de la société S.

- de son préjudice moral eu égard à la rupture injustifiée pour insuffisance professionnelle ;

Attendu que l'analyse de l'ensemble des circonstances particulières de la situation de M. H. induit que le préjudice total du salarié s'élève à la somme de 10 000 euros ; Que l'application du barème spécifié à l'article L. 1235-3 du code du travail conduirait à limiter son indemnisation à la somme de 6 167,91 euros ; Attendu qu'en conséquence l'application du barème susvisé ne permet pas une réparation du préjudice de M. H. adéquate et appropriée à sa situation, ce qui implique d'écarter les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail limitant l'indemnisation du salarié en considération de son ancienneté de 2 ans ;

Attendu qu'il convient donc d'allouer à M. H. la somme de 10 000 euros au titre des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Dans un article publié en mars 2021³³, Mme Sereno commente un arrêt rendu par la cour d'appel de Bourges le 6 novembre 2020 (RG 19/005851) ayant, après avoir procédé à un contrôle de conventionnalité *in concreto* au regard de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, écarté le barème légal au profit d'un salarié de 59 ans justifiant « d'un nombre impressionnant de recherches d'emploi demeurées vaines ». L'auteur tente à cette occasion de dresser un « état des lieux d'une jurisprudence en construction » et note que le contrôle *in concreto* « impose aux juges de

³³ Contrôle concret de conventionnalité du barème Macron : état des lieux d'une jurisprudence en construction, S. Sereno, BJT, 2021, n° 3, p. 8

procéder à un raisonnement particulièrement motivé et détaillé. Les décisions doivent préciser les éléments pris en considération pour retenir ou écarter l'existence d'une atteinte excessive au droit à une réparation adéquate. Au fil du temps, les motivations circonstanciées donneront corps aux précédents. Ces positions successives permettront d'identifier les critères déterminants pris en compte par les juges du fond pour retenir ou, au contraire, exclure l'existence d'une violation du droit à une indemnité adéquate. Plus les décisions seront motivées et détaillées, plus la prévisibilité sera grande. Ainsi, ce n'est pas le recours à ce mode de contrôle qui devrait, en lui-même, encourir la critique mais les insuffisances de motivation qui affectent les décisions de justice. Il s'agit d'une conséquence directe de l'absence de méthode prédéfinie et commune pour examiner la conventionnalité concrète du barème. »

5.2.3. Eléments de droit comparé

Pour le besoin du présent rapport, le service de documentation et d'études de la Cour de cassation a procédé à une étude de droit comparé concernant les plafonds éventuellement prévus en matière d'indemnisation du licenciement injustifié. L'intégralité de cette étude figure en annexe au présent rapport.

En Finlande, la loi régissant les contrats de travail prévoit que l'indemnité pour licenciement injustifié est comprise entre 3 et 24 mois de salaire sans que le juge soit autorisé à s'écarter de ces limites. La détermination du montant de l'indemnité tient compte de toute indemnité accordée en vertu de la loi sur la non-discrimination, le Comité relevant que seuls les salariés licenciés pour des motifs discriminatoires peuvent demander réparation sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile. Bien que le Comité européen des droits sociaux ait considéré qu'un tel plafonnement était contraire à l'article 24 de la Charte sociale européenne (*cf. infra*), les autorités finlandaises ont maintenu ce dispositif.

Le **droit italien** prévoit des barèmes ainsi que des plafonds pour l'indemnisation des licenciements injustifiés, y compris en cas de licenciement discriminatoire, nul ou notifié sous forme orale lorsque le salarié demande le remplacement de la réintégration par le paiement d'une indemnité. La Cour constitutionnelle italienne a jugé qu'était contraire à la Constitution italienne le principe selon lequel l'indemnité ne peut varier qu'en raison de la seule ancienneté du salarié. Le Comité européen des droits sociaux a ensuite considéré que les plafonds d'indemnisation fixés par la loi étaient contraires à l'article 24 de la Charte sociale européenne, en ce qu'ils peuvent faire obstacle à l'allocation d'une réparation adéquate, proportionnelle au préjudice.

Le **droit espagnol** n'autorise pas le juge à écarter les barèmes prévus en cas de licenciement injustifié, l'employeur pouvant dans ce cas choisir entre la réintégration du salarié ou le paiement d'une indemnité fixée par la loi. Le tribunal supérieur de

justice de Catalogne a toutefois récemment jugé que, de manière exceptionnelle, une indemnité d'un montant supérieur pouvait être allouée au motif que l'indemnité résultant de l'application des barèmes légaux n'était pas adéquate au sens de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT.

Le **droit belge** connaît un plafonnement des indemnités de « licenciement manifestement déraisonnable », comprises entre 3 et 17 semaines de rémunération. Toutefois, le salarié peut choisir, en lieu et place de cette indemnité, de demander réparation pour « abus de droit » et l'indemnité alors prévue, pour « dommage réel » n'est pas plafonnée.

En Allemagne, le principe est que le licenciement injustifié ne met pas fin au contrat de travail. Si le juge constate que la poursuite de ce contrat est impossible, l'article 10 de la loi sur la protection contre le licenciement injustifié prévoit une indemnité de licenciement plafonnée à 12 mois de salaire, pouvant être portée à 15 ou 18 mois de salaire en fonction de l'âge et de l'ancienneté du salarié. Ces plafonds d'imposent au juge.

Au Pays-Bas, le licenciement abusif/injustifié n'est pas une catégorie juridique. L'indemnité de départ applicable dépend de la nature de l'injustice. Quatre types d'indemnités existent ; deux sont plafonnées : l'indemnité de transition et l'indemnité raisonnable, y compris, s'agissant de cette dernière indemnité, dans le cas où le salarié refuse la réintégration à la suite d'un licenciement nul. Le juge n'est pas autorisé par la loi à écarter ces plafonds. Toutefois, en théorie, il pourrait le faire pour des motifs tenant au caractère raisonnable et équitable de l'indemnité.

Royaume-Uni, l'indemnisation des licenciements abusifs est réglementée par le Employment Rights Act 1996. Ce texte prévoit une indemnité de base, calculée en fonction de l'âge et de l'ancienneté du salarié, et une indemnité compensatoire, fixée au montant que le tribunal considère comme juste et équitable au regard du préjudice subi par le salarié du fait de son licenciement. Sauf pour les licenciements abusifs, cette indemnité est plafonnée et il n'est pas prévu que le juge puisse écarter ces plafonds.

5.2.4. Les normes internationales

Comme dans les autres secteurs du droit, des sources internationales, plus ou moins contraignantes, se sont développées en droit du travail au premier rang desquelles se placent, au niveau international, les normes élaborées par l'Organisation internationale du travail (OIT) et, au niveau régional, celles développées par le Conseil de l'Europe. Il ne sera pas question ici du droit de l'Union européenne qui occupe une place spécifique et n'a pas appréhendé directement la question de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

1) La primauté du droit international

L'article 55 de la Constitution pose le principe de la primauté, dans l'ordre interne français, des traités et accords internationaux sur les normes nationales :

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

Le Conseil constitutionnel n'exerçant pas de contrôle de conventionnalité de la loi³⁴, celui-ci est effectué par les juridictions ordinaires, sous le contrôle de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat, compétents pour contrôler la compatibilité des dispositions de droit interne avec des normes internationales³⁵. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel s'était contenté de dénier sa propre compétence mais il a ensuite expressément indiqué qu'il « appartient aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application des conventions internationales »³⁶, faisant ainsi obligation aux juridictions de procéder à un tel contrôle, conformément au principe posé à l'article 55 de la Constitution. Il a ensuite précisé qu'une décision de conformité d'une loi à la Constitution « ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir [les engagements internationaux et européens] sur une disposition législative incompatible avec eux »³⁷.

Il est désormais acquis que l'inconventionnalité d'une disposition législative doit conduire à son inapplicabilité.

Si l'article 55 de la Constitution prévoit la primauté du droit international sous réserve d'une condition de réciprocité, il est admis que cette condition ne s'applique pas aux traités multilatéraux. En outre, la Cour de cassation retient qu'il n'appartient pas au juge judiciaire d'assurer le respect de cette condition (1^{re} Civ., 6 mars 1984, n° [82-14.008](#), Bull., n° 85).

Pour que les conventions internationales soient applicables en droit interne, elles doivent d'abord avoir été signées, ratifiées (ou approuvées) puis publiées par décret au Journal officiel. La question de l'invocabilité de ces normes conventionnelles devant les juges français est complexe et fait appel à leur effet direct : les auteurs du jurisclasseur consacré à cette question proposent de définir cet effet direct comme « l'aptitude d'une norme, en raison de sa complétude et de ses

³⁴ Cons. const., 15 janvier 1975, décision n° [74-54](#) DC, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse ou 30 mars 2006, décision n° [2006-535](#) DC, Loi pour l'égalité des chances

³⁵ Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, Bull., n° 4 ; CE, 20 octobre 1989, n° 108243

³⁶ Cons. const., 3 septembre 1986, décision n° [86-216](#) DC, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France, n° 6

³⁷ Cons. const., 12 mai 2010, décision n° [2010-605](#) DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

destinataires, à créer directement des droits subjectifs pour les particuliers, susceptibles d'entrer dans leur patrimoine juridique ».

Cet effet direct résulte, en principe, de la combinaison d'un critère objectif et d'un critère subjectif : le critère objectif, qui n'est pas propre au droit international, revient à déterminer si une norme, contenue dans un texte international alors examiné article par article, est suffisamment complète, ou se suffit à elle-même, pour être appliquée par le juge lequel doit pouvoir en déterminer le contenu exact ; le critère subjectif de l'effet direct vise à s'assurer que les dispositions d'un traité ont bien pour objet de créer des droits subjectifs aux particuliers et non pas simplement de régir les relations entre États. Pour apprécier ce dernier critère, il convient de s'appuyer sur l'intention des parties signataires³⁸.

Selon Mme Dumortier, la notion d'effet direct identifie « une convention internationale qui crée par elle-même à l'égard des particuliers des droits ou des obligations dont ils peuvent se prévaloir devant les tribunaux nationaux »³⁹. Ce rapporteur public explique que, compte tenu de l'effet relatif des contrats, le principe est l'absence d'effet direct des conventions internationales lesquelles se voient reconnaître, par exception, un effet direct lorsque l'intention des parties a été d'adopter des règles déterminées créant des droits et obligations pour les particuliers, susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux sans qu'il soit besoin d'une mesure interne. Dans sa décision rendue au vu de ce rapport, le Conseil d'Etat subordonne effectivement à ces deux conditions cumulatives l'effet direct d'une convention internationale :

Considérant que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ;
CE, Assemblée, 11 avril 2012, n° [322326](#), Gisti

³⁸ Jurisclasseur, Droit international, Fasc. 30, n° 62 à 64

³⁹ L'effet direct des conventions internationales, G. Dumortier, RFDA 2012. 547, conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 11 avril 2012, GISTI et FAPIL, n° [322326](#)

Malgré les invitations de la doctrine en ce sens, la Cour de cassation n'a pas précisé les critères selon lesquels elle retient que les dispositions d'un traité ont, ou non, un effet direct. Selon le professeur Gardin, « pour résoudre l'énigme de l'invocabilité directe, la tentation est grande d'emprunter aux critères du Conseil d'État » même si le juge judiciaire n'est évidemment pas tenu par cette analyse, d'autant plus que « le Conseil d'État se prononce dans le contexte d'un litige où un particulier invoque une disposition d'un traité international contre l'État, autrement dit contre le débiteur direct de l'engagement pris. »

Si le Conseil d'État subordonne l'invocabilité d'une norme internationale à son effet direct⁴⁰, à l'inverse, la chambre sociale rend parfois des décisions au visa des conventions de l'OIT sans pour autant leur reconnaître explicitement un effet direct, ce qu'un auteur commente de la manière suivante :

Aussi, l'interprétation demeure ouverte : l'arrêt peut autant signifier que la convention est d'effet direct ou bien qu'elle n'est pas d'effet direct mais néanmoins invocable en justice, ou encore, que la question de son invocabilité n'est pas examinée puisqu'en tout état de cause, il n'y a pas de contrariété avec les exigences de la convention. Le rapport et les conclusions sur les avis du 17 juillet 2019, rendus par la formation plénière pour avis de la Cour de cassation, ont proposé leur lecture. De tels arrêts ne reconnaîtraient pas l'effet direct du traité international en cause mais procéderaient à une interprétation conforme du droit interne à l'aune des dispositions de celui-ci, interprétation conforme dont il est rappelé qu'elle n'exige pas leur effet direct, voire qu'elle a une fonction substitutive à un tel effet(33). Une telle lecture peine à convaincre dans la mesure où constater la conformité d'une norme par rapport à une autre ne revient pas à interpréter une norme conformément à autre une norme(34).

Par ailleurs, le point de savoir si la Cour de cassation lie effet direct et invocabilité reste obscur. À l'analyse de la jurisprudence, une distinction de ces notions semble prévaloir. En effet, les arrêts opérant un contrôle de conventionnalité, mais sans évoquer le sujet de l'effet direct, peuvent être interprétés comme admettant l'invocabilité en justice, même en l'absence d'effet direct. Ainsi, certaines décisions font produire des effets à des conventions OIT dont l'effet direct n'est pas explicitement admis. Il peut s'agir d'interprétations conformes par lesquelles des normes internes sont interprétées à la lumière d'une convention(35) ou encore d'une convention citée comme source d'un objectif légitime permettant de justifier une atteinte à un autre droit ou une liberté(36). Il faudrait dès lors comprendre les arrêts explicites quant à l'effet direct comme signifiant que la disposition octroie directement un droit subjectif à l'individu dont il peut se prévaloir sur son seul fondement, et non pas comme une condition nécessaire à sa justiciabilité. Plus encore, un élément de complexité a été rajouté par les avis du 17 juillet 2019 dans lesquels la formation plénière pour avis distingue effet direct horizontal et effet direct vertical, autrement dit, effet direct dans le cadre d'un litige entre particuliers et effet direct dans un litige opposant un particulier à l'État. Une telle différenciation qui a été forgée dans le cadre contraint de l'ordre intégré de l'Union européenne pour

⁴⁰ Voir, par exemple : CE, Assemblée, 11 avril 2012, n° [322326](#)

sanctionner l'absence fautive de transposition des directives de la part des États membres, n'avait jamais été appliquée aux autres sources internationales(37). Or rien dans notre Constitution ne permet de fonder une telle distinction. À l'inverse, une fois les formalités de l'article 55 de la Constitution remplies, les sources conventionnelles doivent être considérées comme des sources du droit qui s'imposent à tous les acteurs dans l'ordre juridique français⁴¹.

Il importe de souligner que cette exigence d'un effet direct, autorisant un justiciable à invoquer ou non une convention internationale, est parfois remise en question, comme le souligne, dans l'article précité, Mme Nivard en commentant les avis rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 juillet 2019 :

L'effectivité en justice de cette primauté dépend toutefois d'une condition supplémentaire, celle de leur effet direct ou application directe. En vertu de cette théorie de l'effet direct, seuls les traités internationaux créant des droits directement au profit des individus sont susceptibles d'être invoqués en justice par ces derniers. S'agissant d'une condition prétorienne, l'appréciation de l'existence d'un tel effet relève essentiellement des juges internes eux-mêmes. Cette condition d'effet direct se trouve cependant de plus en plus controversée en ce qu'elle restreint démesurément l'invocabilité en justice, et donc la justiciabilité des traités internationaux. L'idée qu'un traité puisse produire des effets en justice même sans effet direct est de plus en plus soutenue, en se référant notamment au régime judiciaire des directives de l'Union européenne. Cette question épineuse se pose justement s'agissant des conventions OIT⁴².

Dans un ouvrage principalement consacré au droit social européen⁴³, les auteurs soulignent que l'absence d'effet direct horizontal des directives soulève une difficulté majeure en interdisant toute invocabilité de substitution ou d'exclusion et expliquent que « c'est la raison pour laquelle la Cour de justice a tiré du principe de primauté deux autres formes d'invocabilité, en quelque sorte supplétives. Tout d'abord, l'invocabilité d'interprétation conforme qui impose au juge national d'interpréter la disposition nationale en cause à la lumière de la directive, « dans toute la mesure du possible » (CJCE, 13 novembre 1990, n° 106/89, Marleasing, Rec. I-4135) ; ensuite, l'invocabilité de réparation (...). ». Les auteurs ajoutent que la Cour de justice a ensuite, par son arrêt Dominguez⁴⁴, formalisé un véritable « guide de l'invocabilité du droit de l'Union » lequel « invite le juge national à commencer par tenter une interprétation conforme avant de s'engager sur la voie de l'invocabilité de substitution ».

⁴¹ L'invocabilité des conventions internationales du travail devant les hautes juridictions françaises, C. Nivard, RDT 2019.808

⁴² C. Nivard, L'invocabilité des conventions internationales du travail devant les hautes juridictions françaises, RDT, 2019.808

⁴³ Droit social européen et international, S. Hennion, M. Le Barbier, M. Del Sol et, JP. Lhernould, PUF, 2021, n° 59

⁴⁴ CJUE, 24 janvier 2012, n° C-282/10, Dominguez

Les auteurs du jurisclasseur soulignent l'intérêt qu'il y aurait à écarter, pour l'application du droit international, le système binaire classique au profit d'une « échelle d'invocabilité », telle que présentée par le professeur Simon :

- invocabilité de substitution : l'invocabilité de substitution constitue l'hypothèse d'un « véritable » effet direct de la norme. En effet, le justiciable peut ici demander au juge national que lui soit appliquée la norme internationale invoquée, qui vient se substituer à toute norme nationale contraire. D'un point de vue logique, même si cela ne correspond pas à la position du juge administratif français notamment, ce n'est que dans cette hypothèse que les deux critères précédemment cités devraient être pris en considération ;
- invocabilité d'exclusion : l'invocabilité d'exclusion correspond à la possibilité d'invoquer la norme internationale pour exclure l'application de la norme interne contraire, sans que cela ne se traduise par l'application de la première. À titre d'exemple, lorsqu'une norme internationale est invoquée dans le cadre d'une exception d'illégalité, ce n'est pas la norme internationale qui est appliquée au justiciable. Elle permet simplement d'exclure une règle de droit interne qui servait de fondement à une mesure, individuelle notamment, privant cette dernière de tout effet de droit. (...)
- invocabilité d'interprétation conforme : l'invocabilité d'interprétation conforme permet au justiciable de demander au juge d'interpréter, dans la mesure du possible, le droit national en conformité avec la règle de droit international. Ce n'est donc pas, là encore, la règle internationale qui sera appliquée, mais la règle de droit interne, interprétée à la lumière du droit international ;
- invocabilité de prévention : cette forme d'invocabilité est propre au cas des directives de l'Union européenne, même si on pourrait concevoir son application au cas des traités ratifiés, mais non encore entrés en vigueur par exemple. Il s'agit ici de solliciter du juge qu'il contrôle une règle nationale au regard de l'objectif poursuivi par une directive dont le délai de transposition n'est pas encore dépassé, afin qu'il vérifie que cette règle n'est pas de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par la directive ;
- invocabilité de réparation : enfin, l'invocabilité de réparation peut se définir comme la possibilité d'invoquer une norme internationale dans le cadre d'une action en responsabilité contre l'État lorsque celui-ci a méconnu ladite norme, méconnaissance ayant entraîné un préjudice⁴⁵.

Commentant les avis de l'Assemblée plénière, le professeur Marguénaud souligne lui aussi la marge existante « entre le plein effet direct, qui permet aux particuliers d'invoquer devant les tribunaux nationaux le respect d'un droit reconnu par le texte » et « l'invocabilité permettant, à défaut de plein effet direct, soit d'obtenir qu'entre plusieurs interprétations possibles d'une norme nationale prévale celle qui se concilie le mieux avec le texte international, soit d'exclure l'application de la règle nationale contraire au texte international, ou même d'engager devant les juridictions administratives la responsabilité de l'État pour violation du texte international » et

⁴⁵ Jurisclasseur, Droit international, Fasc. 30, n° 65 et 66

considère que la Cour de cassation « aurait fait montre de pédagogie si elle s'était abstenue de nommer effet direct ce qui est une invocabilité d'exclusion »⁴⁶.

Selon le professeur Fabre et le doyen Huglo⁴⁷, si « la chambre sociale a une longue pratique de l'interprétation conforme », cette technique a pris une toute autre ampleur depuis l'arrêt Dentressangle rendu en 2011. Ils expliquent qu'il s'agissait alors de rendre les dispositions de l'article L. 1233- 3 du code travail, issues de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, ayant exclu la rupture conventionnelle du chapitre sur les licenciements pour motif économique, compatibles avec la directive n° 98/59/CE sur les licenciements collectifs, ce qu'a permis l'interprétation de ce texte au regard des stipulations de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 (Soc., 9 mars 2011, n° [10-11.581](#), Bull., n° 70).

Peu après, par un arrêt du 29 juin 2011, afin de permettre la mise en oeuvre du forfait jour, la chambre sociale a de nouveau eu recours à cette technique en posant diverses conditions tirées d'une interprétation de la directive n° 2003/88/CE et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. (Soc., 29 juin 2011, n° [09-71.107](#), Bull., n° 181).

Dans l'article précité, le professeur Fabre écrit que, depuis l'arrêt Dominguez rendu par la CJUE,

(...) la chambre sociale de la Cour de cassation semble avoir réorienté sa politique jurisprudentielle. S'il lui arrive encore de rechercher la production d'un effet direct, comme elle l'a fait récemment dans l'affaire Praxair, on a le sentiment que cette piste est devenue moins systématique, particulièrement si on rapproche la période actuelle de celle des affaires Dominguez et AMS qui témoignaient d'une certaine obsession pour l'effet direct. Il faut dire qu'à l'époque les interrogations sur l'applicabilité directe de la Charte UE étaient centrales. Comme beaucoup, les hauts magistrats voulaient savoir si ce nouvel instrument pouvait, et à quelles conditions, produire un effet direct. On peut également penser qu'au-delà de cette saine curiosité, il y avait la conviction profonde que l'effet direct était le meilleur, sinon l'unique moyen d'assurer la primauté du droit de l'Union. C'est sur ce point que la période actuelle traduit un changement notable. Car si la chambre sociale semble davantage mobiliser les ressources de l'interprétation conforme, ce n'est pas seulement parce que, en bonne élève, elle a parfaitement intégré le « guide Dominguez » ; c'est probablement aussi parce qu'elle a pris conscience de l'immense avantage que procure l'interprétation conforme. Avec elle, le juge se trouve dans une position plus constructive, et donc infiniment plus confortable : à la différence de l'effet direct, l'interprétation conforme ne vient pas sanctionner le droit

⁴⁶ Professeur Marguénaud, Le barème d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sauvé dans la confusion des sources européennes du droit social, Rev. trav., 2019. 693

⁴⁷ Regards croisés sur l'interprétation conforme du droit social national, A. Fabre et JG. Huglo, RDT, 2021.964

national, mais le réparer. Ce faisant, le juge se fait l'ami du législateur, non son bourreau.

Cette réflexion, centrée sur le droit de l'Union, pourrait être transposée à l'application des normes du droit international.

2) L'Organisation internationale du travail (OIT)

- Les mécanismes de contrôle du respect des normes de l'OIT

L'Organisation internationale du travail (OIT), seule agence tripartite de l'ONU, réunit des délégués des cent quatre-vingt-sept Etats membres ainsi que des représentants des employeurs et travailleurs afin de promouvoir et mettre en œuvre les principes et les droits fondamentaux du travail, d'accroître les possibilités pour les hommes et les femmes d'obtenir un emploi décent, d'étendre le bénéfice et l'efficacité de la protection sociale pour tous et de renforcer le tripartisme et le dialogue social⁴⁸.

Trois organes principaux, dont la composition respecte le caractère tripartite de l'organisation, structurent l'OIT :

- la Conférence internationale du travail se réunit chaque année afin notamment d'adopter les normes internationales du travail et d'en contrôler le respect ;
- le conseil d'administration, dont les membres sont élus par la Conférence, est l'organe exécutif de l'OIT et désigne son directeur général ;
- le bureau international du travail (BIT) assure le fonctionnement de l'organisation et prépare les travaux des deux autres organes.

Depuis sa création, l'OIT a élaboré un système de normes internationales du travail composé, d'abord, de cent quatre-vingt-dix conventions, traités internationaux multilatéraux soumis à la ratification des États membres, ensuite, de deux cent six recommandations, qui n'ont pas de caractère contraignant mais énoncent des normes de référence dont les pays sont incités à s'inspirer, et, enfin, de six déclarations destinées à préciser ou actualiser les objectifs de l'OIT. Huit des conventions ont été qualifiées de fondamentales⁴⁹ et quatre autres de gouvernance prioritaires⁵⁰ à côté des cent soixante-dix-huit dernières dites techniques.

