

**RAPPORT DE M. BARINCOU (conseiller) et
Mme PRACHE (conseillère référendaire)**

**Arrêt n° 655 du 11 mai 2022
Pourvoi n° 21-15.247**

Décision attaquée : 15 février 2021 de la cour d'appel de Nancy

**la société FSM
C/
Mme [C] [O]**

Ce rapport est commun aux pourvois n° H2115247, J2115249 et K2115250.

1 - Rappel des faits et de la procédure.	<u>3</u>
2 - Analyse succincte des moyens.	<u>4</u>
- Pourvoi principal de l'employeur n° H2115247.	<u>4</u>
- Pourvoi principal de l'employeur n° J2115249.	<u>4</u>
- Pourvoi principal de l'employeur n° K2115250.	<u>6</u>
- Pourvois incidents des trois salariés.	<u>6</u>
3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger.	<u>7</u>
4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine.	<u>8</u>
4.1 Pourvois principaux.	<u>8</u>
4.2 Pourvois incidents.	<u>8</u>
1. Présentation du dispositif légal.	<u>8</u>
Les motifs de la réforme.	<u>8</u>
Les textes.	<u>11</u>

L'origine de la réforme.	<u>15</u>
Premières évaluations de l'impact économique.	<u>17</u>
2. Les décisions précédentes.	<u>23</u>
Le Conseil constitutionnel.	<u>23</u>
Le Conseil d'Etat.	<u>30</u>
La Cour de cassation.	<u>32</u>
Les décisions des cours d'appel postérieures aux avis.	<u>36</u>
3. Les normes internationales.	<u>42</u>
La primauté du droit international.	<u>42</u>
La charte européenne.	<u>49</u>
Présentation et dispositif de contrôle.	<u>49</u>
Jurisprudence de la chambre sociale.	<u>56</u>
Contentieux.	<u>63</u>
L'Organisation internationale du travail.	<u>73</u>
4. L'indemnisation du licenciement injustifié.	<u>75</u>
Le principe de la réparation intégrale.	<u>75</u>
Que réparent les indemnités de licenciement ?	<u>81</u>

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [O] a été engagée par la société Fives Stein Manufacturing, aux droits de laquelle se trouve la société FSM, à compter du 15 septembre 1981 en qualité de secrétaire. M. [P] a été engagé par la même société, à compter du 12 juin 1978. Il occupait, en dernier lieu, le poste de chargé d'affaires. M. [R] a été engagé, à compter du 1^{er} janvier 2015 en qualité d'acheteur.

Un projet de restructuration et de réduction des effectifs, emportant la suppression de 7 postes, a été mis en oeuvre à compter du 27 mars 2017.

Par courriers du 18 septembre 2017, les salariés ont été convoqués à un entretien préalable au licenciement, fixé au 2 octobre 2017. Leur licenciement pour motif économique leur a été notifié par lettres du 13 octobre 2017.

Les salariés ont adhéré au congé de reclassement qui a débuté le 14 octobre 2017 pour s'achever le 22 septembre 2018 en ce qui concerne Mme [O], le 13 juillet 2018 en ce qui concerne M. [P] et le 24 avril 2018 en ce qui concerne M. [R].

Le 2 octobre 2018, les salariés ont saisi la juridiction prud'homale aux fins de voir dire leur licenciement sans cause réelle et sérieuse, en raison d'une violation de l'ordre des départs. Par jugements du 11 avril 2019, ils ont été déboutés de toutes leurs demandes.

Par arrêts du 15 février 2021, la cour d'appel a confirmé les jugements en ce qu'ils ont débouté les salariés de leurs demandes au titre de la violation de l'ordre des licenciements puis les a infirmés pour le surplus. Statuant à nouveau, la cour d'appel a jugé que l'employeur n'avait pas respecté son obligation de reclassement. Après avoir retenu que l'article L. 1235-2 du code du travail n'est pas contraire à l'article 24 de la Charte sociale européenne et dit que l'article 10 de la convention OIT n° 158 n'est pas opposable à l'employeur, la cour a condamné ce dernier à payer, à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, les sommes de 48 000 euros à Mme [O], 62 000 euros à M. [P] et 8 200 euros à M. [R]. Elle a ensuite ordonné le remboursement par l'employeur à l'organisme concerné des indemnités de chômage effectivement payées aux salariés à la suite de leurs licenciements dans la limite de 6 mois.

L'employeur a formé des pourvois à l'encontre de chacun de ces arrêts le 15 avril 2021. Les mémoires ampliatifs ont été déposés le 16 août 2021 (article 700 : 1 000 euros à l'encontre de chacun des salariés). Les salariés ont formé un pourvoi incident et déposé un mémoire ampliatif (article 700 : 3 000 euros demandé par chacun) le 18 octobre 2021. Pôle emploi n'a pas constitué avocat. Les mémoires ampliatifs lui ont été signifiés le 20 août 2021 et les mémoires en défense le 3 novembre 2021.

2 - Analyse succincte des moyens

- Pourvoi principal de l'employeur n° H2115247 (Mme [O]) :

La société FSM fait grief à l'arrêt de dire qu'elle n'avait pas respecté son obligation de reclassement et qu'en conséquence le licenciement de Mme [O] était sans cause réelle et sérieuse, de la condamner à lui payer la somme de 48 000 euros de dommages-intérêts au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'ordonner le remboursement à l'organisme concerné des indemnités de chômage effectivement payées à la salariée à la suite de son licenciement sans la limite de six mois alors « qu'il n'y a pas de manquement à l'obligation de reclassement lorsque l'employeur justifie de l'absence de poste disponible compatible avec les compétences du salarié à l'époque du licenciement dans l'entreprise ou dans le groupe auquel elle appartient ; qu'en l'espèce, la société Fives Stein Manufacturing soutenait qu'en dépit des recherches personnalisées et répétées effectuées en son sein et auprès des autres entreprises du groupe, elle n'avait pu identifier aucun poste compatible avec les qualifications de la salariée ; qu'en conséquence, elle lui avait adressé, par courrier du 11 juillet 2017, la liste de l'ensemble des postes disponibles dans le groupe, en lui laissant la faculté de déposer sa candidature si elle estimait que l'un de ces postes était susceptible de lui convenir ; qu'en retenant, pour dire que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement, que le courrier adressé à la salariée, le 11 juillet 2017, comportait un tableau répertoriant les 15 postes disponibles dans différentes filiales du groupe, sans autre précision que leur intitulé, ce qui ne constituait pas une offre précise, concrète et personnalisée, sans rechercher si un seul des postes disponibles dans le groupe à la date du licenciement était compatible avec les compétences de la salariée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-4 du code du travail dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. »

- Pourvoi principal de l'employeur n° J2115249 (M. [P]) :

La société FSM fait grief à l'arrêt de dire qu'elle n'avait pas respecté son obligation de reclassement et qu'en conséquence le licenciement de M. [P] était sans cause réelle et sérieuse, de la condamner à payer au salarié la somme de 62 000 euros de dommages-intérêts au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'ordonner le remboursement des indemnités de chômage effectivement payées au salarié à la suite de son licenciement sans la limite de six mois, alors :

« 1°) que, dans son courrier du 13 juillet 2013 par lequel elle a proposé au salarié cinq postes disponibles dans le groupe correspondant à ses compétences, la société Fives Stein Manufacturing avait indiqué que le salarié disposait d'un « délai de 15 jours calendaires à compter de la réception de ce présent courrier pour nous faire part de [son] intérêt pour ces postes » ; qu'en affirmant que le courrier du 13 juillet 2017 adressé par l'employeur au salarié, concernant son reclassement, indique que ce dernier pourrait « se porter candidat » à l'un des postes qui lui était proposés, pour en déduire que, faute de garantir au salarié l'attribution du poste qu'il accepterait, l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement, la cour d'appel a dénaturé le courrier précité, en violation de l'interdiction faite au juge de dénaturer les éléments de la cause ;

2°) Que dans le cadre de son obligation de reclassement, l'employeur est tenu de rechercher et de proposer au salarié tous les postes disponibles compatibles avec ses compétences, ce qui peut le conduire à proposer les mêmes postes à plusieurs salariés

menacés de licenciement économique ; qu'en conséquence, si l'employeur doit garantir au salarié une priorité d'attribution des postes proposés par rapport à des candidats extérieurs et à des salariés non-menacés de licenciement, il ne peut lui garantir l'octroi d'un poste, sans tenir compte des candidatures des autres salariés concernés par le reclassement ; qu'en l'espèce, dans les courriers de recherche de postes adressés aux différentes sociétés du groupe, versés aux débats, la société Fives Stein Manufacturing avait informé les responsables de recrutement que les salariés menacés de licenciement bénéficiaient d'un accès prioritaire aux postes compatibles avec leurs compétences et leur avait demandé, en conséquence, de geler toute embauche d'un candidat externe jusqu'à l'issue de la procédure de reclassement ; qu'elle justifiait par ailleurs avoir fourni aux autres entreprises du groupe des informations précises sur le profil de chacun des salariés menacés de licenciement, de manière à leur permettre de vérifier l'adéquation des postes disponibles aux qualifications de ces salariés ; qu'elle faisait encore valoir que les cinq postes proposés au salarié étaient adaptés à ses compétences ; qu'en se bornant à relever, pour dire que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement, que ces offres invitaient le salarié à se porter candidat, sans lui garantir l'attribution effective du poste demandé, ni justifier du processus décisionnel d'attribution des postes aux candidats, la cour d'appel a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas et violé l'article L. 1233-4 du code du travail dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. »

Par un second moyen, la société FSM fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à M. [P] la somme de 62 000 euros de dommages-intérêts au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse alors, « que selon l'article L. 1235-3 du code du travail, le salarié dont le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse a droit à une indemnité comprise entre 3 et 20 mois de salaire ; que dans ses conclusions d'appel, le salarié soutenait que son salaire annuel était de 36 178 euros, soit un salaire de 3 014,83 euros par mois ; que la société Fives Stein Manufacturing indiquait que le salaire du salarié était, en dernier lieu, de 2 926 euros ; qu'en condamnant néanmoins Fives Stein Manufacturing à verser au salarié la somme de 62 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, soit plus de 20 mois du salaire mensuel retenu par les deux parties, sans indiquer le salaire qu'elle a elle-même retenu, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1235-3 du code du travail. »

- Pourvoi principal de l'employeur n° K2115250 (M. [R]) :