⁴⁸ [Déclaration](#) de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Conférence internationale du travail, 10 juin 2008

⁴⁹ Conventions n° 87 (sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical), n° 98 (sur le droit d'organisation et de négociation collective), n° 29 (sur le travail forcé), n° 105 (sur l'abolition du travail forcé), n° 138 (sur l'âge minimum), n° 182 (sur les pires formes de travail des enfants), n° 100 (sur l'égalité de rémunération), n° 111 (sur la discrimination) ; cf. [Site de l'OIT](#)

⁵⁰ Conventions n° 81 (sur l'inspection du travail), n° 122 (sur la politique de l'emploi), n° 129 (sur l'inspection du travail), n° 144 (sur les consultations tripartites relatives aux normes internationales du travail) ; cf. [Site de l'OIT](#)

La France, membre permanent du conseil d'administration de l'OIT, a ratifié cent vingt-huit des conventions dont les huit conventions fondamentales et les quatre conventions de gouvernance prioritaires.

En choisissant de ratifier une convention, un État accepte nécessairement de se soumettre au système de contrôle permettant de suivre l'effet qu'il donne à cette convention.

Le mécanisme mis en place à cette fin prévoit un contrôle régulier par l'envoi de rapports périodiques obligatoirement adressés par les Etats Membres à une Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations (CEACR). Si la commission estime que l'application des normes de l'OIT n'est pas satisfaisante, elle peut adresser une « demande directe » à un Etat membre puis, à défaut de réponse, des « observations » voire même demander la mise en place de « contacts directs » destinés à résoudre les difficultés constatées. Si aucune solution n'est ainsi trouvée, une commission tripartite peut être saisie et la question inscrite à l'ordre du jour d'une session annuelle de la Conférence internationale.

Ce premier mécanisme, reposant essentiellement sur la persuasion et le risque d'une publicité, se double de procédures de réclamation ou de plainte, respectivement prévues aux articles 24 et 26 de la constitution de l'OIT : les organisations professionnelles de travailleurs ou d'employeurs peuvent saisir le BIT d'une réclamation invoquant la mauvaise application d'une convention pourtant ratifiée. Si le conseil d'administration du BIT estime cette réclamation recevable, il désigne un comité tripartite chargé de lui adresser un rapport à la suite duquel la procédure pourra être clôturée par la publication de la réclamation et de la réponse du gouvernement. Au vu de ce même rapport, le conseil d'administration peut aussi engager une procédure de plainte pouvant aboutir, en cas de violations graves et renouvelées et à défaut pour un gouvernement de se conformer aux recommandations d'une commission d'enquête, à la saisine de la Cour de justice internationale. A ce jour et depuis la création de l'OIT, treize commissions d'enquête ont formulé de telles recommandations mais la Cour de justice internationale n'a jamais été saisie⁵¹.

Suite à l'adoption de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, relative au contrat « nouvelles embauches », une réclamation avait été présentée contre la France. Par décision du 14 novembre 2007, le Conseil d'administration de l'OIT a invité le Gouvernement français à prendre, en concertation avec les partenaires sociaux, toutes les mesures nécessaires pour garantir le respect de la Convention n° 158. La loi n° 2008-598 du 25 juin 2008 a apporté une réponse à cette invitation en abrogeant les dispositions contestées.

⁵¹ Sources : [site de l'OIT](#)

Lors de sa 329^e session de mars 2017, le Conseil d'administration de l'OIT a déclaré recevable une réclamation alléguant l'inexécution par la France de la Convention n° 158 et présentée, en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT, par la Confédération générale du travail Force ouvrière (CGT-FO) et la Confédération générale du travail (CGT). Un comité tripartite ad hoc a été établi et ses travaux sont en cours.

Les organes de contrôle de l'OIT ne sont pas juridictionnels et ne prennent pas de décision exécutoire condamnant un gouvernement pour la violation d'une norme mais visent à rechercher une solution consensuelle, au besoin en rendant publiques les difficultés constatées.

- La Convention n° 158 sur le licenciement⁵²

La Convention n° 158 sur le licenciement, adoptée le 22 juin 1982 en même temps que la recommandation n° 166 sur le même sujet, est entrée en vigueur en 1985 et a été ratifiée par 36 Etats membres dont 11 seulement parmi les membres de l'OCDE. Ce niveau de ratification est jugé insuffisant par l'OIT. Elle a été ratifiée par la France par la loi n° 88-1242 du 30 décembre 1988 et est entrée en vigueur le 16 mars 1990 à la suite de la publication du décret n° 90-140 du 9 février 1990.

Pour l'essentiel, cette convention consacre le principe selon lequel un salarié ne doit pas être licencié sans un motif valable lié à son aptitude ou à sa conduite ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise. Elle exclut tout licenciement fondé sur la participation à des activités syndicales, le dépôt d'une plainte contre l'employeur, la race, la couleur, le sexe, l'état matrimonial, les responsabilités familiales, la grossesse, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, l'absence temporaire en raison d'une maladie ou de la maternité. Elle prévoit, en cas de licenciement individuel, que le salarié doit disposer du droit de se défendre et, en cas de licenciement collectif, encourage la consultation des représentants des salariés et la recherche de solutions alternatives. Cette convention traite aussi des questions relatives aux indemnités de licenciement, au préavis ou à l'assurance chômage.

De toutes les conventions de l'OIT, celle sur le licenciement est la seule à n'avoir pas pu faire l'objet d'un consensus de la part du Groupe de travail sur la politique de révision des normes si bien qu'elle n'est inscrite ni sur la liste des normes à jour ni sur celle des textes à réviser.

Dix ans après l'adoption de la Convention n° 158, compte-tenu du faible taux de sa ratification, l'OIT a engagé une importante étude d'ensemble⁵³ qui a été soumise à

⁵² OIT, [Sécurité de l'emploi](#), Convention n° 158 sur le licenciement

⁵³ Protection contre le licenciement injustifié, [rapport](#) de la CEACR, Conférence internationale du Travail, 82^e session, 1995 (cf. Production n° 15, MEDEF)

la conférence internationale de 1995. Lors de celle-ci, les employeurs ont relevé le caractère trop contraignant de cette convention, en considérant que toute protection allant au-delà de l'interdiction du licenciement arbitraire diminue de manière excessive leur capacité d'adaptation⁵⁴.

Un document de travail⁵⁵, élaboré en 2011, retrace les travaux ensuite menés, durant 15 ans, par le Groupe de travail sur la politique de révision des normes, présente le contenu des instruments de l'OIT relatifs au licenciement et propose une étude de la législation et de la pratique en la matière dans de nombreux pays.

Le rapport final⁵⁶ se conclut par un document adopté uniquement par les experts gouvernementaux et travailleurs. Les experts employeurs ont indiqué qu'ils ne partageaient pas les points de vue exposés par le document final faisant notamment valoir que « si les dispositions de la convention ne semblent pas déraisonnables prises séparément, c'est l'association des conséquences de l'ensemble des dispositions qui restreint exagérément la liberté contractuelle des employeurs ».

Il importe de préciser que l'ensemble de ces travaux souligne que la convention contient des dispositions laissant une grande souplesse aux Etats l'ayant ratifiée quant aux moyens de la mettre en œuvre à l'échelon national. A cette fin, le paragraphe 4 de l'article 2 prévoit que, à tout moment, peuvent être exclus de la convention les travailleurs engagés par un contrat à durée déterminée ou pour une tâche déterminée ainsi que ceux effectuant une période d'essai ou engagés à titre occasionnel pour une courte période.

Par ailleurs, l'article 2§5 offre aussi aux Etats membres la possibilité d'exclure certaines catégories de salariés, auxquelles il serait particulièrement difficile d'étendre la protection offerte par ce texte, par exemple en raison de la taille de l'entreprise qui les emploie. Cette dernière exclusion doit toutefois être énoncée dans le premier rapport suivant la ratification et la France n'a pas usé de cette faculté.

La Convention n° 158 sur le licenciement est structurée de la manière suivante :

- un préambule
- une première partie : méthode d'application, champ d'application et définition (mais seul le terme licenciement y est défini). L'article 1^{er} de la convention dispose que « pour autant que l'application de la présente convention n'est pas assurée par voie de convention collective, de sentences arbitrales ou de

⁵⁴ J.M. Servais, Normes internationales du travail, LGDJ, 2004, n° 494

⁵⁵ [Document](#) pour la Réunion tripartite d'experts chargés d'examiner la Convention n° 158

⁵⁶ [Rapport](#) final de la Réunion tripartite d'experts chargés d'examiner la Convention n° 158 sur le licenciement, 2011

décisions judiciaires, ou de toute autre manière, conforme à la pratique nationale, elle devra l'être par voie de législation nationale ».

- une deuxième partie : normes d'application générale.
- une troisième partie : dispositions complémentaires concernant les licenciements pour motifs économiques
- une quatrième partie : dispositions finales.

Au sein de la deuxième partie, l'article 8 indique notamment qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre.

L'article 9 précise que les organismes ainsi mentionnés « devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié ».

L'article 10 de la Convention n° 158, relatif au licenciement injustifié, dispose :

Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention 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 11 traite ensuite du préavis et l'article 12 des « indemnités de départ et autres formes de protection du revenu ».

L'étude d'ensemble présentée à la conférence internationale de 1995 consacre quelques paragraphes à la question de la réparation des licenciements injustifiés, sous forme de réintégration ou d'indemnisation. Il y est notamment indiqué :

221. Si le dédommagement financier sert à indemniser la perte injustifiée de l'emploi, l'annulation du licenciement et la réintégration garantissent la sécurité de l'emploi en permettant au travailleur de retrouver son emploi et lui offrent la possibilité de conserver ses droits acquis durant ses années de service, tels que par exemple les droits aux prestations de vieillesse qui s'accompagnent souvent d'un versement des salaires arriérés. (...) Dans une conjoncture de chômage, la réintégration peut également jouer un rôle décisif, notamment chez les groupes défavorisés sur le marché du travail, tels que les femmes, les travailleurs âgés et les travailleurs handicapés. (...)

229. En cas de paiement d'une indemnité financière, il convient d'en déterminer le montant. La législation précise souvent le montant de l'indemnité ou la portée des dommages-intérêts accordés en se fondant sur un ou plusieurs facteurs tels que la nature de l'emploi, l'ancienneté, l'âge, les droits acquis ou sur les circonstances du cas, à savoir le motif du licenciement, la possibilité de reclassement, les

perspectives de carrière, ou des données personnelles du travailleur, telles que sa situation familiale, ou de l'employeur, telles que la taille de l'entreprise ou sa nature. Quelques pays prévoient un dédommagement non seulement pour les pertes financières subies, mais aussi pour le dommage moral. La législation d'un certain nombre de pays fixe le montant de l'indemnité, qui peut en général être une certaine somme ou être fixée par des facteurs déterminés. Dans certains pays, la législation fixe un montant minimum ou un maximum à l'indemnité. Dans d'autres cas, elle prévoit une majoration pour certains cas, notamment lorsque le licenciement est motivé par l'affiliation du travailleur à un syndicat ou par des facteurs discriminatoires. Lorsque l'organisme est libre de fixer le montant, il joue un rôle important dans la détermination des critères à prendre en considération, y compris, par exemple, en tenant compte ou non du préjudice moral. (...)

232. A la lumière de ce qui précède, la commission estime que la réparation en cas de licenciement mettant en cause un droit fondamental devrait avoir pour but la réparation intégrale, tant sur le plan financier que professionnel, du préjudice subi par le travailleur, la meilleure solution étant généralement la réintégration du travailleur dans ses fonctions avec indemnisation rétroactive et maintien des droits acquis. (...) Lorsque la réintégration comme mode d'indemnisation n'est pas prévue, pas possible ou encore non désirée par le travailleur, il serait souhaitable que les indemnités accordées pour un licenciement fondé sur un motif mettant en cause un droit fondamental de l'homme soient en rapport avec le préjudice subi, et plus élevées que pour d'autres types de licenciement. (...)

En dehors de cela, les débats retracés ci-dessus n'ont pas porté sur l'article 10, qu'il s'agisse de son interprétation ou de son application, et les documents précités ne contiennent pas d'indication utile à son sujet. Les travaux préparatoires, antérieurs à 1982, ont essentiellement porté sur la question de la réintégration sans développer celle de l'indemnité ni préciser le sens à donner aux termes « indemnité adéquate » ou « réparation considérée comme appropriée » (alors, par exemple, qu'avait été mise en question l'imprécision de la notion de « durée raisonnable » pour le préavis »).

Le manuel de rédaction des normes de l'OIT note que certains termes utilisés dans les conventions « octroient aux Membres une discrétion tant en ce qui concerne le fond que les mesures à prendre » et cite notamment les termes « adéquat », « approprié », « convenable », « satisfaisant » ou « (in)compatible ». Il observe que, en français, le terme « adéquat » est souvent employé dans le sens « d'approprié » et se traduit, en anglais, par le mot « adequate »⁵⁷.

Les travaux préparatoires de la Conférence internationale de 1981 contiennent les indications suivantes :

L'indemnisation pour licenciement injustifié, qu'elle remplace la réintégration ou qu'elle constitue la seule réparation possible, entraîne le versement d'une somme

⁵⁷ [Manuel de rédaction](#) des instruments de l'OIT, 2006, annexe 7, p. 116

destinée à dédommager le travailleur du licenciement injustifié, ce versement étant présenté souvent comme destiné à compenser la perte ou le préjudice subi par suite dudit licenciement, et déterminé soit à la discrétion du tribunal compétent (parfois à la lumière de certains facteurs bien définis), soit conformément à des règles objectives fixées par la loi. Cette indemnisation est généralement distincte de toute autre somme due en liaison avec le licenciement, comme par exemple le paiement d'un salaire tenant lieu de préavis et d'indemnité de départ, et peut être cumulé avec ces paiements et comprendre des sommes correspondant à ces indemnités, plus un dédommagement supplémentaire.

Dans un nombre important de pays, la législation précise que l'indemnisation pour licenciement injustifié doit être déterminée par les organismes compétents, à leur discrétion. (...) Dans un certain nombre de ces pays, la législation précise le nombre de facteurs à prendre en considération pour déterminer le montant de la compensation ou l'importance des indemnités accordées comme la coutume, la nature de l'emploi, l'ancienneté, l'âge et les droits acquis (...) Dans quelques autres pays, la législation ajoute d'autres facteurs supplémentaires tels que les circonstances de l'espèce, les salaires, la possibilité de trouver un autre emploi approprié, les perspectives de carrière ainsi que la situation de l'employeur et du travailleur, y compris la taille et la nature de l'entreprise et la situation personnelle et familiale de travailleur (...).

Dans certains des pays susmentionnés, il est fixé un chiffre minimal d'indemnisation (...). La législation d'un certain nombre de pays stipule un montant maximal d'indemnisation (République fédérale d'Allemagne : douze mois de salaire, portée à quinze ou dix-huit mois de salaire selon l'âge et la durée ; Chypre : une année de salaire ; Danemark : la moitié du salaire pour la durée du préavis applicable, augmentée au prorata de la durée de l'emploi à concurrence de six mois ; Espagne : cinq années de salaire ; Iran : trois années de salaire ; Kenya : une année de salaire). Dans un certain nombre de pays, la législation elle-même précise le montant de l'indemnisation due à un travailleur renvoyé de façon injustifiable. Ce montant est parfois fixe (...) Plus fréquemment, le montant augmente avec la durée de l'emploi (...)⁵⁸.

Les travaux de la conférence internationale de 1982, à la suite de laquelle la convention sera adoptée, reviennent sur la question de la réintégration et précisent la manière dont la rédaction du texte a évolué :

Le deuxième grand changement porte sur les réparations qui peuvent être accordées par l'organisme de recours compétent s'il considère que le licenciement était injustifié. Le point 16 des conclusions proposées par le Bureau prévoyait que les organismes compétents seraient habilités, s'ils jugeaient possible de réintégrer les travailleurs, à annuler le licenciement ou à ordonner la réintégration, et à ordonner le versement d'une indemnité s'ils estimaient que cette réintégration n'était pas possible. Ce point a été remplacé par le point 16 des conclusions, qui prévoit que ces organismes sont habilités à ordonner le versement d'une indemnité s'ils ne peuvent pas annuler le licenciement ou proposer la réintégration. Remanié pour les

⁵⁸ CIT 1981, [Rapport VIII](#), réparations en cas de licenciement injustifié : nullité du licenciement, réintégration, indemnisation, p. 49

raisons exposées ci-dessus, ce point est inclus dans l'article 12 du projet de convention⁵⁹.

Il peut enfin être indiqué que le Conseil d'administration de l'OIT a adopté, en 1997, le rapport du Comité désigné pour examiner une réclamation présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par plusieurs organisations syndicales et alléguant notamment l'inexécution par le Venezuela de la Convention n° 158 sur le licenciement. Ce rapport interprète l'article 10 de ce texte en retenant que le terme « adéquat » signifie que l'indemnité pour licenciement injustifié doit, d'une part, être suffisamment dissuasive pour éviter le licenciement injustifié et, d'autre part, raisonnablement permettre l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi.

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. Le comité note également que, dans le cas qui lui est soumis, l'article 125 de la loi organique sur le travail établit une proportionnalité entre l'indemnité en cas de licenciement injustifié et le montant du salaire. Le comité considère que les lois et règlements, créant ou augmentant des bons ou allocations qui ne rentrent pas dans la définition du salaire aux fins du calcul des indemnités de licenciement, provoquent une réduction de la base de calcul du montant de l'indemnité prévue en cas de licenciement injustifié et, de ce fait, altèrent le caractère adéquat de l'indemnité prévue à l'article 10 de la convention. En conséquence, le comité conclut que sur ce point le gouvernement du Venezuela ne s'acquitte pas des obligations prévues à l'article 10 de la convention⁶⁰.

Au cours des débats parlementaires qui se sont tenus à l'occasion de la ratification de ce traité par la France, il a simplement été considéré que ses dispositions étaient conformes à la législation française déjà en vigueur⁶¹.

- La jurisprudence de la chambre sociale

Dans un article paru en 2007, le professeur de Quenaudon souligne que, « bien que la France soit parmi les Etats qui ont ratifié le plus de conventions de l'OIT, le

⁵⁹ CIT 1982, [Rapport V](#), réparations en cas de licenciement injustifié : nullité du licenciement, réintégration, indemnisation, p. 77

⁶⁰ Réclamation(article 24) - Vénézuéla - C095, [C158](#) - 1997

⁶¹ [Rapport](#) n° 149 de M. Matraja, au nom de la commission des affaires étrangères

volume du contentieux auquel celles-ci donnent lieu est très modeste »⁶². Le Conseil d'Etat a reconnu, à de nombreuses reprises, l'effet direct des conventions de l'OIT mais il n'a encore jamais accueilli les moyens tirés de la violation de ces conventions⁶³. La Cour de cassation a reconnu, dès 1962, l'effet direct d'une convention de l'OIT⁶⁴ puis s'est prononcée en ce sens au sujet de nombreuses conventions.

Par un arrêt du 29 mars 2006, la chambre sociale de la Cour de cassation a expressément reconnu, pour la première fois, un effet direct à la Convention n° 158 de l'OIT, ou plus précisément à ses articles 1, 2 b et 11. (Soc., 29 mars 2006, n° [04-46.499](#), Bull., n° 131). Elle a jugé à cette occasion que les dispositions du code du travail, subordonnant le droit à un préavis à une ancienneté d'au moins 6 mois, étaient conformes à cette Convention n° 158, la durée d'ancienneté ainsi exigée étant raisonnable au sens de l'article 2 de ce texte.

Selon l'avocat général Duplat, cette décision a été prise « au regard des critères désormais communément admis de la portée obligatoire et normative de l'acte, du destinataire de la norme et du caractère complet ou précis de la norme ». Certains auteurs ont critiqué cette solution, par laquelle la chambre sociale aurait « ouvert la boîte de Pandore » tout en reconnaissant qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une évolution générale et inéluctable, tendant à l'internationalisation de notre droit. Le professeur Vatinet déplore notamment l'assouplissement du critère subjectif lié aux destinataires de la norme :

Il semble qu'une opinion dominante conduise à ne plus distinguer entre les conventions qui prescrivent aux États de modifier ou de compléter leurs droits pour y inscrire des dispositions conformes aux règles générales qu'elles énoncent (comme c'est le cas pour les conventions OIT) et celles qui entendent imposer directement des normes positives. On se borne à distinguer entre celles qui, étant incomplètes, imposent la création de procédures (consultations des partenaires sociaux) ou de dispositifs institutionnels particuliers (institutions de protection sociale, organismes chargés de la prise en charge du chômage...) et celles qui comportent l'énoncé de droits applicables sans processus indispensable de médiation. La Convention n° 158 relative au licenciement est donc rangée dans cette dernière catégorie⁶⁵.

⁶² L'application par le juge français des droits sociaux fondamentaux affirmés par l'OIT et l'ONU. R. de Quenaudon, RDT, 2007.109 et RDT, 2007.315

⁶³ Droit international social, JM Thouvencin et A. Trebilcock, Ed. Bruylant, 2013, p. 548

⁶⁴ Tout en jugeant alors que les tribunaux devaient se conformer à l'interprétation officielle d'un tel traité par l'autorité gouvernementale, la 2^{ème} chambre civile a jugé que les tribunaux devaient faire prévaloir les dispositions de la Convention n° 3 de l'OIT sur celles du code de la sécurité sociale : 2^e Civ., 28 mars 1962, n° [60-12.570](#), Bull., n° 354.

⁶⁵ Application directe devant les juridictions nationales de la Convention n° 158 de l'OIT, R. Vatinet, JCP S n° 21-22, 23 mai 2006, 1427

L'auteur regrette aussi, en ce qui concerne la prise en compte du critère objectif, que la technique du « dépeçage » l'ait emporté, conduisant la jurisprudence à considérablement assouplir ses techniques d'interprétation : si le Conseil d'Etat a toujours analysé le degré de précision d'une convention clause par clause, la Cour de cassation « appréciait la convention dans sa globalité, pour en écarter l'application directe dès lors que le texte renfermait des dispositions imprécises ». Elle écrit à ce sujet :

Encore faudrait-il pouvoir mesurer le degré de précision requis pour qu'une disposition conventionnelle soit d'application directe. La notion d'ancienneté ou de délai « raisonnable » utilisée par les articles 11 et 2.2 de la Convention n° 158 était-elle suffisamment précise ? Certes, le juge judiciaire est habitué à interpréter les notions floues, à contenu variable. Cependant, une chose est de permettre au juge d'interpréter une pareille notion lorsqu'elle est d'origine légale et qu'il s'agit d'apprécier le comportement d'un particulier, un employeur notamment, autre chose est de l'autoriser à apprécier un choix qui a été fait par le législateur lui-même. La durée d'ancienneté requise a été fixée à six mois par une loi dont il a été précisé par le Gouvernement (lors de la ratification parlementaire de la Convention n° 158) qu'elle était parfaitement conforme aux normes internationales. (...) Au contraire, la convention de l'OIT laisse le soin au législateur de fixer une durée raisonnable. Le juge peut-il légitimement censurer les appréciations du Parlement ? Des notions de ce type sont fréquemment utilisées dans les conventions de l'OIT pour laisser aux États la possibilité d'adapter les normes internationales à leur situation économique et sociale, voire à leurs politiques juridiques, politique de l'emploi notamment. Dès lors, seule une appréciation globale, par les instances de l'OIT qui en sont chargées, permettrait d'apprécier la conformité du droit national à ses normes. Enfin, il est à noter qu'en se livrant à un contrôle de conventionalité d'une loi sur le fondement de notions aussi floues, le juge judiciaire s'arroge le pouvoir d'interpréter la convention internationale ».

Au contraire, selon le doyen Béraud, l'arrêt précité « ne retient l'effet direct que des seuls articles qui étaient en cause dans le litige mais on admettra que toutes les dispositions de la convention ont à priori vocation à avoir ce même effet »⁶⁶.

Peu après, retenant que l'article 4 de la Convention n° 158 était d'effet direct et visant les articles 7 et 9 de ce texte, la chambre sociale a écarté les dispositions dérogatoires des articles L. 1223-4 et L. 1236-1 du code du travail, relatives aux modalités de rupture des contrats nouvelles embauches, qui offraient la possibilité à l'employeur, dans les deux premières années d'exécution d'un tel contrat, de le rompre sans entretien préalable et sans avoir à énoncer les motifs de la rupture, replaçant ainsi les parties dans la situation de droit commun, en matière de licenciement :

⁶⁶ [Rapport](#) de M. Béraud et [avis](#) de M. Duplat pour : Soc., 1 juillet 2008, n° 07-44.124, Bull., n° 146

Aux termes de l'article 4 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT), qui est d'application directe en droit interne, un travailleur ne peut être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à son aptitude ou à sa conduite ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ; selon l'article 7, le licenciement ne peut intervenir avant qu'on ait offert au travailleur la possibilité de se défendre contre les allégations formulées et, selon l'article 9, le salarié ne doit pas avoir à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié.

L'article 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 devenu l'article L. 1223-4 du code du travail, et abrogé par l'article 9 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, en ce qu'il écarte les dispositions générales relatives à la procédure préalable de licenciement, à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, à son énonciation et à son contrôle, et prive ainsi le salarié du droit de se défendre préalablement à son licenciement et fait exclusivement peser sur lui la charge de prouver le caractère abusif de la rupture, ne satisfait pas aux exigences de cette convention internationale.

Selon l'article 2 § 2 b, de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT), un pays membre peut exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de ladite convention les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable, ou, selon l'article 2 § 5, et pour autant qu'il soit nécessaire, d'autres catégories limitées de travailleurs salariés au sujet desquelles se posent des problèmes particuliers revêtant une certaine importance, eu égard aux conditions d'emploi particulières des travailleurs intéressés, à la taille de l'entreprise qui les emploie ou à sa nature.

L'article 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, devenu l'article L. 1223-4 du code du travail, et abrogé par l'article 9 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, qui ne vise pas une catégorie limitée de salariés pour lesquels se posent des problèmes particuliers revêtant une certaine importance eu égard à la taille de l'entreprise qui les emploie, ne distingue pas selon les fonctions pour lesquelles ils ont été engagés et ne limite pas, autrement que par un délai d'attente de trois mois, la possibilité de les engager de nouveau par un contrat de nature identique à celui précédemment rompu par le même employeur, ne peut être justifié par application desdites dispositions de la convention internationale.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à une cour d'appel d'avoir dit que l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, devenu l'article L. 1223-4 du code du travail, et abrogé par l'article 9 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, était contraire aux dispositions de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) et que la rupture du contrat nouvelles embauches d'un salarié restait soumise aux règles d'ordre public du code du travail de sorte que le licenciement non motivé de ce salarié était sans cause réelle et sérieuse.

Soc., 1 juillet 2008, n° [07-44.124](#), Bull., n° 146

A la date de cet arrêt, la disposition contestée avait été abrogée par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008. Peu auparavant, le 14 novembre 2007, le conseil

d'administration du BIT avait en effet approuvé le rapport⁶⁷ du comité chargé d'examiner une réclamation formée par un syndicat, sur le fondement de l'article 24 de la Constitution de l'OIT, dont il résultait que les salariés embauchés dans le cadre d'un CNE ne pouvaient pas être exclus de la protection contre le licenciement prévue par la Convention n° 158⁶⁸.

La chambre sociale a ensuite confirmé cette solution en jugeant, au visa des principes posés par la Convention n° 158 sur le licenciement et de la dérogation prévue par son article 2 § 2 b, déraisonnables des durées de période d'essai d'un an, voire même de 6 mois, prévues par des conventions collectives ou encore par la loi irlandaise à laquelle le contrat de travail litigieux était soumis (Soc., 4 juin 2009, n° [08-41.359](#), Bull., n° 146 ; Soc., 11 janvier 2012, n° [10-17.945](#), Bull., n° 11 ; Soc., 10 mai 2012, n° [10-28.512](#), Bull., n° 137 ; Soc., 26 mars 2013, n° [11-25.580](#), Bull., n° 82).

Dans un arrêt non publié, la chambre sociale a retenu le caractère raisonnable d'une durée de préavis contractuellement fixée à neuf mois en prenant en compte pour cela la nature des fonctions et des responsabilités confiées au salarié (Soc., 12 novembre 2020, pourvoi n° [18-24.111](#)). Soulignant que cette méthode d'appréciation du caractère raisonnable de la durée de la période d'essai « renoue avec les solutions qui prévalaient avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008 et l'application du contrôle de conventionnalité », le professeur Radé approuve cette solution :

Une durée d'essai n'est pas « raisonnable » ou « déraisonnable » en elle-même. L'utilisation du standard du « raisonnable » (...) suppose en effet certes une appréciation in abstracto en comparant la situation en cause à un « standard », mais également de tenir compte, dans l'élaboration de ce standard, des caractéristiques concrètes les plus importantes de la situation (...), ce qui suppose donc d'intégrer dans le raisonnement des éléments tenant à la « nature des fonctions et des responsabilités confiés au salarié » et qui, sans aller jusqu'à analyser le détail des fonctions confiées au salarié, permettent de raisonner de manière plus réaliste. Sans aller jusqu'à doter cet arrêt simplement diffusé, rendu en formation restreinte, d'un rayonnement particulier (quoi qu'ayant tout de même été rendu sous la présidence de Mme Farthouat-Danon, conseiller doyen), il nous semble que cette méthode enrichit de manière très opportune les consignes données ces dernières années, démontrant au passage que le contrôle de proportionnalité qu'exerçait la Cour de cassation avant même d'appliquer l'article 2 de la convention 158 de l'OIT répondait, avant l'heure, aux canons du contrôle de conventionnalité. À l'heure où l'on s'interroge sur la portée d'une autre disposition emblématique de cette même convention 158 de l'OIT faisant également appel à un contrôle de

⁶⁷ [Rapport](#) du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France des conventions (...) N° 158 sur le licenciement, 1982, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la CGT-FO

⁶⁸ Décision BIT du 14 novembre 2007, RJS 1/08, [n° 59](#)

proportionnalité (i.e. le caractère « adéquat » de l'indemnité ou « appropriée » de la réparation du préjudice résultant du défaut de justification du licenciement, de son article 10), le choix d'une appréciation in abstracto de la proportionnalité, mais tenant compte des principales caractéristiques concrètes de la situation du salarié, pourrait constituer une indication précieuse pour les juges du fond⁶⁹.

Plus récemment, par un arrêt publié, la chambre sociale a confirmé que, au regard des exigences de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail, le caractère raisonnable de la durée de la période d'essai s'apprécie en tenant compte de la catégorie d'emploi occupée :

Vu les principes posés par la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990 et la dérogation prévue en son article 2, paragraphe 2 b) :

4. Aux termes de ce texte peuvent être exclus du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de la convention les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable.

5. Pour dire que la rupture du contrat de travail s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, et condamner l'employeur au paiement de diverses sommes, l'arrêt retient qu'est déraisonnable, au visa de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail et au regard de la finalité de la période d'essai qui doit permettre au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent et de l'exclusion des règles de licenciement durant cette période, une période d'essai dont la durée est de six mois.

6. En se déterminant ainsi, par une affirmation générale, sans rechercher, au regard de la catégorie d'emploi occupée, si la durée totale de la période d'essai prévue au contrat de travail n'était pas raisonnable, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

Soc., 7 juillet 2021, pourvoi n° [19-22.922](#), publié

Le professeur Tournaux a commenté cet arrêt en considérant que la chambre sociale a ainsi réfuté une appréciation in concreto de la durée de l'essai et l'approuve d'avoir ainsi choisi un « entre deux » en ne retenant que le seul élément caractéristique de la situation particulière du salarié lié à son appartenance à une catégorie professionnelle :

Premièrement, la chambre sociale de la Cour de cassation ne semble pas exiger une analyse trop fine de la situation du salarié et de l'employeur pour apprécier le caractère raisonnable de la durée d'essai. Le pourvoi de l'employeur était autrement plus précis en ce qu'il reprochait aux juges d'appel de n'avoir pas analysé la nature des fonctions et missions confiées au salarié, la formation, l'accompagnement et les qualités nécessaires pour les assumer ou les contraintes juridiques spécifiques du

⁶⁹ Appréciation du caractère raisonnable d'une période d'essai de 9 mois, C Radé, Droit social 2021 p.180

secteur de l'assurance. Les hauts magistrats réfutent donc une appréciation in concreto de la durée de l'essai ou, plus exactement, ne retiennent qu'un élément caractéristique de la situation particulière du salarié, son appartenance à une catégorie professionnelle. Cet entre-deux est louable tant une appréciation prenant en considération l'ensemble des éléments constituant la situation du salarié et de l'entreprise pouvait mettre les parties au contrat de travail dans l'incapacité de déterminer, au moment de rédiger la clause d'essai, quelle durée pouvait être raisonnable, ce qui aurait impliqué une forte insécurité juridique. Pour autant, cette solution permet de moduler la durée raisonnable à partir d'un critère objectif, ou du moins relativement objectif tant les frontières entre catégories professionnelles sont parfois délicates à identifier.

Deuxièmement, on remarquera que, ce faisant, la chambre sociale s'inscrit parfaitement dans la ratio legis des articles L. 1221-19 et L. 1221-21 du code du travail, qui distinguent les durées maximales d'essai et de renouvellement en fonction des catégories professionnelles ouvriers/employés, techniciens/agents de maîtrise et cadres. La chambre sociale parvient ainsi à une forme d'équilibre, s'appuyant sur le critère utilisé par le législateur tout en maintenant des durées d'essai conventionnelles plus longues en application de l'article L. 1221-22 du code du travail. Il semble désormais que les juges du fond puissent juger déraisonnable une période d'essai de six mois pour un employé, de neuf mois pour un agent de maîtrise ou de douze mois pour un cadre, à condition de clairement identifier et justifier de l'appartenance du salarié à telle ou telle catégorie professionnelle. Pour conclure, nous nous demandons, aux origines de cette construction prétorienne, si la chambre sociale pourrait accepter de remettre en cause les durées légales maximales d'essai qu'elle jugerait déraisonnables (RDT 2012. 150, préc.). Cette déférence aux catégories professionnelles, seul critère légal de distinction entre les durées maximales, laisse supposer que les durées légales ne seront pas inquiétées par les stipulations de la Convention n° 158 de l'OIT⁷⁰.

La chambre sociale s'est aussi prononcée :

- sur le fondement de l'article 2 § 3 de la Convention n° 158 stipulant que « des garanties adéquates seront prévues contre le recours à des contrats de travail de durée déterminée visant à éluder la protection découlant de la présente convention. » (Soc., 20 février 2019, n° [17-16.450](#), publié)
- en retenant l'application directe de l'article 4 de la Convention n° 158 (Soc., 2 décembre 2020, n° [19-11.990](#), publié)
- sur le fondement de l'article 6 de la Convention n° 158, qui prohibe le licenciement pour une absence temporaire due à la maladie ou à un accident (voir, par exemple : Soc., 3 juillet 2001, n° [99-43.557](#)).

Si ce n'est par les avis précités du 17 juillet 2019, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation de l'article 10 de la Convention n°

⁷⁰ Catégories professionnelles et durée raisonnable d'essai, S. Tournaux, Droit social 2021.

158, relatif à l'indemnité de licenciement injustifié, ou de son article 12, relatif à l'indemnité de départ.

La chambre sociale a reconnu l'applicabilité directe de diverses dispositions d'autres conventions de l'OIT⁷¹. En dehors des décisions précitées relatives aux contrats nouvelles embauches, elle a accueilli un moyen tiré de la violation de la convention n° 180 sur la durée du travail des gens de mer :

Il résulte des articles 3, 4 et 5 de la Convention n° 180 de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires, ratifiée le 27 avril 2004, d'application directe en droit interne, que la durée du travail pour les gens de mer comme pour les autres travailleurs est en principe de huit heures par jour avec un jour de repos par semaine, plus le repos correspondant aux jours fériés.

La cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'un salarié en paiement d'heures supplémentaires, a retenu que son contrat de travail était soumis au code du travail maritime, régi par les dispositions de l'article 104 du code du travail maritime, qui excluent l'application au capitaine des dispositions des articles 26 à 30 relatives à la durée du travail, notamment celles concernant les heures supplémentaires, a méconnu les dispositions de la Convention internationale précitée.

Soc., 18 janvier 2011, n° [09-40.094](#), Bull., n° 25

3) La charte sociale européenne

Même si elle n'est pas évoquée par le pourvoi, l'examen de ce dernier suppose d'envisager aussi les dispositions de la Charte sociale européenne.

Présentation et dispositif de contrôle⁷²

La Charte sociale européenne est un traité du Conseil de l'Europe, signé le 18 octobre 1961 et révisé le 3 mai 1996, qui garantit les droits sociaux et économiques fondamentaux. Elle constitue le pendant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, laquelle garantit les droits civils et politiques.⁷³

La France a ratifié la Charte sociale européenne le 9 mars 1973 puis la Charte sociale européenne révisée (la Charte) le 7 mai 1999⁷⁴. En application de l'article A, § 1, c), de la partie III, elle en a accepté les 98 paragraphes. En vertu de ce qui est appelé un système de ratification « à la carte », permettant aux Etats de choisir les

⁷¹ Droit international social, JM Thouvenin et A. Trebilcock, Ed. Bruylant, 2013, p. 550

⁷² Cette partie du rapport emprunte également à celui établie par Mme la conseillère Teiller dans le cadre du pourvoi [J1721006](#) ayant donné lieu à l'arrêt 1^{re} Civ., 5 mai 2021, publié.

⁷³ [Site](#) de la Charte sociale européenne

⁷⁴ [Loi n° 99-174 du 10 mars 1999, autorisant l'approbation de la Charte sociale européenne](#)

dispositions qu'ils sont prêts à accepter en tant qu'obligations juridiques internationales contraignantes, chaque Partie contractante s'engage :

- à considérer la partie I de la Charte comme une déclaration déterminant les objectifs qu'elle poursuivra par tous les moyens appropriés, comme indiqué dans le paragraphe introductif de ladite partie ;
- à se considérer comme liée par au moins six des neuf articles de la Partie II de la Charte : articles 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 et 20 ;
- à se considérer comme liée par un nombre supplémentaire d'articles ou de paragraphes numérotés de la partie II de la Charte.

La Cour de justice de l'Union européenne se réfère à la Charte sociale européenne, le cas échéant en visant telle disposition de la Charte sociale ainsi que la convention de l'OIT qui lui correspond.⁷⁵

La Charte prévoit un mécanisme de contrôle qui repose sur la présentation de rapports nationaux par les États parties (Protocole de 1991) et une procédure de réclamations collectives ([protocole additionnel](#) de 1995) qui permet, entre autres, aux syndicats et aux organisations non gouvernementales de présenter des réclamations collectives.

La France a accepté le protocole de 1995 prévoyant un [système de réclamations collectives](#), le 7 mai 1999, mais elle n'a pas encore fait de déclaration habilitant les organisations non gouvernementales nationales à introduire des réclamations collectives⁷⁶.

Le rapporteur pour le Sénat du projet de loi de ratification de la Charte sociale européenne révisée conclut son [rapport](#) dans les termes suivants :

La portée des dispositions contenues dans la charte sociale européenne révisée ainsi que dans le protocole additionnel prévoyant un système de réclamations collectives demeure modeste.

En effet l'introduction de nouveaux droits dans la charte sociale relève plutôt de l'ordre de la rhétorique tant que les procédures de contrôles apparaissent limitées. A cet égard l'ouverture d'un droit de réclamations collectives n'affecte que le mode de déclenchement du contrôle sans remettre en cause les conditions d'exercice de ce contrôle. En effet, la décision définitive relève toujours d'un organe politique, le comité des ministres, appelé à se prononcer principalement sur des motifs d'opportunité. Les recommandations adoptées n'ont évidemment aucun caractère contraignant. Il n'y a donc rien de comparable entre la procédure de contrôle de la charte sociale et le contrôle juridictionnel de mise pour la convention européenne des droits de l'homme.

⁷⁵ Pour un arrêt du 15 juin 1978 ayant utilisé pour la première fois cette manière de procéder: CJCE, arrêt du 15 juin 1978, Defrenne, [C-149/77](#)

⁷⁶ Conseil de l'Europe – Service de la Charte sociale européenne – Direction générale des droits de l'homme et état de droit – mise à jour : juin 2020

Toutefois, l'adoption de ces textes malgré leurs limites représente un enjeu essentiel aux yeux de votre rapporteur. Ils ont vocation à servir de point de référence pour les pays d'Europe centrale et orientale. La mise en place d'une économie de marché respectueuse des droits sociaux, la substitution d'un système de protection sociale à une assistance généralisée et étatique autant de défis à relever pour des pays qui aspirent à rejoindre l'Union européenne. Aussi la France se doit-elle de ratifier rapidement des textes directement inspirés du "modèle social" européen. C'est pourquoi votre rapporteur vous invite à approuver les deux présents projets de loi⁷⁷.

□ Le comité européen des droits sociaux ([CEDS](#)) est l'organe chargé du contrôle du respect des engagements fondés sur la Charte dans les États parties.

Le CEDS est composé de 15 membres indépendants et impartiaux qui sont élus par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pour une période de six ans, renouvelable une fois. Il n'est pas une juridiction et ses décisions et conclusions ne sont pas exécutoires dans les ordres juridiques nationaux. Elles n'ont pas de caractère contraignant.

On observera que des interrogations ont été émises quant à la portée des décisions du CEDS, qui n'est pas une juridiction, le professeur C. Radé qualifiant la question de l'autorité du CEDS comme « particulièrement complexe »⁷⁸.

Pour s'assurer du respect de la Charte sociale européenne, le CEDS recourt à deux procédures distinctes :⁷⁹

- les réclamations collectives précitées, formées par les partenaires sociaux et les organisations non gouvernementales (procédure de réclamations collectives) ;
- les rapports, établis par les États parties (système de rapports).

Le système de rapports est formellement régi par les articles 21 à 29 de la Charte de 1961.

Dans le cadre de ce système, les États parties soumettent régulièrement un rapport relatif à l'application de la Charte en droit et en fait. Ces rapports sont examinés par le CEDS qui décide si les situations nationales qui y sont exposées sont conformes à la Charte. Les décisions adoptées par le Comité dans le cadre du système de rapports – les « conclusions » - sont publiées chaque année. Il est possible de les consulter dans la Base de données [HUDOC](#) de la Charte sociale européenne.

⁷⁷ Rapport n° 160 (98-99) de M. Boyer pour la commission des affaires étrangères du Sénat

⁷⁸ C. Radé, « De la conventionnalité du barème "Macron" », Droit social 2019, p. 324

⁷⁹ Les développements qui suivent sont extraits du [site](#) du Service de la Charte sociale européenne - décembre 2021

Lorsque le CEDS pose un constat de non-conformité, l'Etat partie concerné doit y remédier et rendre la situation conforme à la Charte.

Dans la mesure où elles se réfèrent à des dispositions juridiques contraignantes et sont adoptées par un organe de contrôle institué par la Charte, les conclusions du CEDS doivent en effet être respectées par les Etats concernés ; elles n'ont toutefois pas force exécutoire dans leur ordre juridique interne. En pratique, cela signifie que lorsque le Comité constate que la situation d'un Etat n'est pas conforme à la Charte, on ne peut exiger que la décision du Comité soit exécutée en droit interne, comme cela serait le cas d'une décision rendue par les instances judiciaires de l'Etat concerné. A l'instar des décisions adoptées par le CEDS dans le cadre de la procédure de réclamations collectives, les conclusions issues du système de rapports sont déclaratoires; en d'autres termes, elles disent le droit. Aussi les autorités nationales sont-elles tenues de prendre des mesures pour leur donner effet dans le droit interne. Dans cette perspective, les juges nationaux peuvent invalider ou écarter le droit interne si le CEDS dit qu'il n'est pas conforme à la Charte.

Le suivi des conclusions du CEDS est assuré par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui intervient dans la phase finale du système de rapports. Son travail est préparé par le Comité gouvernemental de la Charte sociale européenne et du Code européen de sécurité sociale, composé de représentants des Etats parties de la Charte et assisté d'observateurs qui représentent les partenaires sociaux européens.

Compte tenu des propositions du Comité gouvernemental, le Comité des Ministres adopte une résolution qui clôture chaque cycle de contrôle et peut contenir des recommandations individuelles adressées aux Etats parties concernés. Si un Etat ne donne pas suite à une conclusion de non-conformité, sur proposition du Comité gouvernemental, le Comité des Ministres peut lui adresser une recommandation lui demandant de modifier en conséquence son droit ou ses pratiques.

C'est, en dernier ressort, au CEDS qu'il incombe de déterminer si la situation a été rendue conforme à la Charte. Il se prononce sur ce point dans le cadre du système de rapports ou de la procédure de réclamations collectives.

La Cour de cassation n'a, jusqu'à présent, pas fait référence dans ses arrêts à des décisions émanant de ce comité.

La Cour européenne des droits de l'homme se réfère quant à elle au sens donné par le CEDS aux divers articles de la Charte et reconnaît aux avis de ce comité une valeur interprétative selon un arrêt du 8 avril 2014 .⁸⁰

⁸⁰ CEDH, 8 avril 2014, Affaire National Union of rail, maritime and transport workers c. Royaume-Uni, n° [31045/10](#)

94. Il [Le Gouvernement] considère que les avis du CEDS ne sont pas une source de droit faisant autorité car cet organe, en dépit de l'indépendance et de l'expertise de ses membres, n'a pas selon lui un statut judiciaire ou quasi judiciaire mais a pour rôle de faire rapport au Comité des Ministres. La Cour fait observer que la compétence du CEDS est définie dans le Protocole portant amendement à la Charte sociale européenne (ou « Protocole de Turin », Série des traités européens n° 142), à savoir « apprécie[r], d'un point de vue juridique, la conformité des législations, réglementations et pratiques nationales avec le contenu des obligations découlant de la Charte ». Il est vrai que ce protocole n'est pas entré en vigueur car plusieurs États parties à la Charte, dont le Royaume-Uni, ne l'ont pas ratifié. Cependant, la valeur interprétative des avis du CEDS apparaît généralement admise par les États et par le Comité des Ministres.

Elle est en tout cas reconnue par la Cour, qui a tenu compte à maintes reprises des interprétations de la Charte données par le CEDS et des avis de celui-ci sur le respect par les États de diverses dispositions de ce texte (voir, par exemple, *Demir et Baykara*, précité, et *Tüm Haber Sen et Çinar c. Turquie*, no 28602/95, § 39, CEDH 2006-II, affaire concernant un syndicat où la Cour a décrit le CEDS comme un organe « particulièrement qualifié » dans ce domaine).

□ Les juges français ont longtemps refusé tout effet direct à la Charte, ce qui a empêché son invocabilité par les justiciables (“*effet direct horizontal*”). Mais une évolution jurisprudentielle est intervenue en plusieurs étapes⁸¹ :

Il a été rappelé plus haut que les critères de l'effet direct ont été fixés par la décision GISTI de l'assemblée du Conseil d'Etat du 11 avril 2012 (n° [322326](#), publié au Recueil Lebon, précité) rendue à propos de l'article 6-1 de la Convention internationale du travail n° 97 du 1er juillet 1949 concernant les travailleurs migrants.

Depuis lors, le Conseil d'Etat a reconnu un effet direct à certains articles de la Charte (“*effet direct vertical*”) :

- **article 5** sur le droit syndical (CE, 23 juillet 2014, Syndicat national des collèges et des lycées, [n° 358349](#) et autres, aux tables sur un autre point, conclusions A. Lallet) ;
- **article 24** de la partie II précité sur le droit à la protection en cas de licenciement (CE, 10 février 2014, M. Fischer, n° [358992](#), aux tables, conclusions B. Dacosta) : il y est jugé que les termes de l'article 24 de la Charte sociale européenne « ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ».

⁸¹ Revue des droits et libertés fondamentaux 2012, chronique n° 28, Mme Nivard, qui retrace notamment l'évolution de la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative antérieurement à l'arrêt GISTI et FAPIL du 11 avril 2012 (CE, Ass., 11 avril 2012, n° [322326](#), Rec.)

Certains auteurs, non convaincus par les arguments de ceux qui considèrent que les termes de l'article 24 souffrent d'une telle indétermination que leur application requiert le relais d'une norme interne⁸², voient dans cette décision le caractère "autosuffisant"⁸³ de l'article 24. Ainsi, selon Mme Sachs, nul besoin d'une norme interne qui la transpose pour que les personnes privées puissent s'en prévaloir. Et, inversement, une norme interne ne saurait faire écran aux droits garantis par la Charte sociale européenne.⁸⁴

Des décisions postérieures du Conseil d'État répondent au moyen invoqué de la méconnaissance de l'article 24 de la Charte sociale européenne sans toutefois se prononcer sur son effet direct (CE, 7 décembre 2017, n° [415243](#) précité)

Sur la portée de l'arrêt précité du 10 février 2014, les commentateurs sont opposés. Ainsi, le Professeur Mouly⁸⁵ considère que le Conseil d'État a admis, au moins de manière implicite, l'effet direct horizontal de l'article 24 de la Charte, pour les litiges opposant des particuliers entre eux, en ayant pris soin de relever que cet article n'avait besoin d'aucun acte complémentaire pour « produire des effets à l'égard des particuliers », ce qui conférerait audit article un effet direct général.