La société FSM fait grief à l'arrêt de dire qu'elle n'avait pas respecté son obligation de reclassement et qu'en conséquence le licenciement de M. [R] était sans cause réelle et sérieuse, de la condamner à payer au salarié la somme de 8 200 euros de dommages-intérêts au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'ordonner le remboursement des indemnités de chômage effectivement payées au salarié à la suite de son licenciement sans la limite de six mois, alors « que dans le cadre de son obligation de reclassement, l'employeur est tenu de rechercher et de proposer au salarié tous les postes disponibles compatibles avec ses compétences, ce qui peut le conduire à proposer les mêmes postes à plusieurs salariés menacés de licenciement économique ; qu'en conséquence, si l'employeur doit garantir au salarié une priorité d'attribution des postes proposés par rapport à des candidats extérieurs et à des

salariés non menacés de licenciement, il ne peut lui garantir l'octroi d'un poste, sans tenir compte des candidatures des autres salariés concernés par le reclassement ; qu'en l'espèce, dans les courriers de recherche de postes adressés aux différentes sociétés du groupe, versés aux débats, la société Fives Stein Manufacturing avait informé les responsables de recrutement que les salariés menacés de licenciement économique bénéficiaient d'un accès prioritaire aux postes compatibles avec leurs compétences et leur avait demandé, en conséquence, de geler toute embauche d'un candidat externe jusqu'à l'issue de la procédure de reclassement ; qu'elle justifiait par ailleurs avoir fourni aux autres entreprises du groupe des informations précises sur le profil de chacun des salariés menacés de licenciement, de manière à leur permettre de vérifier l'adéquation des postes disponibles aux qualifications de ces salariés ; qu'elle faisait encore valoir que les cinq postes proposés au salarié étaient adaptés à ses compétences ; qu'en se bornant à relever, pour dire que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement, que ces offres invitaient le salarié à faire part de son intérêt pour les postes proposés, sans lui garantir l'attribution effective du poste demandé, ni justifier du processus décisionnel d'attribution des postes aux candidats, la cour d'appel a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas et violé l'article L. 1233-4 du code du travail dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. »

- Pourvois incidents des trois salariés :

Les salariés font grief aux arrêts de dire que l'article L. 1235-3 du code du travail n'est pas contraire à l'article 24 de la Charte sociale européenne et, en conséquence, de limiter le montant des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse aux sommes de 48 000, 62 000 ou 8 200 euros alors :

« 1°) que l'article 24 de la Charte sociale européenne dispose qu'« 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 » ; que ce texte est d'effet direct en droit interne dans les litiges entre particuliers pour accorder un droit aux individus et ne requérir l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire effet à l'égard des autres particuliers ; qu'en jugeant au contraire, pour faire application du barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail en sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et, ainsi, limiter l'indemnisation accordée aux salariés, qu'« eu égard à l'importance de la marge d'appréciation laissée aux parties contractantes par les termes de l'article 24 de la Charte sociale, 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 », la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2°) que lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en oeuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union ; qu'ainsi, la marge d'appréciation laissée aux parties contractantes par l'article 24 de la Charte n'implique pas le droit pour elles de déroger aux exigences minimales de ce

texte ; que le mécanisme d'indemnisation du salarié licencié sans motif valable d'une législation nationale n'est conforme à ce texte qu'à la condition qu'il prévoit le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours, la possibilité de réintégration du salarié et/ou des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime ; qu'il s'ensuit que le barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail en sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 - en ce qu'il prévoit l'allocation d'une indemnité compensatoire plafonnée ne couvrant pas les pertes financières effectivement encourues par le salarié depuis la date du licenciement et n'ayant pas de véritable effet dissuasif pour l'employeur dans la mesure où l'indemnisation ne peut excéder un montant prédéfini et que la compensation octroyée au salarié devient ainsi au fil du temps inadéquate par rapport au préjudice subi - ne permet pas au salarié licencié sans motif valable d'obtenir réparation adéquate, proportionnée au préjudice subi et de nature à dissuader le recours aux licenciements illégaux et contrevient ainsi aux dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand la marge de manoeuvre laissée aux États contractants n'autorisait pas l'État français à s'affranchir des exigences minimales fixées par l'article 24 de la charte sociale européenne révisée relatives aux modalités d'indemnisation du salarié licencié sans motif valable, par la fixation d'un barème d'indemnisation uniquement fonction de l'ancienneté du travailleur et des effectifs dans l'entreprise, la cour d'appel a derechef violé ce texte, ensemble l'article L. 1235-3 du code du travail en sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. »

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

Obligation de reclassement

Conformité de l'article L. 1235-3 à l'article 24 de la Charte sociale européenne

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 Pourvois principaux :

Obligation de reclassement : __

Absence de poste disponible compatible avec les compétences du salarié (Mme [O])

Mêmes postes de reclassement proposés à plusieurs salariés (M. [R] et M. [P]) et obligation pour l'employeur de garantir au salarié l'attribution du poste qu'il accepterait (+ dénaturation pour M. [P]).

Obligation pour le juge d'indiquer le salaire qu'il retient pour calculer l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse

4.2 Pourvois incidents :

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](#).

Les motifs de la réforme :

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 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, notamment par des actes de harcèlement ou de discrimination ».

L'exposé des motifs de ce texte, précise que « la barémisation des dommages et 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 individus¹. »

Une étude d'impact, assez succincte, 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 et intérêts alloués au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse pouvait 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

¹ [Exposé des motifs](#) des motifs du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

situations comparables². 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. (...)

En fixant seulement un plancher d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le dispositif actuel garantit au salarié la réparation de son préjudice. Cependant, il crée également une véritable incertitude juridique, pour les entreprises comme pour les salariés. En effet, d'après l'étude d'impact, la libre appréciation du montant des indemnités par le juge prud'homal entraîne de grandes disparités dans les montants alloués : à poste équivalent et à ancienneté comparable, le montant des dommages et intérêts varie ainsi « du simple au triple » d'un conseil de prud'hommes à l'autre, et peut même « atteindre des écarts encore plus élevés dans les cas extrêmes ».

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

² [Etude d'impact](#) relative au projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

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 outre, le champ de l'habilitation ne porte pas sur les licenciements jugés nuls, ceux-ci faisant l'objet de dispositifs d'indemnisation spécifiques³.

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 Sénat⁴ 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 ».

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

³ Rapport n° [19](#) de M. Pietraszewski au nom de la commission des affaires sociales

⁴ Rapport n° [663](#) de M. Milon, au nom de la commission des affaires sociales

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.

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 »⁵. 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.

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

⁵ [Rapport](#) au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387

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)	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	16	3	13,5
1	1	2	17	3	14
2	3	3,5	18	3	14,5
3	3	4	19	3	15
4	3	5	20	3	15,5
5	3	6	21	3	16
6	3	7	22	3	16,5
7	3	8	23	3	17
8	3	8	24	3	17,5
9	3	9	25	3	18
10	3	10	26	3	18,5
11	3	10,5	27	3	19
12	3	11	28	3	19,5
13	3	11,5	29	3	20
14	3	12	30 et au-delà	3	20
15	3	13			

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. 1234-9⁶. 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 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'elle produit les effets d'un licenciement nul⁷.

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 d'aucun plancher n'est prévu.

⁶ Cette exception a été ajoutée par l'article 11 de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018.

⁷ Cette exception a été ajoutée par l'article 11 de la loi n° 2018-2017 du 29 mars 2018

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](#)).

L'origine 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 et 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 et 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 entreprises⁸ 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

⁸ [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)

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 et intérêts, applicable donc lors de la phase de conciliation, a été créé par l'article 21 de la loi n° [2013-504](#) du 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 inadapté⁹.

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

⁹ [Rapport](#) à Mme la Garde des Sceaux, ministre de la justice, 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

référentiel indicatif, soit une somme s'échelonnant entre 2 mois et 24 mois de salaire en fonction de l'ancienneté du salarié.

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

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.

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 »¹⁰ et « La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit »¹¹.

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

¹⁰ 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

¹¹ 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

social, intitulé : « Barémisation et contentieux du licenciement sans cause réelle et sérieuse »¹² 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 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 2020¹³, ainsi qu'un rapport établi par les cabinets Orseu et Amnyos en septembre¹⁴ 2019, suivis d'un rapport publié le 16 décembre 2021¹⁵.

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'en extraire de ce référentiel et, d'autre part, entraîner une extension des demandes et démultiplier les chefs de préjudice invoqués¹⁶.

¹² 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

¹³ [Rapport intermédiaire](#), 28 juillet 2020

¹⁴ 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

¹⁵ [Rapport](#) du comité d'évaluation des ordonnances travail, 16 décembre 2021

¹⁶ 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 Professeur Dalmaso 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 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.¹⁷

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 94 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

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

¹⁷ 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. Dalmaso et Mme Signoretto, 21 septembre 2021

catégories de salariés plus ou moins affectés par l'existence du plafond » : « si 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 en 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 du rapport 2021, après avoir procédé à une analyse statistique relative aux évolutions des embauches et ruptures des contrats de travail, retiennent 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 ».

Ils consacrent ensuite un important chapitre du rapport à l'étude du barème en fondant, au moins partiellement, leur analyse sur l'étude précitée du Professeur Dalamasso et de Mme Signoretto.

Ils étudient d'abord l'évolution des litiges devant les conseils des prud'hommes pour conclure que « différents points restent à approfondir, en particulier pour apprécier une éventuelle évolution des motifs de licenciement (en lien avec l'augmentation de l'indemnité légale de licenciement), ainsi que pour mesurer les effets du barème sur la nature des contentieux (éventuel report sur des motifs de nullité du licenciement pour lesquels le barème ne s'applique pas, en particulier les motifs de discrimination ou harcèlement), et sur une éventuelle extension des demandes pouvant avoir un effet sur le montant des indemnités versées hors barème ».

Ils étudient ensuite les montants des indemnités, et retiennent essentiellement que « les premiers éléments de conclusion de ces travaux montrent donc que le barème est majoritairement appliqué par les juges et qu'il a un effet maximal à la baisse sur le montant des indemnités pour les salariés ayant entre 2 ans et 5 ans d'ancienneté dans les entreprises de 11 salariés ou plus. Ce sont pour ces salariés que l'intérêt (financier) à agir s'affaiblirait d'abord. L'effet est moindre pour les salariés ayant une ancienneté au-delà de 5 ans ».

2. Les décisions précédentes :

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^o 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 de la prise en compte de l'effectif de l'entreprise.

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^o 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-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 1789¹⁸ ». 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 dernier¹⁹.

Ainsi, il résulte en réalité de cette première de censure que le Conseil constitutionnel ne reconnaît aucun principe s'opposant à ce que le législateur prévoit, pour un motif

¹⁸ Cons. const., 26 septembre 2014, décision n° [2014-415](#) QPC

¹⁹ 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

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 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 indemnisations 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, 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 inexplicée (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 indemnisations 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 plafonds 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 plafonds 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.²⁰

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.

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

²⁰ La constitutionnalité du barème impératif des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, D. Baugard et J. Morin, Droit social 2018, p. 718

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 salarié²¹.

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,

²¹ Droit constitutionnel, E. Debaets et N. Jacquinot, D. 2019, p. 1248

« 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 ;

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 refusée²², 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 son examen implique un contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office des juges du fond ».

²² 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)

Cet apport majeur des avis précités a fait l'objet de nombreux commentaires²³. 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 pleinement²⁴.