De même, selon le professeur Icard⁸⁶ «la jurisprudence administrative (...) a reconnu son effet direct" à l'article 24 de la Charte et "à l'aune de ces précisions, il est nécessaire que la chambre sociale réexamine la question de l'effet direct de l'article 24 de la charte sociale européenne. Pour ce faire, il suffit qu'elle continue de s'inspirer des lignes directrices dégagées en la matière notamment par le Conseil d'État , d'ailleurs utilisées pour l'article 24 de la charte . Rappelons que le Conseil d'État a jugé qu'une stipulation doit être reconnue d'effet direct lorsqu'« elle 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 », tout en précisant que « 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 » . De telles précisions ont ainsi été appliquées par le même juge à propos de l'article 24 de la charte sociale : il a jugé que cette

⁸² En ce sens, voir : G. Loiseau, Conventionalité du barème : le débat est ouvert, JCP S 2018, p. 1367

⁸³ J. Mouly, La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ?, Droit social 2019. 122

⁸⁴ T. Sachs, Le contrôle de conventionnalité peut-il crever le plafond ?, [BJT avril 2019](#), n° 111m5, p. 40

⁸⁵ J. Mouly, L'article 24 de la Charte sociale européenne sur le droit des salariés à ne pas être licenciés sans motif valable est d'effet direct, Droit social 2014, p. 474

⁸⁶ J. Icard, Brève exhortation à l'attention de la chambre sociale de la Cour de cassation, BJT janv. 2020, n° 112u7, p. 57 ; du même auteur : Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou, SSL, n° 1871, 2018, p.5

disposition « dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les États et (...) ne requier[t] l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers » (...).

A l'inverse, selon les professeurs Gardin et Lhernoud, « si le Conseil d'État a appliqué directement l'article 24 de la Charte, il n'a pas constaté l'inconventionnalité du droit français autorisant le licenciement pour perte de confiance »⁸⁷.

Quant à la Cour de cassation, elle a considéré :

- dans un arrêt du 21 novembre 2019 (1^{re} Civ., pourvoi [n° 19-15.890](#)), que les stipulations du c) du paragraphe 1 de l'article 17 de la partie II de la Charte, qui requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers, ne sont pas d'effet direct.
- dans les deux avis précités du 17 juillet 2019 (n° [19-70.010](#) et [19-70.011](#), publiés), que l'article 24 de la Charte n'est pas d'effet direct dans les rapports entre particuliers :

Eu égard à l'importance de la marge d'appréciation laissée aux parties contractantes par les termes précités de la Charte sociale européenne révisée, rapprochés de ceux des parties I et III du même texte, les dispositions de l'article 24 de ladite Charte ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.

Mme Vialettes indique, dans ses conclusions sous la décision du Conseil d'Etat du 30 janvier 2015⁸⁸ :

S'agissant de la Cour de cassation, il n'a jamais été jugé que la Charte sociale européenne était d'effet direct. On trouve, certes, des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation mentionnant l'article 5 ou l'article 6 de cette Charte⁸⁹, mais ils ne sauraient être interprétés comme admettant que ces articles sont dotés d'effet direct".

M. Belorgey, ancien président de la section du Rapport et des Etudes, a présidé entre 2003 et 2006 le Comité européen des droits sociaux dont il a été membre jusqu'en 2012. Il propose une analyse qu'il veut délibérément au coeur des interrogations du Comité sur la portée de son mandat, et, plus profondément, de la Charte sociale du Conseil de l'Europe et écrit :

(...) le cas de la Charte sociale européenne peut, il faut en convenir, être regardé, de plusieurs points de vue, comme plus complexe que celui d'autres instruments

⁸⁷ A. Gardin et JP. Lhernould, Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. RJS 5/19 p. 353

⁸⁸ [Conclusions](#) pour : Conseil d'État, 30 janvier 2015, n° [363520](#)

⁸⁹ On peut citer : Soc., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-72.856, Bull. 2010, V, n° 257 et Soc., 14 avril 2010, pourvois n° 09-60.426 et 09-60.429, Bull. 2010, V, n° 100.

internationaux. Le président Laroque, pour sa part, dans le texte déjà cité⁹⁰, articulait tout à fait clairement que " d'une part, le texte même des articles de la partie II de la Charte est rédigé de manière à prévoir l'engagement des parties contractantes de prendre certaines dispositions, sauf dans quelques rares paragraphes, où les Parties Contractantes déclarent " reconnaître " certains droits, elles se bornent en général à s'engager à faire quelque chose ; d'autre part, (que) l'annexe à la Charte stipule expressément qu'il est entendu que la Charte contient des engagements juridiques de caractère international dont l'application est soumise au seul contrôle visé par la partie IV. Cette formule, au premier abord quelque peu obscure, est éclairée par les travaux préparatoires. Elle a été introduite précisément pour exclure toute possibilité pour les intéressés de se prévaloir directement devant les autorités ou les juridictions nationales des dispositions de la Charte. Il en résulte que les engagements souscrits par les Parties Contractantes sont uniquement des engagements d'Etat à Etat, dont les seules sanctions, de caractère international, sont celles qui sont prévues dans la partie IV ".

Les choses ne sont peut-être pas, cependant, aussi simples. L'analyse qui précède a, au surplus, été écrite, il y a plus d'un quart de siècle. Et il a fallu moins de temps pour que des jurisprudences reflétant sur d'autres fronts, à la même époque, le même état d'esprit, basculent radicalement. D'abord, le schéma général d'énoncé de la Charte, quelles que soient ses vertus pédagogiques, prête assurément le flanc aux tentatives d'interprétation à la baisse. Seule la partie I de la Charte énumère des droits ; ceux de " tout travailleur ", de " tout travailleur migrant ", plus rarement (et cela ne veut pas dire, ainsi qu'il a été précédemment indiqué, la même chose que dans la Conv. EDH) de " toute personne ". Les articles compris dans la partie II ne décrivent pour leur part que ce à quoi " les parties s'engagent ". Un lien est néanmoins explicitement fait entre partie I et partie II par la formule figurant en tête de chaque article de la partie II, avant la référence à l'engagement des parties : " En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à... ". Sans doute, ce sur quoi portent les engagements des Etats n'est-il pas, de surcroît, de même portée selon les articles. Mais c'est là un autre débat. A quoi bon reconnaître des droits si ces droits sont dépourvus de chair, et que peut vouloir dire l'affirmation du 4 de la partie I de la Charte, selon laquelle " tous les travailleurs ont droit à une rémunération équitable leur assurant, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie satisfaisant ", si ce n'est d'une part que cette rémunération doit être en rapport avec le coût de la vie, d'autre part qu'elle ne peut cesser d'être versée sans préavis raisonnable ; on pourrait à la limite se passer de la partie II ?

Quant à la portée prêtée par le président Laroque à la disposition de l'annexe selon laquelle " il est entendu que la Charte contient des engagements juridiques de caractère international dont l'application est soumise au seul contrôle visé par la partie IV " (autrefois rapports des Etats, désormais rapports des Etats et réclamations collectives), il faut en premier lieu se demander si ces intentions ne sont pas démenties par la lettre du texte arrêté : car prévoir, comme le fait l'annexe de la Charte, qu'" il est entendu que la Charte contient des engagements juridiques de caractère international dont l'application est soumise au seul contrôle visé par la partie IV " (celui du CEDS), ne signifie pas, évidemment, que les juridictions nationales n'ont pas vocation à appliquer la Charte et à lui donner des effets directs,

⁹⁰ P. Laroque, L'élaboration et l'application de la Charte sociale européenne, Dr. soc. mars 1979.

seulement que, sur le plan international, seul le CEDS a cette vocation ; en second lieu, expliquer pourquoi les signataires de la Charte ont refusé de se rallier à une proposition tendant à articuler que " les dispositions de la Charte ne confèrent pas de droits directs aux individus, etc. ", s'ils étaient favorables à cette thèse, car cette formulation aurait assurément mis un terme à tout débat ; enfin, à supposer que la thèse de l'absence d'effets directs corresponde aux intentions originelles de certaines des parties signataires de la Charte, voire de toutes, s'interroger sérieusement sur la question de savoir si elle est aujourd'hui compatible avec l'évolution de la pensée en matière, sinon de droit social, du moins de droit international : un droit international qui ne serait pas purement décoratif.⁹¹

Jurisprudence de la chambre sociale

La chambre sociale ne s'est jamais prononcée expressément sur l'effet direct d'une disposition de la Charte sociale européenne.

On peut rappeler ici que l'affirmation de la conformité d'un texte interne à un texte de droit international n'équivaut pas à la reconnaissance d'un effet direct ou encore que la technique de l'interprétation conforme peut être une technique de substitution de l'effet direct, c'est à dire permettre de pallier l'absence d'effet direct.

Pour apprécier la validité de conventions de forfait en jours, la chambre sociale s'est prononcée d'abord dans un arrêt du 29 juin 2011 (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° [09-71.107](#), Bull. 2011, V, n° 181) puis par des arrêts postérieurs (Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° [10-19.807](#), Bull. 2012, V, n° 43 ; Soc., 6 novembre 2019, pourvoi n° [18-19.752](#), publication en cours) au visa de « l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ainsi que l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui se réfère à la Charte sociale européenne révisée ainsi qu'à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 garantissent le droit à la santé et au repos de tout travailleur ; »

Dans le rapport annuel de la Cour de cassation de l'année 2014⁹², il est indiqué que la chambre sociale ne s'est pas prononcée sur l'effet direct de la Charte sociale européenne mais s'est fondée sur l'exigence constitutionnelle du droit à la santé et au repos et sur les principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur posés par le droit de l'Union⁹³.

⁹¹ JM. Belorgey, La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux [RDSS 2007 p. 226](#)

⁹² p. 163 et 164

⁹³ Dans un commentaire de l'arrêt du 29 juin 2011 par MF. Mazars et P. Flores (La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours, Semaine sociale Lamy 2011, n° 1499), il est précisé également que la question de l'effet direct de la Charte sociale européenne n'a pas été tranchée.

On notera qu'alors même que le CEDS avait estimé qu' « il y a une violation de l'article 2§1 de la Charte révisée en raison de la durée excessive du travail hebdomadaire autorisée ainsi que l'absence de garanties suffisantes dans le cadre du système de *forfait en jours sur l'année*. »⁹⁴, la chambre sociale n'a pas condamné en soi le système du forfait en jours, mais elle a mis en place une jurisprudence l'encadrant fortement.

Ce dispositif a été modifié par le législateur qui a finalement repris dans la loi les obligations à la charge de l'employeur définies par la chambre sociale dans l'arrêt de principe précité du 29 juin 2011 (n° 09-71.107), mais également dans deux autres arrêts des 2 juillet 2014 (n° 13-19.990) et 17 décembre 2014 (n° 13-22.890).

Les accords collectifs examinés par la Cour de cassation dans ces trois décisions prévoient trois obligations à la charge de l'employeur : établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées, ainsi que le positionnement et la qualification des jours de repos (document pouvant être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur) ; assurer un suivi de l'organisation du travail et de la charge de travail ; s'entretenir une fois par an avec le salarié pour évoquer l'organisation, la charge de travail et l'amplitude de travail, qui doivent rester raisonnables.

Ces obligations ont toutes été reprises par l'article [L.3121-65](#) du code du travail, qui rappelle également l'obligation de l'employeur de veiller au respect des temps de repos quotidien et hebdomadaire et ajoute le respect du droit du salarié à la déconnexion.

La chambre sociale ne juge donc régulier un dispositif de forfait jours qu'à la condition qu'il respecte le cadre très précis qu'elle a énoncé dans ses arrêts précités. Pour ce faire, elle invite "les juges du fond à exercer une surveillance renforcée de l'application du régime du forfait en jours des salariés, cette attention étant justifiée par l'importance des dérogations du droit commun à la durée du travail que ce type de forfait entraîne. L'importance des règles en cause doit conduire le juge à vérifier, même d'office, la validité de la convention de forfait en jours (Soc., 3 novembre 2011, n° [10-14.637](#), Bull. civ. V, n° 250).⁹⁵

La chambre sociale considère en effet qu'eu égard à l'importance des règles relatives à la santé et la sécurité en jeu, il appartient au juge de vérifier, le cas échéant d'office, la régularité du dispositif de forfait en jours : validité de la convention collective prévoyant le recours au forfait en jours comme de la

⁹⁴ CEDS, 23 juin 2010, décision n° 56/2009, CFE-CGC c/ France : constat de violation des articles 2§1 et 4§2 de la Charte révisée en raison de la durée excessive du travail hebdomadaire autorisée, de l'absence de garanties suffisantes ainsi que de la rémunération des heures supplémentaires dans le cadre du système de forfait en jours sur l'année.

⁹⁵ Extrait du commentaire de cet arrêt au rapport annuel de la Cour de cassation

convention individuelle au regard des règles d'éligibilité légales ou conventionnelles (Soc., 31 octobre 2007, pourvoi n° [06-43.876](#), Bull. 2007, V, n° 180). Et, toujours sous le même visa, la chambre sociale effectue elle-même ce contrôle d'office (Soc., 6 novembre 2019, pourvoi n° [18-19.752](#), publication en cours).

Toutefois, le CEDS a rendu dernièrement une décision, publiée le 10 novembre 2021, faisant suite à une réclamation n° [149/2017](#). Dans cette affaire, se référant en particulier à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, deux syndicats alléguaient que :

- les périodes d'astreinte n'ayant pas donné lieu à un travail effectif continuant à être assimilées à un temps de repos, en violation de l'article 2§1 et 5 de la Charte ;
- la législation française sur le régime de forfaits en jours ne permet toujours pas d'assurer le respect des articles 2§1 et 4§2 de la Charte et la nouvelle législation a rendu encore plus aléatoire la gestion de ce système et amoindri la protection des salariés concernés.

Au terme de sa décision, le Comité a notamment conclu, en ce qui concerne le régime de forfait en jours, à la violation de l'article 2§1 de la Charte, aux motifs suivants :

143. (...) qu'en l'absence de limitations légales à la durée maximale autorisée de travail hebdomadaire dans le régime de forfait en jours et indépendamment de l'obligation légale de l'employeur de surveiller la charge de travail, un contrôle a posteriori par un juge d'une convention de forfait en jours n'est pas suffisant pour garantir une durée raisonnable de travail. (...)

154. (...) les dispositions relatives à la flexibilité du temps de travail, tel que le régime de forfait en jours, ne s'inscrivent pas dans un cadre juridique précis offrant des garanties adéquates pour assurer une durée raisonnable de travail. (...)

160. (...) En l'absence de limitations légales à cet égard (voir paragraphe 143 supra), le Comité considère qu'une période de référence de 12 mois n'est pas compatible avec la Charte.

S'agissant de la violation de l'article 4§2 de la Charte, le CEDS indique au § 160 :

Dans ce contexte, le Comité considère que la violation constatée au titre de l'article 2§1 de la Charte, au motif que le nouveau cadre juridique ne prévoit pas les protections permettant de garantir une durée raisonnable de travail aux travailleurs soumis au régime de forfait en jours, entraîne également une violation de l'article 4§2 pour ces travailleurs, puisqu'ils ne peuvent prétendre à des heures supplémentaires qui exigent une rémunération majorée. A cet égard, le Comité observe également que dans ses décisions concernant le régime des forfaits en jours, la Cour de cassation a, à de nombreuses reprises, fait référence à la rémunération des heures supplémentaires qui aurait pu être réclamée par le travailleur concerné.

Enfin, on notera que dans des arrêts récents (Soc., 10 novembre 2021, pourvois n° [20-17.507](#) et n° [20-13.855](#)), il était reproché à la cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale au regard respectivement «des articles L. 1233-61 et L. 1233-62 du code du travail, interprétés à la lumière de l'article 24 de la Charte sociale européenne» et «des articles L. 1233-61 et L. 1233-62 du code du travail, ensemble des articles 24 de la Charte sociale européenne, 6§1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ». Toutefois, la Cour de cassation n'a visé dans ces deux décisions que les articles L. 1233-61, L. 1233-62 et L. 1235-10 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012.

La chambre sociale n'a donc pas eu à se prononcer sur l'article 24 de la Charte.

Cependant, selon le professeur Mouly, l'article 24 de la Charte devrait nécessairement être appliqué par les juridictions internes à la lumière des décisions du CEDS, d'où l'intérêt au demeurant de l'invoquer alors même que ses dispositions apportent des garanties équivalentes à celles de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT⁹⁶.

A l'inverse, selon le professeur Gardin, « la formulation des dispositions visées met l'accent sur ce que les États s'engagent à faire dans le cadre des politiques qu'ils mènent, de sorte que conclure que le droit à la protection en cas de licenciement est subordonné à des mesures législatives ou réglementaires internes apparaît pertinent. Il est également frappant de constater que dans l'article 24, les travailleurs ne sont pas les sujets des phrases énonçant le droit à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée. Dès lors, sous l'angle de la méthode comme du résultat, la décision [NdR : l'avis de la Cour de cassation] apparaît solidement fondée. (...) Tout laisse à penser que la Charte ne pourra pas remplir d'autre rôle que celui de source d'influence en étant invoquée à l'appui d'autres textes, comme ce fut le cas dans l'arrêt du 29 juin 2011 sur les forfaits jours (Cass. soc. 29-6-2011 n° 09-71.107 FS-PBRI : RJS 8-9/11 n° 696).»⁹⁷

Dans un autre article, elle précise que s'il n'existe pas de hiérarchie entre conventions internationales, leur influence ne saurait se valoir lors du délicat travail de conciliation des droits qu'elles consacrent : le droit de l'Union européenne (y compris la Charte des droits fondamentaux), la convention européenne des droits de l'Homme (et la jurisprudence de la CEDH) ainsi que, avec des objectifs différents, les conventions de l'OIT constituent une armature solide de normes fondamentales, tandis que la Charte sociale européenne vient consolider ces

⁹⁶ J. Mouly, « L'article 24 de la Charte sociale européenne sur le droit des salariés à ne pas être licencié sans motif valable est d'effet direct », Droit social 2014, p. 474

⁹⁷ A. Gardin, « Avis de la Cour de cassation sur le barème Macron : quelles suites ? », Feuille de Rapide Social Francis Lefebvre [17/19](#), paru le 26/07/19, n° 16, cité par le mémoire en intervention du Medef

normes, exerçant de ce fait une influence plus mesurée. L'arrêt du 29 juin 2011 sur les forfaits en jours paraît traduire cette gradation⁹⁸.

Article 24

La Charte initiale ne contenait pas de disposition relative à la protection contre le licenciement, l'article 24 étant issu de la Charte révisée.

Le rapport explicatif de la Charte sociale européenne révisée indique que « la disposition s'inspire de la Convention n° 158 de l'OIT (cessation de la relation de travail) de 1982. En ce qui concerne la nature de l'organe impartial mentionné dans le dernier paragraphe de l'article, il convient de se référer à l'article 8 de la convention de l'OIT ».⁹⁹

En partie I de la Charte, il est stipulé :

Les Parties reconnaissent comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits et principes suivants : [...]
24. Tous les travailleurs ont droit à une protection en cas de licenciement.
[...]

En partie II, il est stipulé :

Les Parties s'engagent à se considérer comme liées, ainsi que prévu à la partie III, par les obligations résultant des articles et des paragraphes ci-après. [...]
Article 24 – Droit à la protection en cas de licenciement
En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître:
a le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service;
*b le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à **une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.***
A cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial.

L'annexe à la Charte sociale européenne, qui en fait partie intégrante¹⁰⁰, précise :

⁹⁸ A. Gardin et P. Lhernoud, "Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le cœur et la raison", [RJS](#) mai 2019

⁹⁹ Série des traités européens - n° 163 [Rapport](#) explicatif de la Charte sociale européenne (révisée) - Strasbourg, 3.V.1996

¹⁰⁰ Partie VI - Article N de la Charte révisée : L'annexe à la présente Charte fait partie intégrante de celle-ci.

[...] Il est entendu que l'indemnité ou toute autre réparation appropriée en cas de licenciement sans motif valable doit être déterminée par la législation ou la réglementation nationales, par des conventions collectives ou de toute autre manière appropriée aux conditions nationales.

L'article G de la partie V précise :

Article G – Restrictions

1 Les droits et principes énoncés dans la partie I, lorsqu'ils seront effectivement mis en oeuvre, et l'exercice effectif de ces droits et principes, tel qu'il est prévu dans la partie II, ne pourront faire l'objet de restrictions ou limitations non spécifiées dans les parties I et II, à l'exception de celles prescrites par la loi et qui sont 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 moeurs.

2 Les restrictions apportées en vertu de la présente Charte aux droits et obligations reconnus dans celle-ci ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues.

Contentieux

La notion d'indemnité adéquate ou de réparation appropriée a été interprétée par le CEDS dans plusieurs décisions faisant suite à des réclamations collectives.

Dans le [digest](#) de jurisprudence du CEDS, qui présente l'interprétation qu'il a donné de chacune des dispositions de la Charte sociale européenne, il est indiqué¹⁰¹:

“Réparation appropriée

Droit de recours

Tout salarié qui s'estime victime d'un licenciement sans motif valable doit bénéficier d'un droit de recours devant un organe impartial. La charge de la preuve ne devrait pas reposer entièrement sur le plaignant, mais faire l'objet d'un aménagement approprié entre le salarié et l'employeur.

Réparation

Un salarié ayant fait l'objet d'un licenciement sans motif valable doit se voir accorder une indemnité adéquate ou une autre réparation appropriée. Un système de réparation est considéré comme approprié s'il prévoit :

- l'indemnisation de la perte financière encourue entre la date du licenciement et celle de la décision de l'organe de recours ;*
- la possibilité de réintégration du salarié ;*
- et/ou une indemnité d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et réparer le préjudice subi par la victime (Conclusions 2012, Turquie).*

Tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est interdit.

¹⁰¹ p. 206

En cas de plafonnement des indemnités accordées en compensation du préjudice matériel, la victime doit pouvoir demander réparation pour le préjudice moral subi par d'autres voies juridiques (par exemple, la législation antidiscriminatoire) et les juridictions compétentes pour accorder une indemnisation pour le préjudice matériel et moral subi doivent se prononcer dans un délai raisonnable. (Conclusions 2012, Slovénie ; Conclusions 2012, Finlande)."

L'[annexe](#) (extraits pertinents des décisions et conclusions du comité européen des droits sociaux) cite notamment¹⁰²:

1224. *Conclusions 2012, République Slovaque : « Le Comité rappelle qu'au regard de l'article 24 de la Charte révisée, les tribunaux ou autres instances compétentes doivent pouvoir accorder des indemnités suffisantes, ordonner la réintégration du salarié ou octroyer toute autre réparation appropriée. Pour être jugée suffisante, l'indemnisation doit comprendre le remboursement des pertes financières subies par le salarié entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours appelé à statuer sur la légalité du licenciement, la possibilité de réintégration et/ou des indemnités qui soient suffisamment dissuasives pour l'employeur et proportionnées au dommage subi par la victime.*

Le Comité relève dans le rapport que, conformément à l'article 77 du code du travail, un salarié peut contester devant les tribunaux la validité de son licenciement avec préavis dans les deux mois qui suivent la date à laquelle il a été mis fin à la relation de travail. L'article 79 du code du travail dispose que, si le licenciement d'un salarié – moyennant préavis, avec effet immédiat ou en période d'essai – est invalidé et si l'intéressé a informé l'employeur de son souhait de continuer à travailler pour lui, il ne peut être mis fin à la relation de travail, à moins que le tribunal n'estime que l'employeur ne peut raisonnablement être contraint de garder le salarié à son service. L'employeur a l'obligation de verser au salarié une compensation salariale égale à la rémunération moyenne qu'il percevait à la date où il a informé l'employeur de son souhait de continuer à travailler pour lui, et ce jusqu'à ce que l'employeur lui permette de continuer à travailler ou qu'un tribunal décide de mettre fin à la relation de travail.

L'employeur peut être contraint de verser une compensation salariale pendant douze mois si la décision du tribunal relative au caractère abusif du licenciement intervient après plus de douze mois. Si elle est rendue plus tôt, la compensation salariale se limite à cette période plus courte. L'indemnisation vise à compenser la rupture abusive des relations professionnelles.

L'employeur peut verser une compensation salariale pour une période supérieure à douze mois, mais les dispositions de l'article 79§2 du code du travail lui permettent également de saisir le tribunal pour obtenir une réduction proportionnelle de l'indemnité ou un rejet de la demande d'indemnisation.

Le Comité rappelle à ce sujet que les salariés licenciés sans motif valable doivent se voir accorder une indemnisation ou toute autre réparation appropriée. L'indemnisation est réputée appropriée si elle inclut le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours. Par conséquent, le Comité estime que le montant maximum compensatoire

¹⁰² p.278

de 12 mois en cas de licenciement illégal est inadéquat et la situation est contraire à la Charte.

1228. *Conclusions 2012, Slovénie :* « Dans sa précédente conclusion, le Comité a demandé si l'indemnité compensatoire versée en cas de licenciement abusif était plafonnée. Il relève à cet égard qu'en 2007, l'article 118 de la loi sur les relations de travail a été modifié, de sorte que désormais, les juridictions compétentes ne doivent plus se référer aux dispositions générales du droit civil pour établir le montant limite de l'indemnité, mais se fonder sur un cas concret. Si le juge établit que le licenciement imposé par l'employeur est illégal, et si le travailleur ne souhaite pas poursuivre la relation de travail, il peut, conformément à l'article 118 de la loi relative aux relations de travail, sur proposition du travailleur, déterminer la durée de la relation de travail (pouvant aller au maximum jusqu'à la décision du tribunal de première instance), reconnaître au travailleur des droits liés à sa période d'emploi, ainsi que d'autres droits découlant de la relation de travail, et lui accorder une indemnité appropriée, d'un montant maximum correspondant à 18 mois de salaire, sur la base des salaires versés au cours des trois derniers mois qui ont précédé la résiliation du contrat de travail. A cet égard, le Comité rappelle que les indemnités doivent être proportionnées au dommage subi par la victime et suffisamment dissuasives pour les employeurs. Tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est interdit. En cas de plafonnement des indemnités accordées en compensation du préjudice matériel, la victime doit pouvoir demander réparation pour le préjudice moral subi par d'autres voies juridiques (par exemple, la législation antidiscriminatoire) et les juridictions compétentes pour accorder une indemnisation pour le préjudice matériel et moral subi doivent se prononcer dans un délai raisonnable. Le Comité demande si des dommages-intérêts au titre du préjudice moral peuvent être réclamés par d'autres voies juridiques.