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 peut, sans prétendre à aucune exhaustivité, citer notamment les articles suivants en observant que la plupart sont assez critiques vis à vis de ces avis :

- Le contrôle de conventionnalité du barème d'indemnités : des choix contestables, G. Bargain, RDT 2019.569
- Le barème Macron et les incertitudes des sources du droit, P. Deumier, RTDC. 2020.59
- Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou, J. Icard, SSL, n° 1871, p. 5
- Le barème conventionnellement correct, G. Loiseau, JCP S 2019, act. 289
- La Convention n° 158 de l'OIT, après le CNE, le barème ... P. Lokiec, JCP S 2019.1230
- Le barème d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sauvé dans la confusion des sources européennes du droit social, JP. Marguénaud, RDT 2019.693
- Qui a peur du comité européen des droits sociaux ?, J. Mouly, Dr. Soc. 2019.814
- L'obscurité clarté du rejet de l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, C. Nivard, Dr. Soc. 2019.792
- Le refus de l'assemblée plénière de la Cour de cassation de prendre part au développement du droit du travail international, S. Robin-Olivier, Dr. Soc. 2019.799

²³ 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

²⁴ Avis de la Cour de cassation sur le barème Macron : quelles suites ?, FRS 17/19

- La conventionnalité du plafonnement des indemnités de licenciement injustifié : des avis peu convaincants, T. Sachs, Dalloz 2019.1916

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 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](#)).

Les décisions des cours d'appel postérieures aux avis :

Outre l'étude précitée du Professeur Dalmaso 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 légal²⁵. Cette première étude permet simplement de constater que 13 décisions (18%) ont alloué une somme supérieure au plafond légal.

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 fait apparaître que 3 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, 129 arrêts (soit 62%) ont accepté de procéder à un contrôle de conventionnalité *in concreto* relatif à l'application du barème alors que 78 arrêts (38%) n'ont pas procédé à un tel contrôle : 17 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 ; 61 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.

Neuf cours d'appel (sur trente-six) 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*, 120 ont jugé que la réparation allouée, conformément au barème légal, était

²⁵ Le barème Macron à l'épreuve de la jurisprudence, J. Marrocchella, JCP S, n° 31-35, 4 août 2020

adéquate au cas d'espèce et 9 arrêts (4%), issus de 5 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'écartier 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 subi 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'infirmant 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 2021²⁶, 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 :

*En effet, les juridictions du fond sont susceptibles de réduire à néant l'objectif de sécurité juridique sous-tendant l'instauration du barème si – sous couvert du contrôle *in concreto* – elles écartaient systématiquement l'application des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail. Cependant, la jurisprudence récente conduit à relativiser ce risque. Les cours d'appel, qui procèdent au contrôle concret de conventionnalité, ont conclu – dans la grande majorité des cas – à l'absence d'éléments suffisants pour écarter le barème. L'arrêt [rendu*

²⁶ Contrôle concret de conventionnalité du barème Macron : état des lieux d'une jurisprudence en construction, S. Sereno, BJT, 2021, n°3, p. 8

par la cour d'appel de Bourges] du 6 novembre 2020 s'avère une exception. D'ailleurs, une autre approche fondée sur « l'esprit de justice » a notre préférence. L'admission du contrôle in concreto de conventionnalité permet de prendre en considération les distorsions importantes pouvant exister entre les prévisions législatives et le préjudice effectivement subi par des salariés dans des circonstances particulières. Loin de remettre en cause la légitimité ou l'autorité de la loi, l'examen concret de conventionnalité est susceptible de rendre plus juste, et donc acceptable, la barémisation de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mais le recours à cette technique de contrôle impose aux juges de 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.

3. 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.

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 loi²⁷, 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

²⁷ 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

dispositions de droit interne avec des normes internationales²⁸. 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 »²⁹, 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 »³⁰.

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 juriscasseur consacré à cette question proposent de définir cet effet direct comme « l'aptitude d'une norme, en raison de sa complétude et de ses 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 signataires³¹.

²⁸ Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, Bull., n° 4 ; CE, 20 octobre 1989, n° 108243

²⁹ Cons. const., 3 septembre 1986, décision n° [86-216](#) DC, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France, n° 6

³⁰ 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

³¹ Juriscasseur, Droit international, Fasc. 30, n° 62 à 64

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 »³². 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

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'Etat subordonne l'invocabilité d'une norme internationale à son effet direct³³, 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 :

³² 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](#)

³³ Voir, par exemple : CE, Assemblée, 11 avril 2012, n° [322326](#)

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 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 français³⁴.

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 :

³⁴ L'invocabilité des conventions internationales du travail devant les hautes juridictions françaises, C. Nivard, RDT 2019.808

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 OIT³⁵.

Dans un ouvrage principalement consacré au droit social européen³⁶, 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 Dominguez³⁷, 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 ».

Les auteurs du jurisqueuseur 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*

³⁵ C. Nivard, L'invocabilité des conventions internationales du travail devant les hautes juridictions françaises, RDT, 2019.808

³⁶ Droit social européen et international, S. Hennion, M. Le Barbier, M. Del Sol et, JP. Lhernould, PUF, 2021, n° 59

³⁷ CJUE, 24 janvier 2012, n° C-282/10, Dominguez

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 préjudice³⁸.*

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 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 »³⁹.

Selon le Professeur Fabre et le doyen Huglo, 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 2011⁴⁰. 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

³⁸ Jurisclasseur, Droit international, Fasc. 30, n° 65 et 66

³⁹ 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

⁴⁰ Regards croisés sur l'interprétation conforme du droit social national, A. Fabre et JG. Huglo, RDT, 2021.964

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 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.

La charte européenne

Présentation et dispositif de contrôle⁴¹

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

⁴¹ 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^{er} Civ., 5 mai 2021, publié.

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.⁴²

La France a ratifié la Charte sociale européenne le 9 mars 1973 et la Charte sociale européenne révisée (la Charte) le 7 mai 1999. 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 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.⁴³

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 collectives**⁴⁴.

☐ 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.

⁴² [Site](#) de la Charte sociale européenne

⁴³ 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](#)

⁴⁴ 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

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 »⁴⁵.

Pour s'assurer du respect de la Charte sociale européenne, le CEDS recourt à deux procédures distinctes :⁴⁶

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

⁴⁵ C. Radé, « De la conventionnalité du barème “ Macron ” », Droit social 2019, p. 324

⁴⁶ Les développements qui suivent sont extraits du [site](#) du Service de la Charte sociale européenne - décembre 2021

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 :⁴⁷

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 TİM 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 étapes⁴⁸ :

⁴⁷ CEDH, 8 avril 2014, Affaire National Union of rail, maritime and transport workers c. Royaume-Uni, n° [31045/10](#)

⁴⁸ 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.)

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. [F], n°[358992](#), aux tables, conclusions B. Dacosta) : il y est affirmé 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* », certains auteurs⁴⁹, non convaincus par les arguments de ceux⁵⁰ qui considèrent que les termes de l'article 24 souffrent d'une telle indétermination que leur application requiert le relais d'une norme interne, voyant dans cette décision le caractère "autosuffisant"⁵¹ de l'article 24. Ainsi, selon T. 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.*"

[mais a exclu que les stipulations suivantes aient un tel effet :

– **article 15** de la partie II sur le droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté (**CE, 4 juillet 2012, Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes, n° 341533, Rec., concl. C. Landais**);

– **article 2** de la partie II relatif au droit à des conditions de travail équitables (**CE, 1re et 6e sous-sections réunies, 30 janvier 2015, Union syndicale Solidaires, aux tables, n° 363520, concl. M. Vialettes**) ;

– **article 1^{er}** de la Charte (**CE, 28 décembre 2018, M. [K] et syndicat CGT des chômeurs et précaires de Gennevilliers-Villeneuve-Asnières, n° 411846**).]

⁴⁹ Tatiana Sachs, Le contrôle de conventionnalité peut-il crever le plafond ?, [BJT avril 2019](#), n° 111m5, p. 40

⁵⁰ en ce sens, v. Loiseau G., « Conventionalité du barème : le débat est ouvert », JCP S 2018, p. 1367

⁵¹ Mouly J., « La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ? », Droit social 2019. 122).

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 cet arrêt, les commentateurs sont opposés. Ainsi, le Professeur Mouly⁵² considère que le Conseil d'Etat 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 Pr Icard⁵³ "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 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, F. Pinatel⁵⁴ relève que le Conseil d'Etat n'a pas réglé la question du droit pour les salariés d'invoquer le texte contre leur employeur dès lors qu'elle ne lui était pas posée et pour cause, le juge administratif n'y étant jamais confronté.

Et selon A. Gardin et J.P 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."⁵⁵

Quant à la Cour de cassation, elle a considéré :

⁵² 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

⁵³ BJT janv. 2020, n° 112u7, p. 57 "Brève exhortation à l'attention de la chambre sociale de la Cour de cassation" ; du même auteur : "Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou", SSL, n°1871, 2018, p.5 ([précité AV](#))

⁵⁴ F. Pinatel, « Barème d'indemnités : les failles du jugement de Troyes », actuel RH 2018

⁵⁵ Cf article cité plus loin.

– 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'était 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.

[– dans l'avis du 25 septembre 2019, n° [19-70.014](#), publié :

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.

Tel est le cas de la question relative à l'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers des dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, sur laquelle la Cour de cassation a statué par des avis du 17 juillet 2019.]

Mme Leprieur, rapporteur des avis précités et Mme le premier avocat général Courcol-Bouchard, précisent dans leur rapport et avis que *“la chambre sociale ne s'est jamais prononcée expressément sur l'effet direct d'une disposition de la Charte sociale européenne”*. C'est aussi ce qu'explique Mme Vialettes dans ses conclusions précitées relatives à la décision précitée du Conseil d'Etat du 30 janvier 2015 : *“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 Charte⁵⁶, mais ils ne sauraient être interprétés comme admettant que ces articles sont dotés d'effet direct”*.

[Mme Leprieur dans son rapport cite notamment Pierre Laroque, premier président du comité des experts indépendants (devenu le comité européen des droits sociaux) et commentateur particulièrement avisé de la Charte, qui indiquait dans un rapport du 7 décembre 1977 :

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 chose⁵⁷.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ “La Charte sociale européenne”, rapport Droit social 1979, n° 3, p. 108

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.⁵⁸

On peut rappeler ici, comme l'indiquait Mme Leprieur dans son rapport précité, 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. La technique de l'interprétation conforme peut par ailleurs être une technique de substitution de l'effet direct, c'est à dire permettre de pallier l'absence d'effet direct.

Elle rappelait que 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., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.540, Bull. 2012, V, n° 250 ; Soc., 11 juin 2014, pourvoi n° 11-20.985, Bull. 2014, V, n°137 ; Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-22.890, Bull. 2014, V, n° 301 ; Soc., 17 janvier 2018, pourvoi n°16-15.124, Bull. 2018, V, n°2 ; Soc., 10 octobre 2018, pourvoi n° 17-10.248, en cours de publication ; 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 2014⁵⁹, 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'Union⁶⁰.

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*

⁵⁸ De la même façon, la première chambre civile a quant à elle jugé que « *Quelle que pourrait être la portée des dispositions de l'article 18 de la partie II de la Charte sociale européenne dans l'ordre interne, celles-ci ne sont pas méconnues par l'article 98, 4°, du décret du 27 novembre 1991 qui ouvre l'exercice de la profession d'avocat à des ressortissants d'Etats membres, en se bornant à les soumettre, comme les nationaux, à certaines conditions justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général proportionnées à l'objectif de protection des justiciables.* » (1re Civ., 5 mai 2021, pourvoi n° 17-21.006, précité.)