Le CEDS a été saisi depuis de plusieurs réclamations concernant l'article 24 de la Charte révisée.

- Finlande

A l'occasion d'une réclamation [n° 106/2014](#) portant sur l'article 24, selon laquelle l'organisation réclamante alléguait que, en cas de licenciement illégal, la loi ne prévoyait pas de possibilité de réintégration et imposait que l'indemnité de licenciement soit plafonnée, en violation de la disposition susmentionnée, le CEDS a apporté des précisions sur la notion de réparation appropriée, dans une [décision](#) du 8 septembre 2016. Après avoir rappelé à quelles conditions des mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés, il a relevé :

i) Indemnisation suffisante

47. En ce qui concerne l'allégation selon laquelle la Finlande est en violation de l'article 24 de la Charte au motif que la loi relative aux contrats de travail prévoit un plafonnement de l'indemnisation pouvant être accordée en cas de licenciement abusif, le Comité rappelle avoir constaté, dans ses Conclusions 2008, que la

situation de la Finlande n'était pas conforme à cette disposition de la Charte au motif que l'indemnisation accordée en cas de licenciement abusif était plafonnée à 24 mois de salaire. Toutefois, dans ses conclusions suivantes (Conclusions 2012), il a noté que dans certains cas de licenciement abusif, une indemnisation pouvait également être accordée sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile, et a demandé des informations sur des cas dans lesquels un salarié avait pu obtenir une indemnisation pour licenciement abusif sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile.

Dans l'attente, il a jugé la situation conforme à l'article 24 de la Charte (Conclusions 2012, Finlande). La Finnish Society of Social Rights soutient que la loi relative à la responsabilité civile s'applique uniquement dans l'hypothèse où le salarié a subi des atteintes ou un préjudice grave.

48. Le Gouvernement affirme que les salariés peuvent, outre sur le fondement de la loi relative au contrat de travail, demander à être indemnisés sur le fondement de la loi sur la non-discrimination et de la loi relative à l'égalité entre les femmes et les hommes. Le Comité relève néanmoins que seules les personnes qui ont été licenciées pour des motifs discriminatoires peuvent demander réparation sur le fondement de ces textes législatifs. Si le licenciement abusif ne comporte pas d'élément discriminatoire, il n'est pas possible de demander réparation sur le fondement de ces lois.

49. Le Comité considère que dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'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.

50. Le Gouvernement souligne que les salariés victimes d'un licenciement abusif peuvent également demander réparation sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile.

51. Le Comité relève également que le Gouvernement n'a pas fourni, dans son mémoire sur le bien-fondé, d'exemples d'affaires dans lesquelles une indemnisation aurait été accordée pour licenciement abusif sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile. Dans son 11^e rapport présenté dans le cadre de la procédure des rapports, le Gouvernement cite un arrêt de la Cour d'appel d'Helsinki confirmant la décision d'un tribunal de district qui avait accordé dans une affaire de licenciement discriminatoire une indemnisation sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile, alors que la réparation avait également été demandée sur le fondement de la loi relative aux contrats de travail et au titre de la loi sur la non-discrimination. Le Comité note que cette affaire concernait un licenciement discriminatoire. Le Comité note que la loi relative à la responsabilité civile ne s'applique pas à toutes les situations de licenciement abusif, et peut n'être applicable que dans des situations particulières. Il relève notamment que la loi relative à la responsabilité civile ne s'applique pas, sauf disposition contraire, à la responsabilité contractuelle ou la responsabilité régie par une loi différente.

52. Le Comité estime que la loi relative à la responsabilité civile ne constitue pas une voie de droit alternative ouverte aux victimes de licenciement abusif ne présentant pas de lien avec la discrimination.

53. Le Comité considère que le plafonnement de l'indemnisation prévu 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.

54. En conséquence, le Comité dit qu'il y a violation de l'article 24.

ii) Réintégration

55. En ce qui concerne la seconde allégation, à savoir le fait que les juges n'ont pas la possibilité d'ordonner la réintégration, bien que l'article 24 de la Charte ne fasse pas expressément référence à la réintégration, il se réfère à une indemnisation ou à une autre réparation appropriée. Le Comité considère qu'une autre réparation appropriée doit inclure la réintégration comme l'un des modes de réparation dont les juridictions internes peuvent disposer (voir Conclusions 2003, Bulgarie). La possibilité d'octroyer ce moyen de réparation reconnaît l'importance de replacer un salarié dans une situation d'emploi non moins favorable que celle dont il/elle bénéficiait antérieurement. Il appartient aux juridictions internes de décider si la réintégration est appropriée dans le cas d'espèce. Le Comité rappelle avoir considéré de manière constante que la réintégration doit être prévue comme mode de réparation en vertu de nombreuses autres dispositions de la Charte telle qu'interprétée par le Comité, par exemple en vertu de l'article 1§2 ou de l'article 8§2.

56. Le Comité rappelle avoir, dans ses Conclusions 2012, jugé la situation non conforme à l'article 24 de la Charte au motif que la législation ne prévoyait pas la possibilité d'une réintégration en cas de licenciement abusif. La situation n'a pas changé à cet égard (Conclusions 2012, Finlande).

57. En ce qui concerne les arguments du Gouvernement selon lesquels la législation prévoit l'obligation de réengager des salariés licenciés pour motifs économiques, lorsque l'employeur fait appel à des salariés dans les neuf mois suivant la procédure, le Comité considère que cette obligation ne peut être considérée comme constituant un substitut à la réintégration dans la mesure où le champ d'application en est limité et son objet n'est pas la réintégration d'un salarié licencié de manière abusive.

58. En conséquence, le Comité dit qu'il y a violation de l'article 24 de la Charte.

Cette décision a donné lieu, lors de sa réunion du 14 juin 2017, à une résolution [CM/ResChS \(2017\)7](#) du Comité des Ministres, appelant "de ses vœux que la Finlande fasse état, lors de la présentation du prochain rapport relatif aux dispositions pertinentes de la Charte sociale européenne révisée, de tout nouvel élément dans la mise en œuvre de la Charte sociale européenne révisée."

Commentant la décision du CEDS concernant la Finlande, un auteur indique que « la décision du Comité européen des droits sociaux (CEDS) sur le barème finlandais

fait de la possibilité d'obtenir une indemnisation complémentaire sur le fondement de la responsabilité civile un élément décisif pour sauver le dispositif" (...) à lire la décision du CEDS sur la Finlande, le sort du barème pourrait dépendre en partie des voies complémentaires d'indemnisation laissées aux tribunaux »¹⁰³.

- *Italie*

Une réclamation [n° 158/2017](#) (Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italie) a été enregistrée le 6 octobre 2017. Le syndicat réclamant, la CGIL, allègue que le décret-loi n° 23/2015 concernant la protection applicable aux salariés du secteur privé en cas de licenciement illégal, prévoit un mécanisme de calcul d'indemnisation plafonnée non liée au préjudice réel subi par les travailleurs, en violation de l'article 24 de la Charte.

Dans une décision [publiée](#) le 11 février 2020, le CEDS a conclu à une violation de l'article 24 de la Charte.

Après avoir relevé que :

le grief tiré du caractère automatique du calcul du montant des indemnités, aux termes de l'article 3, paragraphe 1, du décret législatif n° 23/2015, n'est plus d'actualité, suite au constat d'inconstitutionnalité de cette clause, qui permet désormais au juge de tenir compte non seulement de l'ancienneté de service, mais aussi d'autres éléments (nombre de salariés, dimensions de l'entreprise, comportement et conditions des parties)", et que "les mécanismes de réparation actuellement prévus par les dispositions contestées varient en fonction de la typologie de licenciement et de la taille de l'entreprise (unité de production jusqu'à 15 salariés ou plus).

le CEDS note également que :

Si le salarié, recruté après le 7 mars 2015 avec un contrat à durée indéterminée dans le secteur privé, a fait l'objet d'un licenciement individuel illégal en raison de l'absence d'un motif valable, qu'il s'agisse d'un motif objectif (notamment, licenciement économique) ou subjectif (motif disciplinaire avec préavis), ou encore d'un licenciement sans juste cause (licenciement disciplinaire immédiat), le décret législatif n° 23/2015 (articles 3§1 et 9) prévoit une indemnité plafonnée à :

- *Six mensualités de référence pour les salariés de petites entreprises (moins de 16 salariés),*
- *24 ou 36 mensualités de référence dans le cas d'unités de production employant plus de 15 salariés, en fonction des dates de recrutement et de licenciement, avant ou après le 14 juillet 2018.*

¹⁰³ P. Lokiec, Semaine Sociale Lamy, N° 1950, 19 avril 2021, Le barème ou le préjudice amputé, précité

94. Si le caractère illégal du licenciement tient à des vices de forme (par exemple, si le motif du licenciement n'est pas indiqué) ou de procédure (par exemple, si le salarié n'a pas pu se défendre dans le cadre d'une procédure disciplinaire), les montants de l'indemnité sont réduits de la moitié pour les petites entreprises et plafonnés à 12 mensualités de référence pour les autres, conformément aux articles 4 et 9 du décret législatif n° 23/2015.

95. Enfin, en cas de licenciement collectif illégal car effectué en violation des procédures ou des critères de sélection, l'article 10 du décret législatif n° 23/2015 prévoit une indemnité plafonnée à 24 ou 36 mensualités dans le cas d'unités de production employant plus de 15 salariés, en fonction de la date de licenciement, avant ou après le 14 juillet 2018."

Après avoir ensuite notamment "rappelé que tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est en principe, contraire à la Charte. En cas de plafonnement des indemnités accordées en compensation du préjudice matériel, la victime doit pouvoir demander réparation pour le préjudice moral subi par d'autres voies de droit et les juridictions compétentes pour accorder une indemnisation pour le préjudice matériel et moral subi doivent se prononcer dans un délai raisonnable (Finnish Society of Social Rights c. Finlande, réclamation n° 106/2014, décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 8 septembre 2016, par. 46 ; Conclusions 2012, Slovénie et Finlande), le CEDS a conclu à une violation de l'article 24 au motif notamment 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.**"

=> Cette décision a donné lieu, lors de sa réunion du 11 mars 2020, à une résolution du Comité des ministres ([CM/ResChS\(2020\)2](#)), aux termes de laquelle les autorités italiennes ont été invitées "à faire état, dans leur prochain rapport relatif aux dispositions pertinentes de la Charte, de tout nouvel élément concernant leur mise en œuvre et notamment de toute mesure prise pour mettre la situation en conformité avec la Charte."

On peut lire dans le [rapport 2020](#) du CEDS que des juridictions italiennes ont tiré les enseignements de ces décisions :

* Tribunale Roma, ord. 24 février 2021 (question de constitutionnalité de l'article 9 du décret législatif n° 23/2015 en relation à l'article 3 Cost. (principe d'égalité) et à l'art. 117 Cost. (pour violation de l'art. 24 CSE) : l'indemnité dédommageant le licenciement illégitime dans les petites entreprises (entre 3 et 6 mois de salaire) est en violation de la Constitution italienne parce qu'elle est trop petite et n'est pas dissuasive envers les comportements illégitimes des employeurs, à la lumière de la décision du CEDS CGIL c. Italie du 11 février 2020.

* Tribunale Lecce, 19 juin 2020, n° 1402, (en matière de licenciement pour motif justifié objectif) : pour calculer l'indemnité dédommageant le licenciement illégitime il faut tenir compte pas seulement de l'ancienneté du salarié, mais aussi du comportement de l'employeur en ce qui concerne la possibilité de sauvegarder le poste de travail et la condition de chaque partie. Tous ces éléments doivent être évalués globalement afin d'établir une compensation ayant une fonction effectivement dissuasive, à la lumière de la décision du CEDS CGIL c. Italie du 11 février 2020."

La première de ces décisions a fait l'objet d'un commentaire du professeur Dalmaso¹⁰⁴ qui précise que le tribunal de Rome, à l'occasion de cette affaire, a renvoyé à la Cour constitutionnelle italienne la question de la conformité ou non du barème italien à la Constitution et, indirectement, au droit international du travail. Il rappelle

Dans une décision n° 194 du 8 novembre 2018 de la Cour constitutionnelle italienne, les juges italiens ont déclaré inconstitutionnel - pour violation du principe de ragionevolezza prévu à l'article 3 de la Constitution - le calcul du montant du licenciement illégitime prévu par l'article 3, alinéa 1er, du décret n° 23/2015, qui prévoyait « un montant égal à deux mensualités de la dernière rémunération de référence aux fins du calcul du montant TFR, par année de service ». La Cour a ici indiqué que, dans la limite des minima et maxima de l'indemnité revenant au salarié en cas de licenciement illégal, le juge devait tenir compte non seulement de l'ancienneté de service, mais aussi d'autres éléments comme le nombre de salariés, la dimension de l'entreprise, le comportement et les conditions des parties. Pour le dire autrement, la Cour a rejeté l'idée d'un barème simple et fixe uniquement fondé sur l'ancienneté, pour préférer l'instauration, comme en droit français, d'une « fourchette » d'indemnisation comprise entre un plancher et un plafond, dont le montant sera déterminé par le juge en fonction des circonstances de l'espèce.

Commentant la décision du CEDS, le professeur Dalmaso précise que la règle qu'il fixe concernant le calcul des indemnités de licenciement illégitime est la suivante :

Tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est, en principe, contraire à l'article

*24. Ce principe n'est pas forcément évident à comprendre et interpréter. Il semble que le Comité n'interdise pas, de manière absolue et définitive, tout plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou illégitime. Il subordonne cependant la validité de ce plafonnement à **deux conditions drastiques : les indemnités doivent conserver un rapport avec le préjudice subi et doivent rester dissuasives**. Concernant la première condition, si le CEDS n'a pas mentionné de droit à la réparation intégrale du préjudice subi, celui-ci doit cependant être réparé de manière satisfaisante pour le salarié. Celui-ci doit pouvoir demander des compléments éventuels d'indemnisation, notamment pour préjudice*

¹⁰⁴ [Droit social](#) 2021 p.523 "Un pas de plus dans la remise en cause du barème italien des indemnités de licenciement"

matériel et/ou moral. L'existence d'un plafond est cependant un indice fort de contradiction avec l'article 24 de la Charte. La deuxième condition semble la plus importante, et décisive pour évaluer les législations nationales. Les indemnités doivent être suffisamment dissuasives pour l'employeur. Le CEDS a ici donné la signification réelle des législations sur les licenciements : elles doivent viser à dissuader l'employeur de rompre le contrat, et faire que le licenciement ne soit qu'une solution motivée, et en dernier ressort. Le licenciement d'un salarié, quel que soit son motif personnel ou économique, doit donc être un choix de gestion extrema ratio. (...)

En reprenant assez fidèlement le raisonnement juridique du CEDS, le juge de Rome contraint ainsi la Cour constitutionnelle à se positionner sur les barèmes italiens, ce qu'elle avait rechigné à faire dans sa précédente jurisprudence du 8 novembre 2018. Il est bien entendu encore prématuré de déclarer ce barème contraire à la Constitution italienne, au moins dans sa totalité, mais, plus que jamais, l'idée d'un plafonnement des indemnités de licenciement est actuellement remise en cause en Italie, avec comme argumentation principale, le défaut de caractère dissuasif des sommes ainsi obtenues. Il va sans dire que ce débat italien ne devrait pas, idéalement, être sans influence dans les controverses françaises relatives aux barèmes des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse issus des ordonnances Macron ...

- France

Dans des conclusions 2016 concernant le rapport présenté par la France le 23 décembre 2015¹⁰⁵, il est indiqué : « Tout plafonnement des indemnités qui empêcherait celles-ci d'être suffisamment réparatrices et dissuasives est proscrit. Le Comité demande quel est le montant de l'indemnité qui peut être octroyée en cas de licenciement abusif et si elle est limitée.

Dans l'attente des informations demandées, le Comité ajourne sa conclusion. »

Le CEDS a depuis lors été saisi par des syndicats pour apprécier la conformité du dispositif français résultant de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 au regard de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée.

La première de ces réclamations ([160/2018](#) CGT-FO c. France) a été enregistrée le 12 mars 2018. Le CEDS a déclaré la réclamation [recevable](#) le 11 septembre 2018.

Trois autres réclamations portant sur la conformité de l'article L. 1235-3 du code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 à l'article 24 de la Charte en ce qui concerne les questions de l'indemnisation adéquate en cas de licenciement abusif, du droit à réintégration et du droit de recours effectif contre la mesure de licenciement ont été par la suite enregistrées¹⁰⁶.

¹⁰⁵ 2016/def/FRA/24/FR

¹⁰⁶ Réclamation n° [171/2018](#), Confédération générale du travail (CGT) c. France, enregistrée le 7 septembre 2018, déclarée [recevable](#) le 3 juillet 2019 ; réclamation n° [174/2019](#), Syndicat CGT YTO

La réclamation n° [171/2018](#) (CGT c. France) a été enregistrée le 7 septembre 2018. La CGT y allègue que le nouvel article L. 1235-3 du code du travail, ne permet pas de garantir que les salariés licenciés de manière injustifiée obtiennent une indemnité adéquate ou toute autre réparation appropriée et disposent d'un droit de recours effectif contre la mesure de licenciement.

La date à laquelle le comité statuera sur le bien-fondé des réclamations recevables n'est pas annoncée.

5.2.5 Le contrôle « in concreto »

1) Le contrôle de proportionnalité (et le risque d'un jugement en équité) ¹⁰⁷

La mise en balance de droits ou d'intérêts contraires est un mécanisme bien connu des juges en droit interne, à chaque fois que la loi instaure des prérogatives qui ne sont pas absolues. Ainsi, en matière de réparation du préjudice notamment, la Cour de cassation énonce que « la réparation fondée sur les dispositions de l'article 1382, devenu 1240, du code civil, devant être à la mesure du préjudice subi, ne peut être disproportionnée » (Com., 13 juin 2019, n° [18-10.688](#), publié).

Au-delà, l'évolution du droit positif a été marquée par la nécessité pour les juges de soumettre la loi nationale à l'épreuve des droits et libertés consacrés par divers textes internationaux, le principal d'entre eux étant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention).

Outre le contrôle de conventionnalité de la règle de droit elle-même, par lequel il est demandé au juge de dire une disposition légale directement contraire à un droit ou principe conventionnel et qui permet d'écarter la norme de droit interne en cas d'incompatibilité irréductible, un second type de contrôle de conventionnalité existe : celui de la conventionnalité de l'application de la règle de droit.

Pionnière en matière de contrôle de conventionnalité avec l'arrêt précité Jacques Vabre du 24 mai 1975, la Cour de cassation a mis en oeuvre, dès 2013, un contrôle

France c. France, enregistrée le 30 janvier 2019, déclarée [irrecevable](#) le 28 janvier 2020 ; réclamation n° [175/2019](#), Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse c. France, enregistrée le 31 janvier 2019, déclarée [recevable](#) le 28 janvier 2020.

¹⁰⁷ Les éléments qui suivent sont pour l'essentiel extraits du [Mémento](#) du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, déc. 2018, pp. 15-22, site internet de la Cour, et du [rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, Cour de cassation, 2020](#). Ils sont également empruntés à l'article rédigé par Agnès Martinel, revue justice actualités de l'ENM (RJA n° 24, Le contrôle de proportionnalité, décembre 2020, page 64 et s.)

de conventionnalité *in concreto* à l'image de celui exercé par la Cour européenne des droits de l'homme (1^{ère} Civ., 4 décembre 2013, [n° 12-26.066](#), Bull n° 3)¹⁰⁸.

Le contrôle de proportionnalité consiste à vérifier qu'une norme de droit interne, ou que l'application de cette même norme, ne conduisent pas à porter une atteinte disproportionnée à un droit, notamment un droit fondamental garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, au regard du but légitime poursuivi par cette règle.

La Cour EDH s'assure que les juges nationaux ont respecté les standards du contrôle qu'implique la Convention, notamment qu'ils ont exercé un contrôle de proportionnalité, cherchant à « mettre en balance les différents intérêts en présence », sur la base d'une « appréciation acceptable des faits pertinents » (CEDH, arrêt du 19 décembre 2017, Ogru et autres c. Turquie, n° 60087/10, 12461/11 et 48219/1). Le contrôle auquel elle se livre à son tour, n'excède pas en ce cas les limites d'une vérification de conformité de la méthode mise en œuvre :

*La jurisprudence de la Cour sur la marge d'appréciation reconnaît qu'en appliquant certaines dispositions de la Convention, comme les articles 8-11, il peut exister un éventail de solutions différentes mais légitimes qui pourraient toutes être compatibles avec la Convention selon le contexte. Cela peut être pertinent dans le cadre de l'évaluation de la proportionnalité des mesures restreignant l'exercice des droits ou des libertés en vertu de la Convention. **Lorsqu'un exercice de mise en balance a été entrepris au niveau national conformément aux critères énoncés dans la jurisprudence de la Cour, la Cour a généralement indiqué qu'elle ne substituerait pas sa propre évaluation à celle des tribunaux nationaux, sauf s'il existe des raisons sérieuses de le faire.***¹⁰⁹

A l'inverse, l'absence de mise en oeuvre du contrôle de proportionnalité par les juridictions nationales expose davantage la France à des condamnations par la Cour EDH et amoindrit d'autant sa marge d'appréciation nationale.

Le mémoire en intervention du Medef souligne que cette volonté d'échapper à une éventuellement condamnation de la Cour EDH a été très clairement indiquée par le président Chauvin¹¹⁰ pour expliquer la solution nouvelle dégagée en 2013 :

¹⁰⁸ Par cet arrêt, la première chambre civile a jugé que la nullité d'un mariage entre une femme et le père de son ex-mari, encourue en application de l'article 161 du code civil qui prohibe le mariage entre ascendant et descendants et alliés dans la même ligne, portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale, dès lors que l'union, célébrée sans opposition, avait duré plus de 20 ans. Elle a donc écarté l'application de l'article 161 du code civil.

¹⁰⁹ [Déclaration](#) de la Conférence de Haut Niveau réunie à Copenhague, les 12 et 13 avril 2018, à l'initiative de la présidence danoise du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (point 28 - c)

¹¹⁰ P. Chauvin, « Contrôle de proportionnalité : une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européennes », Gaz. Pal. 6 déc. 2016, n° 28, p. 10

C'est donc la Cour européenne des droits de l'Homme qui a directement conduit à l'introduction du contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation... Lorsque le droit fondamental en cause est garanti par la Convention européenne des droits de l'Homme, tout l'enjeu du contrôle de proportionnalité, pour les juridictions des États parties à la convention, est d'éviter le risque d'une condamnation par la cour de Strasbourg.

L'exercice du contrôle de proportionnalité par le juge national permet effectivement de mieux garantir le respect du principe de subsidiarité :

« Confier en amont le contrôle de proportionnalité au juge national pourrait contribuer à un utile rééquilibrage entre national, européen et international. Serait ainsi renforcée la légitimité de la CEDH en redonnant tout son sens au principe de subsidiarité (V. les affaires russes sur le SIDA ou les affaires françaises sur la gestation pour autrui). Pour les juridictions nationales, il ne s'agit pas seulement d'éviter des condamnations qui, dans bien des cas, paraissent inévitables, mais de leur redonner une partie de l'autorité qu'elles ont perdue au profit des instances européennes.

*Reste que les risques de débordement sont évidents. **La question centrale, celle qui commande toutes les autres, est donc une question de méthode** : selon quels modes de raisonnement réaliser la balance entre les droits et intérêts en présence, selon quels critères admettre que, dans des circonstances exceptionnelles, l'intérêt d'un individu peut justifier une exception à la règle générale, etc.*

***Dura lex, sed lex dit l'adage bien connu. Mais l'inflexibilité de la règle est-elle socialement supportable aujourd'hui ?** »¹¹¹*

La première chambre civile vérifie désormais que les juges du fond, lorsqu'ils sont saisis de moyens pris de l'inconventionnalité d'un texte de droit interne, mettent en oeuvre la jurisprudence européenne et examinent *in concreto* l'absence d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des intéressés (par ex. 1^{re} Civ., 5 octobre 2016, pourvoi n° [15-25.507](#), publié ; 1^{re} Civ., 12 septembre 2019, pourvoi n° [18-20.472](#), publié).

Dans ce même domaine de la vie privée, la chambre sociale lui a emboîté le pas, notamment au sujet de la licéité de la preuve produite par l'employeur dans une procédure prud'homale à l'appui de sa décision de licencier un salarié :

Sommaire : En application des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'illicéité d'un moyen de preuve, au regard des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données, n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté

¹¹¹ H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », D. 2016, p. 1376.

atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi
Soc., 25 novembre 2020, pourvoi n° [17-19.523](#), FP-PBRI

Le Conseil d'Etat a également consacré ce contrôle *in concreto* (CE, Ass., 31 mai 2016, n° [396848](#), [B] ; CE, 28 décembre 2017, n° [396571](#) ; CE, 24 janvier 2020, n° [437328](#), cités par le mémoire en défense) :

(...) la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en oeuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive.

Plusieurs critiques sont régulièrement formulées à l'encontre d'un tel contrôle *in concreto* lequel, selon certains¹¹², mettrait à mal le **principe de sécurité juridique**.

Un tel souci explique d'ailleurs que la Cour de cassation écarte, sauf dans quelques cas spécifiques, la possibilité de soumettre les règles de procédure civile à un contrôle de conventionnalité *in concreto*, lequel n'est pas compatible, en la matière, avec les impératifs de prévisibilité du droit et de sécurité juridique.

Mme Martinel, doyenne de la section procédure de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, explique à ce sujet :

Dans la Convention EDH, les droits en matière processuelle occupent une place particulière. Ces droits, que l'on peut regrouper sous le vocable « droits de procédure », sont soumis à un régime qui leur est propre et induisent un contrôle de proportionnalité spécifique selon des méthodes prenant en considération ces spécificités. (...)

Dans le corpus jurisprudentiel de la Cour européenne des droits de l'homme, ces droits de procédure sont pluriels et se divisent en trois volets : les garanties procédurales stricto sensu, qui regroupent l'égalité des armes, l'indépendance et l'impartialité du tribunal, la publicité, la célérité de la procédure, garanties qui ont été complétées par deux droits matériels, le droit d'accès à un tribunal, d'une part, et le droit à l'exécution des décisions de justice, d'autre part.

¹¹² On peut lire, par exemple : D. de Béchillon, Observations sur le contrôle de proportionnalité, JCP 2016, p. 29 ou F. Chénéde, Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ?, D. 2016, p. 796

La diversité de ces droits se traduit par une hétérogénéité des contrôles. Or, certains de ces droits de procédure n'induisent pas un contrôle de proportionnalité. Tel est le cas notamment du principe de l'égalité des armes¹¹³ et du droit à un tribunal impartial.

Notons, enfin, que les juges de Strasbourg ont également consacré le principe de confiance légitime et de sécurité juridique¹¹⁴, qui se traduit notamment par l'exigence de règles de droit lisibles et prévisibles. Ce principe, également affirmé par la Cour de justice de l'Union européenne, connaît une traduction très forte dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La deuxième chambre civile rappelle constamment que les règles de procédure civile doivent répondre à un triple impératif de lisibilité, intelligibilité et prévisibilité.¹¹⁵

Le Conseil constitutionnel, sans affirmer un principe constitutionnel de sécurité juridique, a toutefois tiré de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen un principe de garantie des droits qui, depuis la décision n° 2019-812 du 15 novembre 2019, est formulé de la façon suivante :

Il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. En particulier, il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus de situations nées sous l'empire de textes antérieurs.

Le principe de sécurité juridique, invoqué par le mémoire ampliatif, constitue un principe du droit de l'Union¹¹⁶ et relève des droits protégés par la Cour européenne des droits de l'homme au titre du droit à un procès équitable (CEDH, 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, requête n° 6833/74) :

¹¹³ Voir par exemple CEDH, Niderhöst-Huber c/ Suisse, 18 févr. 1997, n° 18990/91, Rec. 1997, 101, § 30, mais aussi CEDH, Reinhardt et Slimane Kaïd c/ France, 31 mars 1998, n° 21/1997/805/1008 et n° 22/1997/806/1009.

¹¹⁴ « *Quand la plus haute juridiction est à l'origine des décisions contradictoires qui ne reposent sur aucune raison valable, elle devient elle-même source d'insécurité juridique. Pareille situation est de nature à saper la confiance du public dans le système judiciaire et porte atteinte au principe de la sécurité juridique* » - CEDH, Beian c. Roumanie [n° 1], 6 déc. 2007, n° 30658/05, § 39, Rec. CEDH p. 2007, V [extraits] ; CEDH, S.C. Uzinexport S.A. c. Roumanie, 31 mars 2015, n° 43807/06, § 30.

¹¹⁵ A ce sujet, le président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation précise: « les règles de procédure n'instituent pas, par elles-mêmes, des droits subjectifs. Elles peuvent être regardées comme de règles du jeu qui valent et s'imposent à tous les plaideurs. Dès lors que seront assurés l'accès au juge et l'égalité des armes, l'examen de leur violation alléguée ne conduit nullement à mettre en balance deux droits subjectifs, mais, bien différemment, à mettre les parties en mesure de faire valoir leurs droits subjectifs respectifs. »

¹¹⁶ Ex. CJUE, arrêt du 22 avril 2008, C-408/04 P, Commission c / Salzgitter AG.

Le droit d'accès à un tribunal se trouve atteint lorsque sa réglementation cesse de servir les buts de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice et constitue une sorte de barrière qui empêche le justiciable de voir la substance de son litige tranchée par la juridiction compétente.

CEDH, 13 janvier 2011, Evaggelou c. Grèce, Requête n° 44078/07 § 19

Dans une décision relative à l'incidence des divergences de jurisprudence sur la sécurité juridique¹¹⁷, la Cour EDH a rappelé que le principe de la sécurité juridique est implicite dans l'ensemble des articles de la Convention et constitue l'un des éléments fondamentaux de l'état de droit, qu'il « tend notamment à garantir une certaine stabilité des situations juridiques et à favoriser la confiance du public dans la justice et que toute persistance de divergences de jurisprudence risque d'engendrer un état d'incertitude juridique de nature à réduire la confiance du public dans le système judiciaire, alors même que cette confiance est l'une des composantes fondamentales de l'état de droit. » Elle considère que « la différence de traitement opérée entre deux litiges ne saurait s'entendre comme une divergence de jurisprudence si elle est justifiée par une différence dans les situations de fait en cause. »

Selon le professeur Gardin, un contrôle *in concreto* appliqué au barème des indemnités de licenciement, exposerait, compte tenu du large pouvoir d'appréciation nécessairement laissé aux juges du fond, à une grande variation des solutions, à l'opposé de la sécurité juridique recherchée par le législateur.¹¹⁸

Pour la chambre sociale, le contrôle juridictionnel constitue toutefois une garantie de sécurité juridique pour le justiciable, comme l'illustre l'arrêt retenant que les dispositions de l'article L. 7321-2 du code du travail ne sont pas contraires à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme :

Ne constitue pas une atteinte à la sécurité juridique le fait que les juridictions apprécient dans chaque cas l'importance, prépondérante ou non, de l'activité consacrée par un distributeur de produits au service du fournisseur.

Soc., 5 décembre 2012, n° 11-21.278, publié

Le mémoire ampliatif ajoute(p.16) qu'en se fondant, sur une analyse subjective et non plus objective de la norme en fonction des circonstances de chaque espèce, le contrôle *in concreto* finit par nier ce qui fait, en France, l'essence même de la loi, expression de la souveraineté nationale, incarnée dans le Parlement, dont la production normative est l'expression de la volonté générale, et qui, étant la même pour tous, doit partout s'appliquer de la même façon, alors que le contrôle *in concreto* introduit « une application sélective de la loi, réalisée en fonction de la situation particulière d'une personne ou d'un groupe de personnes : à certains, en

¹¹⁷ CEDH (grande chambre), 29 novembre 2016, affaire paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie, requête n° [76943/11](#), point 116

¹¹⁸ A. Gardin, article précité

fonction de certains faits particuliers, on ne l'applique pas ; à d'autres, en fonction d'autres circonstances, on continue de l'appliquer. »

Il en conclut que « Le juge doit, conformément à ce que lui prescrit l'article 12 du code de procédure civile, trancher le litige conformément aux règles de droit applicable ; il ne peut, en fonction des circonstances de chaque espèce et sauf à porter atteinte à plusieurs principes constitutionnels, décider que dans une situation donnée, et alors qu'aucun droit fondamental n'est en cause, il serait préférable de ne pas l'appliquer. Une telle attitude serait directement contraire à son office. »

Pour certains auteurs, la menace à laquelle un tel contrôle expose serait une remise en cause du **principe d'égalité** :

La plupart des juridictions appliquent le barème, le plus souvent parce que l'indemnité réparant le préjudice se situe dans la fourchette fixée par la loi, également par respect des textes dont la légalité n'a été désavouée, ni par le Conseil constitutionnel, ni par le Conseil d'État, ni par la Cour de cassation. Les salariés auxquels il est fait application du barème sont alors égaux devant la loi. L'égalité est en revanche défaite quand l'équité prend le dessus et que l'indemnisation du préjudice est différente selon que la juridiction appelée à se prononcer s'estime ou non tenue par le dispositif légal.¹¹⁹

A ce sujet, le professeur Mouly souligne que, dans le cadre de la décision précitée, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur une conception restrictive du principe d'égalité, alors que les juridictions européennes en retiennent une conception beaucoup plus large, impliquant non seulement que la loi ne traite pas différemment des personnes dont la situation est identique ou comparable mais également qu'elle ne traite pas de la même façon des personnes qui sont dans des situations différentes :

Cette solution a été notamment consacrée par la CEDH dans son célèbre arrêt Thlimmenos c/ Grèce. Or c'est pourtant ce à quoi peut conduire le barème légal car, comme l'observe le conseil des prud'hommes de Troyes dans son jugement, « en introduisant un barème limitatif des indemnités prud'homales, l'article L. 1235-3 du code du travail ne permet pas d'apprécier les situations individuelles des salariés injustement licenciés dans leur globalité et de réparer de manière juste le préjudice qu'ils ont subi ». Ainsi le salarié de 55 ans qui est licencié avec dix ans d'ancienneté aura droit à une indemnité plafonnée de la même manière que celui de 35 ans ayant la même ancienneté, alors qu'il éprouvera des difficultés beaucoup plus grandes à retrouver un emploi et que son préjudice sera donc plus élevé. Quant à la modulation permise par le barème, il ne s'agira, en l'occurrence, que d'une modulation à la baisse pour le second qui ne permettra pas forcément d'accorder la juste indemnité due au premier. Il y a là un argument qui pourrait parfaitement être

¹¹⁹ G. Loiseau - F. Sauvage, Barème d'indemnités : en revenir au droit - [BJT mai 2021](#)- n° 05 - page 12, précité

entendu par la Cour de Strasbourg, notamment sur le fondement de l'article 1er § 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14, même si, en matière sociale, elle laisse une large marge d'appréciation aux États. Pratiquant le dialogue des juges, la CEDH pourrait d'ailleurs se laisser influencer par la position de la Cour constitutionnelle italienne qui, dans une décision du 26 septembre 2018, a déclaré non conforme à la Constitution de cet État un barème d'indemnisation du licenciement injustifié qui ne permettait pas, lui non plus, plus d'adapter la réparation aux situations individuelles et obligeait le juge à traiter identiquement des salariés pourtant placés dans des situations différentes.¹²⁰

Enfin, selon le professeur Radé, l'admission d'un contrôle *in concreto* anéantirait la recherche d'une égalité de traitement entre les salariés et les entreprises, en ruinant toute norme générale applicable, et, même s'il vise à garantir l'effectivité d'un droit fondamental, le contrôle concret de proportionnalité constitue une menace pour l'unité de l'application du droit en l'absence de juridiction internationale à même d'en préciser les contours car ces questions, mêlées de droit et de fait, n'autorisent au mieux qu'un contrôle restreint par la Cour de cassation :

La généralisation du contrôle concret conduirait inmanquablement à un éparpillement des décisions de justice, les juges du fond étant livrés à eux-mêmes dans l'interprétation d'une notion floue, ce qui créerait une insécurité juridique et financière problématique pour les entreprises. Certes, cette insécurité ne serait pas pire qu'avant la réforme de 2017, mais c'est précisément pour y mettre un terme que l'ordonnance n° 1387-2017, ratifiée par le Parlement et certifiée par le Conseil constitutionnel, a souhaité mettre en place le barème dans tous les cas, pour tous les salariés et toutes les entreprises. Et quoi que l'on puisse penser de cette limitation (qui cède, rappelons-le, dans les hypothèses les plus scandaleuses), c'est dans le cadre d'un processus parfaitement démocratique qu'elle a été adoptée et qu'elle inscrit l'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse dans un régime d'indemnisation plus large visant à assurer au salarié une réparation... appropriée. »¹²¹

Cet argument est repris par le mémoire du Medef (p.17), qui fait valoir que la distinction opérée par le régime français entre le traitement réservé aux licenciements « simplement » dépourvus de cause réelle et sérieuse, et les licenciements « nuls » pour lesquels la réparation intégrale des préjudices est garantie aux salariés permet d'affirmer que la protection effective des droits fondamentaux des salariés est bien assurée par le code du travail au travers de l'article L. 1235-3-1, ce qui rend totalement indue la mise à l'écart de l'article L. 1235-3 applicable, par hypothèse, en l'absence d'atteinte aux droits fondamentaux.

¹²⁰ La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ? – Jean Mouly – [Droit social](#) 2019. 122

¹²¹ Christophe Radé, « Controverse : Prendre l'exigence de réparation adéquate au sérieux ? », RDT 2019, p. 677, cité par le mémoire du Medef

2) Le champ d'application du contrôle *in concreto*

- Au regard de la norme invoquée :

Selon le mémoire ampliatif (p.12-13), le contrôle *in concreto* ne s'applique que dans le champ de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme :

*Mais en dehors du champ de la Convention européenne de sauvegarde, le contrôle de conventionnalité n'est rien d'autre qu'un contrôle normatif, s'inspirant des méthodes classiques du contrôle de la légalité : il s'agit de vérifier le respect par une norme, de droit interne, d'une autre norme, cette fois de droit international, qui lui est supérieure, en vérifiant qu'elle est bien compatible avec celle-ci et ce, sans faire appel à un quelconque principe de proportionnalité dans cette appréciation et donc sans faire appel à la situation de fait qui est à l'origine du litige. C'est un contrôle strictement objectif. De fait, dès lors qu'une convention internationale ne prévoit pas elle-même la possibilité d'une atteinte aux droits qu'elle consacre en la conditionnant au respect d'un principe de proportionnalité, il n'y a aucune raison de lui appliquer un contrôle qui n'a été inventé que pour la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et uniquement parce que celle-ci l'exigeait. (...) il n'existe pas d'exemple, dans la jurisprudence française en tout cas, d'un texte qui aurait été écarté sur la base d'un contrôle *in concreto* dans une hypothèse autre que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.*

De la même façon, le mémoire en intervention du MEDEF (cf p. 13 et s.) énonce :

*C'est bien le recours à cette méthode [du contrôle *in concreto*], s'agissant de la mise en oeuvre de la convention n° 158 de l'OIT, qui doit être combattu avec la plus grande fermeté." (...) L'examen de cette jurisprudence montre tout d'abord que ce contrôle ne concerne que les droits garantis par la convention européenne des droits de l'homme, jusqu'aux derniers arrêts rendus en 2020 (Civ. 1, 2 déc. 2020, n° 19-20.279, publié) et 2021 (Crim., 22 sept. 2021, n° 20-80.489 et 20-85.434, publiés).*

Cette analyse est celle de l'ancien membre du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, M. Dutheillet de Lamothe, selon lequel l'extension du contrôle *in concreto* de la conventionnalité des normes aux conventions OIT est discutable. Commentant trois arrêts de cour d'appel relatifs au barème¹²², il considère que :

(...) Ces trois arrêts de cour d'appel reposent sur un triple malentendu :
*- le contrôle *in concreto* ne s'exerce que vis-à-vis de la Convention européenne des droits de l'Homme ;*
*- il paraît très difficile d'étendre le contrôle *in concreto* aux conventions de l'OIT ;*

¹²² O. Dutheillet de Lamothe, Les cours d'appel et le contrôle *in concreto* : un grand malentendu, [BJT janv. 2020](#), n° 112p0, p. 53, cité par le mémoire du Medef

- le contrôle *in concreto* ne peut jouer qu'à titre exceptionnel.

3. Le contrôle *in concreto* ne semble s'exercer que vis-à-vis des droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'Homme.

Tous les arrêts rendus jusqu'ici tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'État en matière de contrôle *in concreto* l'ont été par rapport aux stipulations de la CEDH.

Deux raisons expliquent cette situation :

- la Cour de cassation, qui est à l'origine de cette jurisprudence, l'a adoptée uniquement pour prévenir d'éventuelles condamnations par la CEDH (...)
- la seconde raison est que la Convention européenne des droits de l'Homme est celle qui garantit de la façon la plus large et complète les droits fondamentaux.
On notera à cet égard que le droit à indemnité en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est pas un droit fondamental garanti par la Convention :
 - il n'est pas garanti dans le cadre de l'article 6 relatif au procès équitable ;
 - il ne paraît pas non plus garanti dans le cas du protocole numéro 1, qui ne protège que des créances acquises.

4. L'extension du contrôle *in concreto* aux conventions de l'OIT, si elle est théoriquement possible, paraît difficile à envisager. (...)

Le droit à indemnité, tel qu'il est formulé par la Convention de l'OIT n'est pas un droit fondamental : le droit à une indemnité « adéquate » ou « appropriée » laisse, comme l'a souligné la Cour de cassation dans son avis, une large marge d'appréciation aux États signataires. Il s'agit en réalité d'une formule très souvent utilisée pour permettre à des États de niveau économique très différent de pouvoir signer une convention. Mais il est clair que des formules de ce type sont dépourvues de portée normative.

5. Le contrôle *in concreto* ne peut jouer qu'à titre exceptionnel (...)

Pourquoi faut-il conserver un caractère exceptionnel à cette jurisprudence ?

Parce qu'elle heurte de plein fouet plusieurs principes fondamentaux de notre droit :

- cette jurisprudence, fondée sur la subjectivité du juge, n'est rien d'autre que l'introduction dans notre droit du concept d'« equity », concept de droit anglais qui permettait aux juridictions royales, au Moyen Âge, de juger non conformément à la common law mais en équité. Comme l'a souligné Denys de Béchillon, il existe « un risque – objectif – si l'on n'y prend garde, de voir l'invocation du principe de proportionnalité se commuer en investiture que le juge se donnerait à lui-même pour juger en équité ». Or le principe d'équité, étranger à notre droit, est un principe incompatible avec celui d'une responsabilité pour faute auquel le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle : « en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».¹²³

- en deuxième lieu, cette jurisprudence est contraire à la sécurité juridique et à l'égalité devant la loi : en jugeant en équité, en fonction des circonstances

¹²³ Voir également : B. Louvel, « Séminaire juridique franco-israélien sur le principe de proportionnalité » (discours), 9 nov. 2016, cité par Revue de justice Actualités n° 24- Le contrôle de proportionnalité : « l'idée que l'application d'une loi, censée représenter la volonté générale, puisse être subordonnée à un impératif supérieur d'équilibre entre les intérêts publics et privés en jeu dans un litige, évoque un jugement fondé sur l'équité qui est perçue par beaucoup comme une sorte de résurgence d'un droit naturel supra législatif confié à la sauvegarde du juge. »

particulières à chaque espèce, indépendamment de la loi. La Cour de cassation crée un risque important d'insécurité juridique et d'inégalité devant la loi.(...)

De la même façon, selon le professeur Gardin¹²⁴ :

La Convention 158 de l'OIT n'est pas la Convention EDH, (...) les droits sociaux proclamés par l'une ne sont pas les droits civils et politiques reconnus par l'autre et (...) les structures des stipulations qui leur sont consacrées sont difficilement comparables. Si un contrôle de conventionnalité in concreto a été admis pour certains articles de la Convention EDH, c'est pour mieux cadrer les ingérences étatiques par ailleurs autorisées par les stipulations concernées en raison d'une réserve explicite ou implicite liée à l'ordre public.

Le mémoire du Medef (p. 15) ajoute que le contrôle *in concreto* de la proportionnalité des atteintes aux droits fondamentaux réalisé par certains arrêts de la Cour de cassation depuis 2013 n'a concerné que l'application de certaines dispositions de la convention européenne des droits de l'homme et jamais aucune convention de l'OIT.

Il cite à cet égard les arrêts de la chambre sociale qui auraient rejeté la possibilité de basculer sur un contrôle *in concreto*, dans des litiges relatifs au contentieux du paiement des frais d'expertise¹²⁵ et au temps partiel modulé¹²⁶ en faisant valoir que, dans cette dernière affaire, la chambre a rejeté l'argument selon lequel « *même lorsqu'une disposition légale ou un principe ne méconnaît pas de manière générale et in abstracto la Convention européenne des droits de l'homme, il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, la mise en oeuvre de cette disposition ne porte pas aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi, auquel cas il lui appartient de neutraliser l'application de la disposition litigieuse dans le litige particulier qu'il a à trancher* ».

L'explication se trouve, selon lui, dans le fait qu'aucune juridiction internationale ne vient veiller au respect des conventions de l'OIT et qu'aucun mécanisme international de sanction, comparable aux condamnations infligées aux Etats qui ne respectent pas la convention EDH, n'existe. Et qu'outre ces aspects systémiques qui militent très fortement pour un cantonnement du contrôle *in concreto* aux seules dispositions de la convention EDH, il ne faut pas négliger les aspects matériels liés aux droits concernés.

(mémoire du Medef, p. 17).

¹²⁴ A. Gardin, Feuillet Rapide Social Francis Lefebvre [17/19](#), paru le 26/07/19, n° 16, précité

¹²⁵ Soc., 20 septembre 2018, n° [17-14.625](#), diffusé

¹²⁶ Soc., 23 janvier 2019, n° [17-19.393](#), publié

Ainsi, selon le professeur Gardin, tous les droits ne se prêtent pas à un contrôle de proportionnalité et particulièrement ceux relatifs à l'indemnisation du licenciement : « S'agissant d'un droit à réparation dont les contours ne sont ni définis, ni stabilisés du fait de la marge d'appréciation des États, on voit mal comment l'atteinte excessive pourrait être caractérisée »¹²⁷.

- Au regard du droit invoqué : la notion de droit fondamental

Commentant la décision attaquée par le présent pourvoi, certains auteurs considèrent qu'il est juridiquement discutable de tenir pour acquis que, lorsque le montant de préjudice subi par le salarié serait plus élevé, voire beaucoup plus élevé, que le maximum prévu par le barème, il est porté une atteinte disproportionnée aux droits du salarié :

*Le contrôle concret de conventionnalité a pour objet de permettre à une juridiction de vérifier que l'application d'une règle de droit interne ne conduit pas, au regard de circonstances particulières, à porter une atteinte disproportionnée **à un droit fondamental garanti par une convention internationale**. Il faut dès lors identifier le droit fondamental dont il est ici question.*¹²⁸

Il convient ici de souligner que, dans ses conclusions d'appel (cf prod. MA n° 3, p.14), pour solliciter une indemnité supérieure au montant fixé par le plafond du barème, la salariée invoquait le fait que celui-ci ne permettait pas « d'apprécier dans sa globalité sa situation individuelle et de réparer de manière juste le préjudice qu'elle a subi » mais n'invoquait pas une atteinte disproportionnée à un droit fondamental, garanti par une convention internationale.

Le mémoire en réplique de la CFDT (p. 3) rappelle qu'est « fondamental tout droit consacré par une norme supra-légale » et cite :

Les droits et libertés fondamentaux désignent donc tout simplement les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales. Ni plus ni moins. Donc tous les droits et libertés bénéficiant d'une protection constitutionnelle ou (et) internationale (ou européenne) sont des droits fondamentaux quel que soit leur degré de « fondamentalité ». (...) Toutes les libertés constitutionnelles ou internationales reconnues sont fondamentales. IL n'y a pas de distinction à faire selon que telle ou telle liberté serait plus fondamentale que d'autres dès lors que ces libertés sont protégées constitutionnellement ou internationalement.

L. Favoreu, Droit constitutionnel. Précis Dalloz 2019, p. 930

¹²⁷ Article précité

¹²⁸ G. Loiseau - F. Sauvage, Barème d'indemnités : en revenir au droit - [BJT mai 2021](#)- n° 05 - page 12

Il soutient que « dès lors que l'article 10 de la Convention n° 158 énonce que les juges « devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée », il en résulte l'existence, pour les travailleurs dont le licenciement est injustifié, d'un droit fondamental au versement d'une indemnité adéquate ou à une réparation considérée comme appropriée. Du reste, il est largement admis par la doctrine que l'on est en présence d'un droit fondamental. »

Selon le mémoire ampliatif (p. 14) le contrôle *in concreto* doit « rester cantonné à la seule hypothèse où il peut éventuellement se concevoir d'atteintes portées à un droit fondamental dont il faut alors mesurer le caractère légitime et proportionné au but recherché. » Il cite en exemple la décision précitée de la chambre sociale relative aux contrats nouvelles embauches¹²⁹, dans laquelle elle s'est livrée à « un strict contrôle *in abstracto* », sans référence aucune à la situation personnelle du salarié.