⁵⁹ p. 163 et 164

⁶⁰ Dans un commentaire de l'arrêt du 29 juin 2011 par M-F.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.

forfait en jours sur l'année.»⁶¹, 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. [Au vu de la jurisprudence de la chambre sociale, le Comité européen des droits sociaux abandonnera finalement **pendant un temps** les critiques qu'il avait émises à l'encontre du dispositif légal français⁶².]

[Ce dispositif a [en effet] 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 2 juin 2011 (n°09-71.107), mais également dans deux autres arrêts précités 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 prévoyaient 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).*⁶³

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 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 elle-même effectue ce contrôle d'office :

⁶¹ 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.

⁶² Rapport d'activité [2014](#) du CEDS

⁶³ Extrait du commentaire de cet arrêt au rapport annuel de la Cour de cassation

[Mais sur le moyen relevé d'office , après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile :

Vu l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail dans sa rédaction alors applicable, interprété à la lumière de l'article 17, §§ 1 et 4, de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Attendu, d'abord, que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte des articles susvisés des directives de l'Union européenne que les États membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ;

Attendu, enfin, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ;

Attendu que pour débouter le salarié de ses demandes de rappel de salaires au titre des heures supplémentaires, congés payés afférents et indemnité pour travail dissimulé, l'arrêt retient que, sans remettre en cause les dispositions de la convention collective applicable prévoyant une rémunération forfaitaire pour les cadres dits « autonomes » prévoyant un nombre de jours travaillés de deux cent sept jours auxquels, nécessairement vient s'ajouter la journée de solidarité, le salarié soutient que les dispositions de son contrat de travail étaient irrégulières en ce qu'elles ne mentionnaient ni les modalités de décompte des journées ou demi-journées travaillées, en ce que le nombre de jours annuels était fixé à deux cent huit alors que la convention collective les limite à deux cent sept et en ce qu'aucun entretien individuel n'était mis en place pour l'exécution de la convention de forfait, que toutefois, d'une part, la stipulation du contrat de travail fixant à deux cent huit le nombre annuel de jours de travail n'est pas irrégulière au regard de la convention collective dès lors que doit être prise en compte la journée de solidarité, que d'autre part, s'il est vrai que, aux termes de l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, dans les circonstances spécifiques de l'espèce, l'association est fondée à soutenir que, alors que le salarié en qualité de directeur salarié, avait la charge de s'assurer du respect par l'association de la réglementation sociale, notamment en ce qu'elle vise la durée du travail et son aménagement, la contestation par celui-ci du respect des règles dont il avait la charge, est faite de mauvaise foi ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'article 9 de la convention collective nationale des organismes gestionnaires de foyers et services pour jeunes travailleurs du 16 juillet

2003 prévoit que, pour les directeurs, l'organisation du travail peut retenir le forfait en jours dans la limite de deux cent sept jours par an, que l'avenant n° 2 du 21 octobre 2004 à cette convention collective, relatif à l'aménagement du temps de travail des cadres, se limite à prévoir, en son article 2, que dans l'année de conclusion de la convention de forfait, la hiérarchie devra examiner avec le cadre concerné sa charge de travail et les éventuelles modifications à y apporter, que cet entretien fera l'objet d'un compte rendu visé par le cadre et son supérieur hiérarchique, que les années suivantes, l'amplitude de la journée d'activité et la charge de travail du cadre seront examinées lors de l'entretien professionnel annuel, en son article 3 que les jours travaillés et les jours de repos feront l'objet d'un décompte mensuel établi par le cadre et visé par son supérieur hiérarchique qui devra être conservé par l'employeur pendant une durée de 5 ans, que ces dispositions, en ce qu'elles ne prévoient pas de suivi effectif et régulier par la hiérarchie des états récapitulatifs de temps travaillé transmis, permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et à assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont il se déduisait que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;] **(Soc., 6 novembre 2019, pourvoi n° 18-19.752, publié, précité)**

[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 continuent 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 les arrêts **Soc., 10 novembre 2021, pourvoi n° 20-17.507, diffusé**, et **Soc., 10 novembre 2021, pourvoi n° 20-13.855, diffusé**, 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 J. 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'OIT⁶⁴.

A l'inverse, selon A. 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

⁶⁴ 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

juin 2011 sur les forfaits jours (Cass. soc. 29-6-2011 n° 09-71.107 FS-PBRI : RJS 8-9/11 n° 696).⁶⁵

Dans un autre article, elle précise *“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 qu’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 normes, exerçant de ce fait une influence plus mesurée (38) . L’arrêt du 29 juin 2011 sur les forfaits en jours paraît traduire cette gradation”*⁶⁶.

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 : *“86. 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.”*⁶⁷

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.

⁶⁵ Alexia Gardin, «Avis de la Cour de cassation sur le barème Macron : quelles suites ?», Feuillet Rapide Social Francis Lefebvre [17/19](#), paru le 26/07/19, n° 16, cité par le mémoire en intervention du Medef

⁶⁶ 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

⁶⁷ Série des traités européens - n° 163 [Rapport](#) explicatif de la Charte sociale européenne (révisée) - Strasbourg, 3.V.1996

[...]

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 intégrante⁶⁸, précise :

« [...] 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 indiqué⁶⁹:

⁶⁸ Partie VI Article N de la Charte révisée :

Article N – Annexe :

L'annexe à la présente Charte fait partie intégrante de celle-ci.