5.2.6 L'indemnisation du licenciement injustifié

1) Le principe de la réparation intégrale

Pour le professeur Brun, « le principe de réparation intégrale est au droit de la responsabilité civile ce que le principe de la force obligatoire de l'article 1134 du code civil est au droit des contrats : un symbole autant qu'une norme opératoire » mais s'il « fait figure d'objectif qu'on doit s'efforcer d'approcher mais sans toujours pouvoir l'atteindre », il ne doit pas être ravalé au rang de simple vœu pieu. Il faut en déduire la nécessité de réparer « tout le préjudice » mais aussi celle de s'en tenir au seul préjudice : autrement dit, « rien que le préjudice ». C'est pour lui « avant tout une exigence de complétude de la réparation » qui « suppose de procéder à une évaluation au plus près de la réalité du préjudice, et donc de bannir toute évaluation forfaitaire ». Il souligne que « sur ce point, le débat fait rage en matière de réparation du dommage corporel, où les initiatives tendant à mettre en place une certaine normalisation des indemnités, et notamment des référentiels, sont aussitôt dénoncées comme autant de remises en cause du principe de réparation intégrale ». Ce principe induit aussi « l'interdiction d'accorder une réparation qui irait au-delà du strict quantum du dommage » et explique « l'hostilité traditionnelle du droit français à l'égard des dommages-intérêts punitifs »¹³⁰.

La Cour de cassation juge que « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit (2^e Civ., 23 novembre 1966, Bull., [n° 916](#)). Cette règle a été précisée

¹²⁹ Soc., 1er juillet 2008, pourvoi n° [07-44.124](#), publié,

¹³⁰ Répertoire de droit civil, Responsabilité du fait personnel, Philippe Brun, n° 156 à 159

par l'affirmation du principe selon lequel « les dommages-intérêts alloués à la victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit » (2^e Civ., 8 juillet 2004, n° [02-14.854](#), Bull., n° 393). Ce principe est donc double : il impose de réparer tout le préjudice mais oblige en même temps à s'en tenir à ce seul préjudice.

Cette règle correspond au principe affirmé, en matière de réparation de préjudice corporel, par la résolution n° 75 du Conseil de l'Europe selon laquelle « la personne qui a subi un préjudice a droit à la réparation de celui-ci, en ce sens qu'elle 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 ».

D'origine prétorienne en matière de responsabilité délictuelle, la règle trouve son fondement, en matière contractuelle, dans l'article 1231-2 du code civil (qui reprend les termes de l'ancien article 1149 du même code) : « Les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après », sous réserve notamment du caractère prévisible du dommage et des clauses limitatives de responsabilité.

Pour le professeur Bacache-Gibeili, « le principe de la responsabilité intégrale signifie simplement que le critère exclusif de la détermination de la créance de réparation réside dans l'étendue du dommage subi par la victime. Tout autre critère est inopérant (gravité de la faute, étendue des profits, faculté contributive) ». ¹³¹

Les professeurs Viney et Jourdain¹³² soulignent « la place éminente » qu'occupe dans le droit de la responsabilité civile français, comme d'ailleurs dans la plupart des pays étrangers, le principe de la réparation intégrale qu'ils préfèrent désigner comme celui de « l'équivalence entre dommage et réparation ». Ils en proposent toutefois une analyse critique : tout en soulignant que cette « règle présente un certain nombre d'avantages qui sont incontestables et de première importance », il leur semble nécessaire d'en limiter l'application aux seuls préjudices économiques et, même dans ce domaine, de la corriger pour tenir compte d'autres impératifs que celui de l'indemnisation.

Comme cela a déjà été indiqué, si le Conseil a déduit de l'article 4 de la Déclaration de 1789, une « exigence constitutionnelle de responsabilité »¹³³, il retient que le législateur peut apporter des dérogations ou atténuation à cette règle comme l'illustre notamment la décision rendue à la suite d'une QPC relative à la loi dite « anti-Perruche » :

¹³¹ Traité de droit civil, T. 5, M. Bacache-Gibeili, Les obligations, 3^e éd., n° 597

¹³² Les effets de la responsabilité, G. Viney et P. Jourdain, LGDJ, 3^e éd. n° 57 et 58

¹³³ Cons. Const. n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, loi relative au pacte civil de solidarité

11. Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle ; que, toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ; qu'il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ;

(...)

« Considérant que, dans ces conditions, la limitation du préjudice indemnisable décidée par le législateur ne revêt pas un caractère disproportionné au regard des buts poursuivis ; qu'elle n'est contraire ni au principe de responsabilité, ni au principe d'égalité, ni à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ».

Cons. Const., 11 juin 2010, QPC [n° 2010-2](#)

Le commentaire joint à cette décision précise :

Il résulte de cette jurisprudence sur le principe de responsabilité qu'il n'existe pas de principe constitutionnel de réparation intégrale de tout préjudice.

Le principe de la réparation intégrale est un principe général du droit de la réparation. Dès lors que la chaîne de la responsabilité est établie (faute, lien de causalité, dommage), le responsable est tenu de réparer l'intégralité des dommages causés. Le principe de la réparation intégrale constitue ainsi un principe général du droit civil et la Cour de cassation statue régulièrement au visa de ce principe qui prohibe la fixation des dommages-intérêts ne résultant pas exclusivement de l'appréciation concrète du dommage subi. Pour le Conseil d'État, il existe également une obligation de réparation intégrale.

Cette obligation interdit, sauf régimes spéciaux prévus par la loi, la fixation de dommages-intérêts forfaitaires, l'allocation de dommages-intérêts majorés par rapport au dommage subi en raison de la gravité de la faute (interdiction des dommages punitifs) et la réparation partielle. Ainsi, le juge ne peut décider de n'allouer à la victime qu'une réparation partielle au motif qu'un autre co-responsable paraît « plus responsable » ou que l'ampleur du dommage n'était pas prévisible.

Principe général du droit, ce principe ne revêt aux termes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'une valeur législative. Les dérogations sont nombreuses et le Conseil pourrait prochainement être appelé à connaître de certaines d'entre elles. En l'état, la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne reconnaît pas de principe constitutionnel de la réparation intégrale.

Le Conseil a même admis que, dans certains cas, la réparation soit forfaitaire lorsqu'elle est fondée sur la solidarité nationale : ce fut le cas pour les rapatriés des Nouvelles-Hébrides et pour les détenteurs d'emprunts russes.

Enfin, lorsque la loi fixe elle-même l'indemnisation, le Conseil constitutionnel vérifie si celle-ci n'est pas manifestement entachée d'erreur d'appréciation. Ce fut le cas pour la suppression de la profession de syndic -administrateur judiciaire, celle des courtiers interprètes et conducteurs de navires, la dissolution de sociétés

coopératives de main-d'œuvre, la cessation anticipée de la diffusion analogique des chaînes de télévision.

Les requérants invoquaient des décisions du Conseil constitutionnel imposant une réparation intégrale. Toutefois, ces décisions ne sont pas fondées sur le principe général de responsabilité qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 mais, d'une part, sur l'article 13, en matière d'égalité devant les charges publiques et, d'autre part, sur la protection du droit de propriété et, en particulier, sur l'exigence d'une juste indemnité prévue par l'article 17 de la Déclaration de 1789. Il en est ainsi :

- en matière d'expropriation où « pour être juste, l'indemnisation doit couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation » et n'être « ni excessive ni insuffisante » ;*
- quand le préjudice « indemnisable » procède d'une charge anormale supportée par quelques personnes : servitude particulière ou réquisition immobilière.*

Selon les professeurs Viney et Jourdain, le principe de la réparation intégrale n'est pas reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle raisonne en termes de « satisfaction équitable »¹³⁴, et n'appartient pas non plus à l'ordre public qu'il soit interne ou international¹³⁵.

Des limites ont effectivement été apportées, ponctuellement, par le législateur au principe de la réparation intégrale par l'instauration de plafonds légaux d'indemnisation, en raison de l'importance des dommages envisageables (par exemple, pour ce qui concerne la responsabilité de l'exploitant d'un réacteur nucléaire) ou pour favoriser certaines activités d'intérêt général mais risquées (comme les transports maritimes ou aériens). De tels plafonds ont aussi été instaurés en contrepartie du caractère automatique de la réparation (article 1953 du code civil : responsabilité de l'hôtelier pour les objets reçus en dépôt) et la limitation peut aussi prendre la forme d'une franchise comme en matière de responsabilité des produits défectueux (article 1245-1 du code civil et décret n° 2005-113 du 11 février 2005, fixant cette franchise à 500 euros)¹³⁶.

L'illustration la plus marquante, et l'une des plus critiquées, se trouve dans le régime d'indemnisation des accidents du travail résultant des articles L. 451-1 et suivants du code de la sécurité sociale : celle-ci est assurée par un système de sécurité sociale, et non pas de la responsabilité civile, prévoyant une indemnisation, déconnectée de la recherche d'une faute mais forfaitaire et limitée, du dommage pris en charge par l'assurance maladie, au moyen de cotisations réglées par les employeurs. Une indemnisation complémentaire peut être obtenue en cas de faute

¹³⁴ Sur le rapport entre satisfaction équitable et réparation intégrale, on peut lire : Haro sur la motivation des arrêts de satisfaction équitable de la Cour EDH, JP. Marguénaud, RTD civ. 2013. 807

¹³⁵ Voir à ce sujet : Jurisclasseur civil, Art. 1370 à 1386, Fasc. 10, n° 67 et, par exemple : 1^{re} Civ., 15 décembre 1969, Bull. [n° 393](#)

¹³⁶ Voir les développements sur ce sujet dans l'ouvrage précité : Les effets de la responsabilité, G. Viney et P. Jourdain, LGDJ, 3^e éd. n° 306 et suivants

grave de l'employeur contre laquelle la victime retrouve alors le droit d'agir afin d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice.

Saisi par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a repris le considérant précité par lequel il avait, huit jours seulement auparavant, reconnu un principe constitutionnel de responsabilité sans reconnaître la même valeur au principe de la réparation intégrale. Il a ensuite retenu qu'en « l'absence de faute inexcusable de l'employeur, la réparation forfaitaire de la perte de salaire ou de l'incapacité, l'exclusion de certains préjudices et l'impossibilité, pour la victime ou ses ayants droit, d'agir contre l'employeur, n'instituent pas des restrictions disproportionnées par rapport aux objectifs d'intérêt général poursuivis » mais a émis une réserve en considérant que les dispositions légales ne pouvaient toutefois pas faire obstacle à ce que la victime puisse, en cas de faute grave de l'employeur, lui demander réparation de l'ensemble des dommages subis. (Cons. Const., décision n° [2010-8](#) QPC du 18 juin 2010).

La Cour de cassation a ensuite jugé que le seul fait que la victime d'un accident du travail ne puisse pas obtenir une réparation intégrale de son préjudice ne rendait pas ce dispositif contraire aux dispositions au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme :

Les dispositions des articles L. 451-1, L. 452-1 et L. 452-3 du code de la sécurité sociale, qui interdisent à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle imputable à la faute inexcusable de l'employeur, d'exercer contre celui-ci une action en réparation conformément au droit commun et prévoient une réparation spécifique des préjudices causés, n'engendrent pas une discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention, du seul fait que la victime ne peut obtenir une réparation intégrale de son préjudice.

2^e Civ., 11 juillet 2013, n° [12-15.402](#), Bull., n° 158

Dans un autre ordre d'idée, il convient d'observer que les dispositions légales instaurant un plancher d'indemnisation s'écartent, elles aussi, du principe de la réparation intégrale.

Il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation a érigé la réparation intégrale du préjudice en principe général dont elle contrôle le respect et au visa duquel elle rend régulièrement de nombreuses décisions (2^e Civ., 16 septembre 2021, n° [20-14.383](#), publié ; 1^{re} Civ., 22 mai 2019, n° [18-14.063](#), publié ; 3^e Civ., 14 décembre 2017, n° [16-24.170](#), Bull., n° 139 ; Soc., 14 septembre 2017, n° [16-11.563](#), Bull., n° 138).

Il est certain que l'étude d'ensemble, présentée à la Conférence internationale du travail de 1995, retient que la Convention n° 158 de l'OIT impose une telle réparation intégrale du préjudice subi par le salarié seulement lorsque le licenciement met en cause un droit fondamental¹³⁷. Elle confirme que cela passe, idéalement, par une réintégration. (§ 232, p. 293).

Un débat doctrinal a opposé les auteurs au sujet des exigences de la Convention n° 158 de l'OIT ou de la Charte sociale européenne au sujet de l'application du principe de la réparation intégrale à l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. On peut citer à ce sujet le professeur Loiseau qui souligne la distinction qu'il convient d'opérer entre réparation intégrale et réparation adéquate :

Il faut d'emblée prévenir à ce sujet une confusion qui serait faite entre l'indemnisation adéquate et la réparation intégrale du préjudice. Le législateur peut s'affranchir du principe de la réparation intégrale, ce que le Conseil constitutionnel a indiqué à plusieurs reprises. En revanche, il est tenu par les textes supranationaux en cause de prévoir en matière de licenciement sans motif valable une indemnité adéquate. Il suit de là que le législateur peut déroger au principe de la réparation intégrale à condition de préserver le caractère adéquat de l'indemnité. Cette exigence, qui est reprise dans le socle européen des droits sociaux (art. 7), signifie que l'indemnité doit être adaptée à son but, qui est ici d'assurer l'effectivité du droit à la protection du salarié en cas de licenciement injustifié. C'est ce qu'exprime, sans revenir sur la question de son effet direct, l'article 24 de la Charte sociale européenne : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les parties s'engagent à reconnaître (...) le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée ». L'indemnité adéquate n'est donc pas celle qui répare intégralement le préjudice causé par le licenciement injustifié mais celle qui permet à la sanction d'être de nature à assurer une protection juridictionnelle effective des droits du salarié.¹³⁸

Le professeur Mouly conteste totalement cette analyse, considérant en outre qu'il se déduit de la décision rendue par le Comité européen des droits sociaux le 8 septembre 2016 (Finnish Society of Social Rights c/ Finlande) que seule une réparation intégrale du préjudice causé par un licenciement injustifié peut être qualifiée d'adéquate¹³⁹.

2) Que réparent les indemnités de licenciement ?

¹³⁷ Cf. A. Gardin et J-P Lhernould, Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. RJS 5/19 p. 353

¹³⁸ G. Loiseau, Conventioanlité du barème : le débat est ouvert, JCP S 2018.1367

¹³⁹ La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ?, J. Mouly, Droit social 2019.122

Le professeur Quézel-Ambrunaz souligne que les termes du débat relatifs au barème des indemnités de licenciement sont biaisés en raison de la difficulté à définir un terme de comparaison permettant d'apprécier si l'indemnité est adéquate ou appropriée, « autrement dit, l'indemnité doit être adéquate, mais adéquate à quoi ? »

L'objet de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse est mal défini. La prise en compte du montant du salaire exclut qu'il s'agisse d'un chef de préjudice purement extrapatrimonial, et celle de l'ancienneté du salarié montre qu'il ne saurait être uniquement question de compenser un préjudice économique. Or il est indéniable que, pour apprécier si une indemnité joue son rôle de manière satisfaisante, encore faut-il savoir ce qu'elle doit indemniser. Or il n'est pas rare de constater que les juges soulignent que les sommes octroyées compensent un préjudice, sans s'expliquer sur les contours de ce préjudice. En d'autres termes, lorsque l'on se demande si l'indemnité est adéquate, non seulement on ignore ce à quoi elle doit être adéquate, mais on ignore à quoi correspond l'indemnité elle-même. (...) Paradoxalement, c'était précisément l'absence de cadrage de ces indemnités de licenciement qui a motivé l'élaboration d'un barème. Le cadre est désormais donné mais la sécurité économique promise aux employeurs est relative, car le cadre n'est que pécuniaire et non conceptuel, ce qui le fragilise et incite certains conseils de prud'hommes, et des cours d'appel, à le considérer comme facultatif ou indicatif, quand ce n'est pas à l'écarter purement et simplement. Mal conçu, le barème est donc impuissant tant à indiquer aux salariés l'étendue de leurs droits, qu'à harmoniser les indemnités sur le territoire ou à apporter une prévisibilité de leurs engagements aux employeurs. (...)¹⁴⁰.

Il importe de tenter de préciser ce que réparent les différentes indemnités de licenciement.

- l'indemnité légale de licenciement (article L. 1234-9 du code du travail)

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a abaissé de 12 à 8 mois le seuil d'ancienneté permettant de bénéficier de l'indemnité légale de licenciement et le décret n° 2017-1398 du 25 septembre 2017, pris pour son application, a revalorisé cette indemnité minimale, versée à défaut de dispositions plus favorables de la convention collective ou du contrat de travail (1/4 de mois de salaire par année d'ancienneté jusqu'à 10 ans et 1/3 de mois de salaire au-delà).

C'est la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation qui a énoncé, pour la première fois, que cette « indemnité légale de licenciement est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur » (2^e Civ., 11 octobre 2007, n° [06-14.611](#), Bull., n° 228). Commentant cet arrêt, le professeur Mouly rappelle que, malgré les questions qui restent posées, le débat doctrinal sur la nature juridique de l'indemnité

¹⁴⁰ L'encadrement des indemnités en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse à l'épreuve de la logique de réparation des dommages, C. Quézel-Ambrunaz, Rev. trav. 2019. 677

légale de licenciement s'est clos en faveur de la thèse indemnitaire, écartant l'idée qu'il s'agirait d'une créance de nature salariale¹⁴¹. Pour le professeur Jourdain, la solution ainsi retenue souligne « d'abord négativement que la somme versée au salarié n'a pas, en dépit de son nom, de caractère indemnitaire ». Il ajoute ensuite :

De façon plus positive, l'arrêt signifierait ensuite que l'indemnité de licenciement est plutôt la contrepartie d'un droit, soit le droit de l'employeur de rompre unilatéralement le contrat de travail, comme l'affirme expressément la Cour de cassation, c'est-à-dire le prix à payer pour son exercice, soit le droit du salarié à une certaine garantie d'emploi, ainsi qu'il a été soutenu (A. Mazeaud, Droit du travail, Montchrétien, 5e éd., n° 533), droit qu'il céderait moyennant rémunération. Si l'on savait déjà que la mal nommée indemnité de licenciement n'est pas un complément de salaires, le droit du travail, qui hésite encore sur la nature qu'il convient de lui attribuer, pourrait trouver dans cet arrêt un indice en faveur d'une conception rémunératoire¹⁴².

La chambre sociale a confirmé cette conception indemnitaire :

Sommaire : L'employeur et les salariés peuvent convenir du versement d'une indemnité excédant le montant de l'indemnité de licenciement prévu par la loi ou par la convention collective, ce complément ayant comme l'indemnité elle-même le caractère de dommages et intérêts compensant le préjudice né de la rupture du contrat de travail. Par suite est légalement justifié l'arrêt qui exclut de l'assiette des cotisations dues pour des salariés compris dans un licenciement collectif l'indemnité dite "d'aide au départ volontaire" qui avait été versée en sus de l'indemnité conventionnelle de licenciement à ceux d'entre eux qui avaient accepté de quitter leur poste avant la date d'effet du licenciement.
Soc., 27 novembre 1985, n° [83-16.653](#), Bull., n° 563

Elle a ensuite, récemment, par un arrêt de plénière de chambre destiné à être publié au prochain rapport annuel, précisé sa jurisprudence en confirmant que l'indemnité légale est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur tandis que l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse répare le préjudice résultant du caractère injustifié de la perte de l'emploi.

Sommaire : Il résulte de l'article L. 1234-9 du code du travail que l'indemnité de licenciement, dont les modalités de calcul sont forfaitaires, est la contrepartie du droit de l'employeur de résiliation unilatérale du contrat de travail. Il résulte par ailleurs de l'article L.1235-3 du même code que l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse répare le préjudice résultant du caractère injustifié de la perte de l'emploi. Dès lors, une cour d'appel qui constate que les salariés licenciés pour motif économique dont l'action en responsabilité était dirigée contre la banque ayant

¹⁴¹ A propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement, J. Mouly, D. 2008 p.582

¹⁴² Réparation du préjudice professionnel : l'indemnité de licenciement ne doit pas être prise en compte pour l'évaluation, P., RTD Civ. 2008 p.111

accordé des crédits ruineux à leur employeur, avaient bénéficié d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en raison de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi et du manquement de l'employeur à son obligation de reclassement, en déduit justement que les préjudices allégués par les salariés résultant de la perte de leur emploi et de la perte d'une chance d'un retour à l'emploi optimisé en l'absence de moyens adéquats alloués au plan de sauvegarde de l'emploi avaient déjà été indemnisés.

Soc., 27 janvier 2021, pourvoi n° [18-23.535](#), publié¹⁴³

Cette décision souligne le caractère forfaitaire de l'indemnité légale de licenciement et n'évoque, à propos de cette dernière, ni la réparation ni même, comme auparavant, la compensation d'un quelconque préjudice né de la rupture du contrat de travail. La chambre sociale juge même que sont erronés les motifs de l'arrêt attaqué relatifs à l'indemnité légale de licenciement et selon lesquels celle-ci serait venue réparer deux des trois préjudices invoqués par les salariés : le préjudice économique résultant d'une perte de rémunération et le préjudice moral consécutif à la perte de leur emploi.

La notice explicative accompagnant cet arrêt indique :

(...) la question posée à la chambre sociale était inédite en ce que les salariés demandaient la condamnation de la banque à leur payer des dommages-intérêts en réparation de leurs préjudices consécutifs à la perte de leur emploi et à la perte de chance d'un retour à l'emploi optimisé, alors qu'ils avaient déjà bénéficié dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi du versement d'une indemnité de licenciement puis, dans le cadre de la procédure prud'homale, d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. En effet, dans l'arrêt Lee Cooper précité, les salariés qui avaient obtenu la condamnation de l'actionnaire principal de l'employeur à leur payer des dommages-intérêts, au titre de la perte de leur emploi, n'avaient formé contre leur employeur une demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qu'à titre subsidiaire, de sorte qu'il n'y avait pas eu de cumul d'indemnisation de la perte d'emploi sur le fondement des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle.

Or, le principe de la réparation intégrale oblige certes à réparer tout le préjudice subi (Soc., 23 novembre 2005, n° 03-40.826, Bull., n° 332), mais interdit d'accorder une réparation supérieure au dommage, la chambre sociale censurant ainsi les décisions qui aboutissent à réparer deux fois le même préjudice (Soc., 30 juin 2010, n° 09-40.347, Bull., n° 154 ; Soc., 25 septembre 2013, n° 12-20.256, Bull., n° 200). Dès lors, la question se posait en l'espèce de savoir si les salariés démontraient que les préjudices dont ils demandaient réparation à la banque, par la mise en jeu de la responsabilité extra-contractuelle, étaient distincts de ceux déjà indemnisés par l'indemnité de licenciement et par l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et

¹⁴³ Le [rapport](#) et l'[avis](#) de l'avocat général, publiés sur le site internet de la Cour de cassation, contiennent des éléments intéressants au sujet de ce que réparent les indemnités de licenciement.

sérieuse, ce qui nécessitait de déterminer les préjudices qui sont réparés par ces deux indemnités.

On sait que l'indemnité de licenciement, qui trouve sa source non dans l'exécution du contrat de travail mais dans sa rupture, n'est pas la contrepartie d'un travail fourni et ne constitue donc pas un salaire (Soc., 22 mai 1986, n° 83-42.341, Bull., n° 245 ; Soc., octobre 1988, n° 85-45.511, Bull., n° 536). Elle a la nature de dommages-intérêts (Soc., 14 mars 1991, n° 89-10.366). La deuxième chambre civile a considéré que l'indemnité de licenciement est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur (2^{ème} Civ., 11 octobre 2007, n° 06-14.611, Bull., n° 228). En l'espèce, la chambre sociale a repris cette formulation pour dire, en donnant pour la première fois une définition de l'indemnité de licenciement, que celle-ci est la contrepartie du droit de l'employeur de résiliation unilatérale du contrat de travail.

En outre, il a déjà été jugé qu'il résultait de l'article L. 1235-5 du code du travail que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue (Soc., 13 septembre 2017, n° 16-13.578, Bull., n° 136).

Dans la lignée de cet arrêt, la chambre sociale considère en l'espèce que l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse répare le préjudice résultant du caractère injustifié de la perte de l'emploi.

Par ailleurs, il avait déjà été écarté, dès lors que la réparation d'un dommage ne peut excéder le montant du préjudice, la possibilité pour un salarié de se voir indemnisé par une indemnité spécifique de la perte de chance de préserver son emploi et d'être reclassé alors qu'il lui a déjà été alloué, pour réparer les conséquences de la survenance de la perte injustifiée d'emploi, des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc., 24 mai 2018, n° 16-18.307). Il en résulte que la perte de chance de conserver un emploi ne caractérise pas un préjudice distinct de celui indemnisé au titre de l'article L. 1235-5 du code du travail.

Dans sa décision du 27 janvier 2021, la chambre sociale a considéré que les préjudices au titre de la perte de l'emploi et de la perte de chance d'un retour à l'emploi qui étaient invoqués par les salariés avaient déjà été indemnisés par application de la responsabilité contractuelle de l'employeur. Les mêmes préjudices ne pouvaient par conséquent donner lieu à une réparation par le régime de la responsabilité extra-contractuelle.

Commentant ce même arrêt du 27 janvier 2021, le professeur Lyon-Caen écrit :

Il faut se méfier de l'eau qui dort. L'indemnité de licenciement paraissait une institution lisse, sans histoire, alors pourtant qu'elle en a une, sans géographie, alors pourtant qu'elle est ignorée ici et là. Et voilà que la Cour de cassation la réveille. Elle rappelle, à son sujet, des qualifications qui semblent d'un autre temps. L'indemnité de licenciement serait la contrepartie du droit de résiliation unilatérale ; elle réparerait la perte d'emploi. Ce réveil pourrait être un renouveau. Il pourrait d'abord inciter à soumettre la fonction des indemnités, notamment légales, à un nouvel examen. Tendent-elles seulement à réparer ? Ou aussi à prévenir et à sanctionner ? Le droit du travail peut-il prendre le parti de passer à côté des réflexions contemporaines sur la responsabilité civile ? Ce réveil pourrait encore inviter à renouveler nos conceptions, parfois paresseuses, du préjudice, notamment de ceux

qui résultent d'un licenciement, tantôt justifié, tantôt injustifié. Un licenciement n'est pas seulement un acte juridique qui met fin à un contrat, car il est aujourd'hui impossible de réduire l'emploi perdu à un contrat rompu. L'emploi est un statut, qui recèle des promesses légitimes d'évolution, des voies d'accès aux attributs d'une citoyenneté sociale. L'emploi est l'appartenance à une entreprise. L'emploi est la source d'une identité professionnelle. Ancrée dans les plis du droit du travail se trouve donc une distinction de deux chefs de préjudice distincts, celui qui résulte de la perte d'emploi - la rupture du contrat - et celui qui provient de la perte de chance de conserver son emploi. Et si cette distinction permettait, entre autres intérêts, de concevoir les limites des barèmes légaux d'indemnisation des salariés licenciés de manière injustifiée ?¹⁴⁴

- l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (article L. 1235-3 du code du travail)

La loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 a choisi de ne pas conditionner la validité du licenciement à l'existence d'une cause réelle et sérieuse : l'absence de celle-ci est sanctionnée, à défaut de réintégration, par l'octroi d'une indemnité dont il ne fait aucun doute qu'il s'agit de dommages-intérêts destinés à réparer le caractère injustifié du licenciement. La chambre sociale a ainsi jugé que, « lorsque le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, le salarié subit nécessairement un préjudice, dont il appartient aux juges d'assurer la réparation » (Soc., 25 septembre 1991, n° [88-41.251](#), Bull., n° 380). Elle a maintenu cette solution après l'abandon de la théorie du préjudice nécessaire en indiquant qu'il « résulte de l'article L. 1235-5 du code du travail que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue » (Soc., 13 septembre 2017, n° [16-13.578](#), Bull., n° 136).

L'arrêt précité du 27 janvier 2021 précise donc que cette indemnité « répare le préjudice résultant du caractère injustifié de la perte de l'emploi » et en déduit que le salarié l'ayant perçue (en l'espèce en raison de l'insuffisance du PSE et du manquement de l'employeur à son obligation de reclassement) a nécessairement reçu réparation des préjudices résultant tant de la perte de son emploi que de la perte d'une chance d'un retour à l'emploi optimisé par les dispositions d'un PSE suffisant. Cette décision confirme que l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse a bien vocation à indemniser la totalité du préjudice subi par le salarié du fait de la perte injustifiée de son emploi.

Il s'agit d'abord d'indemniser un préjudice matériel, d'ordre économique, mais aussi un préjudice moral lesquels sont souverainement évalués par les juges du fond (Soc., 13 septembre 2017, n° [16-13.578](#), Bull., n° 136) et appréhendés par eux au travers de divers critères tels que ceux relevés par le professeur Lokiec :

¹⁴⁴ A. Lyon-Caen, RDT. 2021.145

S'agissant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'ancienneté n'est qu'un élément parmi d'autres d'appréciation du préjudice. Les juges prennent aussi en compte, de façon assez constante d'une juridiction à l'autre, l'âge, la durée du chômage, la perte des avantages en nature, les difficultés financières générées par le licenciement ou encore le dommage moral subi à la suite de la perte injustifiée de l'emploi. Rien ne justifie que, depuis l'instauration du plafonnement, cette liste soit modifiée et que le poids respectif de l'un ou de l'autre de ces facteurs soit différent. Pour preuve, la Cour d'appel de Paris utilise la même rédaction pour déterminer le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, selon que l'article L. 1235-3 est appliqué dans sa version antérieure ou postérieure aux ordonnances de 2017.

La différence, évidemment majeure, tient à ce que là où les juges pouvaient monter aussi haut que nécessaire, ils se retrouvent désormais face à une barrière d'autant plus problématique que la situation générée par la crise sanitaire a tendance à aggraver le préjudice subi par le salarié injustement licencié. La durée du chômage et les perspectives professionnelles du salarié constituent en effet des facteurs essentiels du préjudice lié à la perte d'emploi. Les juges prendront en compte la « proposition qui lui a été faite de conserver son emploi », « sa capacité à trouver un nouvel emploi eu égard à sa formation et à son expérience professionnelle », « la durée de son chômage », « ses perspectives professionnelles », son « évolution professionnelle postérieure au licenciement », le fait que le nouvel emploi soit en CDI ou CDD ou moins bien payé et plus éloigné du domicile, le nombre de recherches d'emplois, etc¹⁴⁵

La chambre sociale a toutefois admis l'existence de quelques préjudices distincts résultant de la rupture du contrat de travail et pouvant être réparés par le versement de dommages-intérêts complémentaires :

- le préjudice moral causé par les circonstances vexatoires ayant accompagné le licenciement, distinct de celui résultant de la perte de l'emploi (Soc., 19 juillet 2000, n° [98-44.025](#), Bull., n° 306) ;
- le préjudice résultant de l'impossibilité pour le salarié, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, de lever les options sur titres, cette levée étant réservée aux salariés présents dans l'entreprise à la date où cette opération était possible (Soc., 29 septembre 2004, n° [02-40.027](#), Bull., n° 234) ;
- le préjudice lié à la perte d'une chance de pouvoir bénéficier de l'avantage de retraite applicable dans l'entreprise (Soc., 31 mai 2011, n° [09-71.504](#), Bull., n° 130) ;
- le préjudice lié à la détérioration de l'état de santé du salarié, imputable au comportement fautif de l'employeur, avant un licenciement prononcé pour inaptitude (Soc., 2 mars 2011, n° [08-44.977](#), Bull., n° 55 - publication sur un autre moyen).

D'autres arrêts, non publiés, ont identifié divers préjudices spécifiques et reconnu la possibilité pour un salarié licencié d'en obtenir l'indemnisation :

¹⁴⁵ Le barème ou le préjudice amputé, P. Lokiek, SSL, n° 1950, 19 avril 2021

- le préjudice résultant de la perte d'une chance de réaliser un gain en étant privé de la possibilité de différer la délivrance des actions ou parts acquises dans un plan d'épargne d'entreprise (Soc., 16 janvier 2008, n° [06-40.543](#)) ;
- le préjudice résultant de la perte du taux préférentiel accordé aux salariés de l'entreprise à la suite de son licenciement (Soc., 30 mars 2011, [09-69.515](#)) ;
- le préjudice résultant de la perte de chance de percevoir une pension de retraite supplémentaire (Soc., 28 avril 2011, n° [09-69.125](#)) ;
- le préjudice résultant de l'impossibilité de participer à deux formations auquel le salarié s'était inscrit dans le cadre du plan de formation annuel de l'employeur (Soc., 21 septembre 2010, n° [09-41.107](#)) ;

Il est aussi intéressant de citer l'arrêt par lequel la chambre sociale a retenu qu'un salarié, régulièrement licencié, pouvait obtenir réparation du préjudice résultant de la violation par l'employeur de son obligation de formation, laquelle lui impose, même lorsque le poste du salarié n'évolue pas tout au long de sa carrière, de maintenir la capacité de ce salarié à occuper un emploi au regard de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations (Soc., 5 juin 2013, n° [11-21.255](#), Bull., n° 146).

Cette énumération invite à s'interroger sur l'utilité qu'il pourrait y avoir à mieux préciser les chefs de préjudice résultant d'un licenciement injustifié. C'est en ce sens que le professeur Radé conclut un article consacré aux « préjudices subis par le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse » :

Le principe de réparation intégrale a été dégagé par la Cour de cassation aux lendemains de la création de la sécurité sociale pour éviter que les victimes ne soient indemnisées deux fois des mêmes préjudices. Ce principe ne peut pas être interprété strictement dans la mesure où la détermination des chefs de préjudice et de leur étendue n'est pas une science exacte. En distinguant l'indemnité (adéquante) de la réparation (appropriée), la convention 158 de l'OIT invite le juge à identifier les différents types de préjudices causés au salariés licenciés et à les réparer de manière satisfaisante, en considérant l'ensemble des indemnités versées en fin de contrat tant par l'employeur que par Pôle emploi. Pour éviter les débats actuels autour du barème, peut-être pourrait-on souhaiter qu'une réflexion approfondie soit menée sur les différents chefs de préjudice du salarié licencié, et que soit proposée une nomenclature comparable à celle qui fut élaborée il y a quelques années par la commission Dintilhac pour les dommages corporels ?¹⁴⁶

Saisi d'un recours contre l'arrêté d'agrément de la convention d'assurance chômage du 14 mai 2014, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la question du préjudice réparé par l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en retenant qu'elle avait alors « pour objet de réparer l'intégralité du préjudice subi par le salarié du fait

¹⁴⁶ Mélanges offerts au Professeur Jean Mouly, Presses universitaires de Limoges, 2020

de la perte injustifiée de son emploi, qu'il résulte de la perte de sa rémunération ou qu'il soit d'une nature différente » :

L'allocation d'assurance, qui a le caractère d'un revenu de remplacement, n'a pas vocation à se cumuler avec les autres sommes destinées à compenser, pour le travailleur involontairement privé d'emploi ou dont le contrat de travail a été rompu conventionnellement, la perte de tout ou partie des rémunérations qu'il aurait perçues si son contrat s'était poursuivi. S'agissant des indemnités allouées en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, elles ont pour objet de réparer l'intégralité du préjudice subi par le salarié du fait de la perte injustifiée de son emploi, qu'il résulte de la perte de sa rémunération ou qu'il soit d'une nature différente. Eu égard à l'objectif d'intérêt général poursuivi par les parties à la convention, qui ont la responsabilité d'assurer l'équilibre financier du régime, il leur était loisible de prévoir qu'une part de ces indemnités, appréciée de façon forfaitaire, serait prise en compte pour déterminer le point de départ du versement de l'allocation d'assurance. En revanche, en prenant en compte l'intégralité de ces indemnités pour le calcul du différé d'indemnisation des salariés licenciés alors qu'ils comptaient moins de deux ans d'ancienneté ou qu'ils étaient employés par une entreprise comptant moins de onze salariés, elles ont adopté des stipulations aboutissant à ce que certains salariés victimes d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse puissent être privés de l'intégralité des sommes destinées à assurer la réparation du préjudice qui en résulte. Elles ont ainsi porté atteinte au droit de ces salariés d'en obtenir réparation. Illégalité de ces stipulations et de l'arrêté en tant qu'il les agrée.

CE, 5 octobre 2015, n° [383956](#), Association AIP, Lebon

Le Conseil d'Etat considère ainsi que l'indemnité de licenciement peut être prise en compte pour calculer un « différé d'indemnisation », dans la mesure où cette indemnité de licenciement couvre déjà la perte de revenu du salarié, mais qu'il n'est pas possible, sous peine de porter atteinte au droit à réparation des salariés, de retenir la totalité de cette indemnité dès lors qu'elle répare aussi d'autres préjudices que celui lié à la seule perte de revenu¹⁴⁷. Son rapporteur public avait notamment fait valoir les éléments suivants :

Mais les indemnités allouées à la suite d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse sont d'une nature particulière car elles ont pour objet de réparer l'intégralité du préjudice subi par le salarié du fait de la privation fautive de son emploi par son employeur, c'est-à-dire également des préjudices non patrimoniaux – ce qui ne fait pas obstacle, au demeurant, à ce que le salarié obtienne également la réparation de préjudices distincts du licenciement abusif mais liés à ce dernier comme la publicité donnée à un tel licenciement (cf. Cass. Soc., 25 janvier 1989, JCP, 1989, IV, 110). La Cour de cassation a bien souligné les caractéristiques particulières de l'indemnisation due au titre d'un licenciement abusif, indiquant qu'elle a pour objet de « réparer l'intégralité du préjudice subi à la suite de la perte injustifiée de [l']

¹⁴⁷ Voir : Les interactions entre l'indemnisation de la privation d'emploi et la détermination des préjudices consécutifs à la rupture du contrat de travail, A. Bouilloux, Droit social, 2017, p. 904

emploi » (Cass. Soc., 7 octobre 1998, Bull. 1998, V, n° 406 ou encore Cass. Soc., 9 juillet 2015, Société Henkel France, n° 14-14.654).

* * *

Au-delà de son aspect indemnitaire, il doit être tenu compte du fait que l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse remplit indéniablement aussi une **fonction dissuasive** ou, à défaut, punitive.

Dans un important article sur l'indemnité de licenciement, le professeur Camerlinck notait, déjà en 1957 : « L'indemnité de licenciement apparaît comme une technique originale dans le cadre d'une politique systématique de sécurité de l'emploi. D'une part, en effet, en pesant sur la volonté de l'employeur, elle encourage la prévention même du risque de licenciement. D'autre part, si le risque néanmoins se réalise, elle en assure l'indemnisation¹⁴⁸. »

A l'inverse d'autres systèmes juridiques, le droit français ne reconnaît pas les dommages-intérêts punitifs que prohibe d'ailleurs le principe de la réparation intégrale.

Cette finalité rejoint pourtant une exigence explicitement affirmée en la matière tant par l'OIT que par la CEDS : comme cela a déjà été indiqué, le Conseil d'administration de l'OIT, faisant suite à une réclamation présentée contre le Venezuela, a expressément retenu que l'indemnité prévue par l'article 10 de la Convention n° 158 doit être « suffisamment dissuasive pour éviter le licenciement injustifié » ; de la même manière, le CEDS interprète l'article 24 de la Charte sociale européenne en ce sens que les tribunaux doivent pouvoir accorder « une indemnité d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et réparer le préjudice subi par la victime », étant précisé que « tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est interdit ».¹⁴⁹

Dans cette perspective, l'article L. 1235-4 du code du travail prévoit que le juge doit ordonner le remboursement par l'employeur, employant plus de 10 salariés, de tout ou partie des indemnités de chômage payées au salarié, ayant plus de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise, licencié sans cause réelle et sérieuse, dans la limite d'un plafond fixé à 6 mois d'indemnités.

Pour déterminer le montant de l'indemnité du licenciement injustifié, l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT comme l'article 24 de la Charte sociale européenne utilisent le terme « adéquat ».

¹⁴⁸ L'indemnité de licenciement, G.-H. Camerlynck, JCP 1957.1391

¹⁴⁹ [Digest de jurisprudence](#) du CEDS, Conseil de l'Europe, décembre 2018

Celui-ci n'est pas totalement étranger au système juridique français : selon les professeurs Viney et Jourdain, « les juges du fond choisissent librement et souverainement entre réparation en nature et dommages-intérêts » mais cette liberté est limitée notamment par la règle exigeant toujours « une adéquation au moins relative de la réparation au dommage »¹⁵⁰. Ces auteurs consacrent un paragraphe à « la nécessité d'une réparation adéquate » qu'ils introduisent en écrivant : « Il est évident que pour mériter le qualificatif de « réparation », la mesure ordonnée doit être susceptible, sinon de compenser entièrement le dommage, du moins d'en atténuer l'impact sur la victime. ». Ils expliquent que de nombreuses décisions retiennent que la nécessité d'une adéquation de la réparation au dommage fait obstacle au prononcé d'une réparation en nature, traduisant « le souci de respecter une certaine équivalence qualitative entre le dommage invoqué et la mesure ordonnée pour le réparer ».

Ils ajoutent que, à l'inverse, la nécessité d'une adéquation de la réparation au dommage fait parfois obstacle au choix d'une condamnation à dommages-intérêts. Ils prennent comme exemple l'emploi salarié dont « la privation n'est pas réellement compensée par l'octroi d'une indemnité, du moins lorsque le salarié se trouve en fait dans l'impossibilité de retrouver un travail », expliquant ainsi la solution parfois retenue de prononcer la nullité du licenciement et d'imposer la réintégration du salarié de préférence à l'indemnisation. Ils rappellent, par ailleurs¹⁵¹, que le législateur a toutefois posé le principe, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, du versement d'une simple indemnité par « crainte de restreindre trop sévèrement la liberté de l'employeur dans la gestion de son entreprise » et citent à ce propos l'arrêt rendu par la chambre sociale justifiant cette règle au regard du droit international et européen (Soc., 14 avril 2010, n° [08-45.247](#), Bull., n° 96).

En tout état de cause, pour apprécier la conventionnalité de l'application de l'article L. 1235-3 du code du travail aux normes internationales, c'est à la notion d'indemnité adéquate au sens de la Convention n° 158 de l'OIT ou de la Charte sociale européenne, qu'il convient de se référer. Plusieurs auteurs soulignent qu'il faut, à cette fin, envisager l'ensemble du système de sanction du licenciement injustifié prévu par le droit français :

(...) L'approche de l'indemnité adéquate ou de la forme de réparation appropriée (et donc de la conventionnalité) doit être globale en resituant le barème dans un régime d'ensemble : celui de la sanction du licenciement prononcé sans « motif valable » au sens de l'article 4. Ce n'est pas le barème qui devrait satisfaire à l'exigence portée par l'article 10 mais le système de sanction du licenciement prononcé pour un motif injustifié ou illicite dans son ensemble. La loi française devrait dès lors être analysée en tenant compte de la portée des exclusions prévues à l'application du barème pour lesquelles un retour à une sanction en termes de nullité du licenciement est

¹⁵⁰ Les effets de la responsabilité, G. Viney et P. Jourdain, LGDJ, 3^e éd., n° 39-1 à 42

¹⁵¹ Ibid., n° 17-1

prévue avec droit à réintégration et, si elle n'est pas demandée ou possible, plancher d'indemnisation et réparation intégrale du préjudice subi. Devrait également être dans le débat de la forme de réparation appropriée le jeu de l'article L 1235-4 du code du travail qui prévoit la condamnation de l'employeur au remboursement des indemnités de chômage versé au salarié. C'est cet ensemble, dont le barème de l'article L 1235-3 du code du travail est un élément, qui doit satisfaire à l'exigence portée par l'article 10. À s'en tenir à l'œuvre de l'OIT, il nous semble dès lors difficile de suivre ceux qui soutiennent qu'au sens du droit international, l'adéquat et l'appropriée s'incarnent dans le modèle de la réparation intégrale du préjudice subi, tout comme il paraît hasardeux de conclure à l'exigence d'un modèle unique et uniforme de sanction¹⁵².

Il convient toutefois d'observer à ce propos que l'étude d'ensemble, présentée à la conférence internationale de 1995, contient un chapitre VI intitulé « Indemnité de départ et autres formes de protection du revenu ». La question des « prestations d'assurance chômage ou d'assistance aux chômeurs » y est abordée non pas à l'occasion de l'article 10, relatif à l'indemnisation des licenciements injustifiés, mais au sujet de l'article 12 de la Convention n° 158 qui concerne les suites des licenciements motivés :

262. L'indemnité de départ, qui est une des formes de protection du revenu, doit être distinguée, et de l'indemnité versée en cas de licenciement injustifié, lorsque l'annulation de celui-ci ou la réintégration du travailleur ne sont pas possibles (article 10), et de l'indemnité compensatoire tenant lieu de préavis (article 11). Les trois indemnités varient en fonction des critères pris en compte pour déterminer leur montant : dans le cas de l'article 10, l'organisme compétent, lorsqu'il attribue une indemnité, doit ordonner le versement d'une indemnité adéquate ; dans celui de l'article 11, l'indemnité doit être de nature à compenser le fait que le travailleur n'a pas été informé à l'avance de la décision de l'employeur dans un délai raisonnable ; le montant de l'indemnité prévue à l'article 12 doit être calculé selon des critères prévus dans la législation et la pratique nationales, mais en tout cas en tenant compte, entre autres éléments, de l'ancienneté et du niveau de salaire.

Selon cette étude, l'indemnité de départ prévue par l'article 12, que l'on peut rapprocher de notre indemnité légale de licenciement, est une des formes de protection du revenu avec l'assurance chômage. A ce titre, elle doit nécessairement être corrélée avec l'ancienneté et la rémunération du salarié.

L'indemnité compensatrice de préavis, prévue par l'article 11, répond à un préjudice distinct et bien précisé.

Il est enfin simplement indiqué que l'indemnité prévue par l'article 10, versée lorsque la réintégration du salarié injustement licencié est impossible, doit être adéquate, sans rattacher cette exigence particulière à l'ensemble du système d'indemnisation.

¹⁵² A. Gardin et J-P Lhernould, Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. RJS 5/19 p. 353

Dans un récent article, le professeur Loiseau considère que, si le terme adéquat signifie qu'une marge d'appréciation est laissée par la norme internationale aux Etats parties, il n'appartient pas au juge judiciaire de contrôler l'appréciation des mesures prises, dans ce cadre, par l'Etat :

Seulement, si l'on suit l'avis rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, (...) le terme « adéquat » au sens de l'exigence d'une indemnité adéquate « doit être compris comme réservant aux États parties une marge d'appréciation ». De ce point de vue, il faut alors considérer que, en fixant un barème applicable à la détermination par les juges du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'État n'a fait qu'user de sa marge d'appréciation. Cette conception, qui est celle de l'assemblée plénière, emporte deux conséquences. La première est que les juridictions judiciaires n'ont pas le pouvoir de contrôler l'adéquation des mesures à ce que l'État partie à la Convention a estimé pourvoir à une réparation appropriée du préjudice subi par les salariés dont le licenciement est injustifié. La seconde est qu'aucune atteinte, a fortiori disproportionnée, n'est portée au droit à une indemnité adéquate consacré par l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT dès lors que le droit français garantit bien au salarié le droit à une indemnité en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse¹⁵³.

Le professeur Lokiec estime au contraire que cette marge d'appréciation a été excessivement réduite par un barème dont l'écart entre certains planchers et plafonds est parfois trop faible :

5. - Si l'on considère que le principe de réparation adéquate implique de laisser au juge une marge d'appréciation, le barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse instauré par les ordonnances de septembre 2017 est-il conforme à la Convention n° 158 ? Force est d'admettre que ces marges sont extrêmement réduites pour les petites anciennetés : le barème prévoit, à 2 ans d'ancienneté, une fourchette d'indemnisation entre 3 et 3,5 mois de salaire et à 3 ans d'ancienneté entre 3 et 4 mois. Comment le juge peut-il, sur cette base, réparer adéquatement le préjudice ? Avec de telles fourchettes, la marge qui lui est laissée pour prendre en compte la situation individuelle du salarié, de même que la situation de l'entreprise (l'impact d'un licenciement est très différent pour la TPE et pour la grande entreprise) est ridiculement faible. Elle devient quasi inexistante si l'on prend en compte les cumuls plafonnés : l'indemnisation pour non-respect des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative en cas de licenciement collectif, celle pour non-respect de la priorité de réembauchage et celle consécutive à l'absence illicite d'institutions représentatives du personnel ne peuvent se cumuler que dans la limite du plafond. Dans les faits, si le juge estime que l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse doit être au plafond, ces autres préjudices ne seront pas indemnisés.¹⁵⁴

¹⁵³ Barème d'indemnités : en revenir au droit, G. Loiseau, BJT mai 2021, n° 200a9, p. 12

¹⁵⁴ La Convention n° 158 de l'OIT Après le CNE, le barème ... P. Lokiec, JCP S 2019.1230

6 - Orientation proposée : Formation plénière de la chambre sociale

7 - Nombre de projets préparés : 3

8 - Annexes : Documents élaborés par le service de documentation et d'études de la Cour de cassation (SDER)

1. Panorama des arrêts de la Cour de cassation rendus au fondement ou au visa de la Convention n° 158 de l'OIT et de l'article 24 de la Charte sociale européenne

2. Etude statistique de l'application du barème d'indemnité résultant de l'article L. 1235-3 du code du travail par les cours d'appel

3. Etude de droit comparé