⁶⁹ p. 206

“Réparation appropriéeDroit 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. 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 notamment⁷⁰:

“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

⁷⁰ p.278

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 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 concernant la Finlande. 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 Conseil 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 tribunaux⁷¹.

- 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 :

⁷¹ P. Lokiec, Semaine Sociale Lamy, N° 1950, 19 avril 2021, Le barème ou le préjudice amputé, précité

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.

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 Conseil 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 mois 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 Pr Dalmasso⁷² 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 que “dans une décision n° 194 du 8 novembre 2018 de la Cour constitutionnelle italienne (7), les juges italiens ont déclaré inconstitutionnel - pour violation du principe de ragionevolezza (8) 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 Pr Dalmasso 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

⁷² [Droit social](#) 2021 p.523 “Un pas de plus dans la remise en cause du barème italien des indemnités de licenciement”

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 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

S'agissant de la France, on peut noter que, dans des conclusions 2016 concernant le rapport présenté par la France le 23 décembre 2015⁷³, 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.

⁷³ 2016/def/FRA/24/FR

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 enregistrées⁷⁴.

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.

L'Organisation internationale du travail

Même si elle n'est pas invoquée par le pourvoi incident, l'examen de ce dernier suppose d'envisager aussi la Convention n° 158 sur le licenciement de l'Organisation internationale du travail (OIT).

Adoptée le 22 juin 1982, ce traité a été ratifié 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 et son article 10 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 ».

A la suite d'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, le Conseil d'administration de l'OIT a adopté, en 1997, le rapport du Comité tripartite. Ce dernier a interprété

⁷⁴ 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 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.

l'article 10 précité 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'emploi⁷⁵.

La chambre sociale de la Cour de cassation statue régulièrement au visa des normes de l'OIT.

Par un arrêt du 1^{er} juillet 2008, retenant que l'article 4 de la Convention n° 158 était d'effet direct et visant les articles 7 et 9 de ce texte, elle 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, remplaçant ainsi les parties dans la situation de droit commun, en matière de licenciement (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 rapport⁷⁶ 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° 158⁷⁷.

Tout récemment, 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.

⁷⁵ Réclamation(article 24) - Vénézuela - C095, [C158](#) - 1997

⁷⁶ [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

⁷⁷ Décision BIT du 14 novembre 2007, RJS 1/08, [n° 59](#)

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](#)

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

4. L'indemnisation du licenciement injustifié

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 et intérêts punitifs »⁷⁸.

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 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 ».

⁷⁸ Répertoire de droit civil, Responsabilité du fait personnel, Philippe Brun, n° 156 à 159

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 et 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) ».⁷⁹

Les professeurs Viney et Jourdain⁸⁰ 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 préféreraient 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 « l'exigence constitutionnelle de responsabilité »⁸¹, 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 » :

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](#)

⁷⁹ Traité de droit civil, T. 5, M. Bacache-Gibeili, Les obligations, 3^e éd., n° 597

⁸⁰ Les effets de la responsabilité, G. Viney et P. Jourdain, LGDJ, 3^e éd. n° 57 et 58

⁸¹ Cons. Const. n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, loi relative au pacte civil de solidarité

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 »⁸², et n'appartient pas non plus à l'ordre public qu'il soit interne ou international⁸³.

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)⁸⁴.

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 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 rendaient pas

⁸² 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

⁸³ 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](#)

⁸⁴ 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

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° 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 elle 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, comme par exemple :

Viole les articles 706-3 et 706-9 du code de procédure pénale et le principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime la cour d'appel qui déduit du préjudice économique de la veuve d'une victime d'infraction, la pension de réversion versée du chef d'un premier conjoint, alors qu'elle constatait que cette pension, suspendue pendant le temps de son second mariage, ne constituait pas un revenu de ce foyer et n'était pas la conséquence directe et nécessaire du décès du dernier époux.
2° Civ., 16 septembre 2021, n° [20-14.383](#), publié

Viole le principe d'une réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit pour la victime, une cour d'appel qui rejette la demande formée par la victime d'un dommage corporel au titre de l'aide professionnelle dont elle a eu besoin jusqu'à la consolidation de son état et qui lui a été apportée par son mari, alors, d'une part, qu'il résultait de ses constatations que cette aide était nécessaire et que si elle ne lui avait pas été procurée par ce dernier, soit elle aurait dû exposer des frais pour bénéficier d'une assistance, soit elle aurait subi une perte de gains professionnels, d'autre part, que l'indemnisation de son préjudice ne pouvait être subordonnée à la production de justificatifs des dépenses effectives, le caractère bénévole de l'assistance familiale dont elle avait bénéficié n'étant pas discuté.
1^{re} Civ., 22 mai 2019, n° [18-14.063](#), publié

Sommaire : Viole le principe de la réparation intégrale du préjudice la cour d'appel qui, pour condamner le vendeur d'un immeuble à indemniser les acquéreurs au titre de la restitution d'une partie du prix d'achat de la maison et du coût de la démolition et de la reconstruction, outre les préjudices divers, retient qu'en application de l'article 1645 du code civil, les acquéreurs ont choisi de conserver l'immeuble et que le vendeur, qui connaissait les vices affectant le bien, est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages-intérêts envers les acquéreurs, alors que la restitution d'une partie du prix de vente et l'indemnité allouée pour la démolition et la reconstruction compensaient l'une et l'autre la perte de l'utilité de la chose.
3° Civ., 14 décembre 2017, n° [16-24.170](#), Bull., n° 139

Sommaire : *L'indemnité allouée en application des articles L. 1235-10 et L. 1235-11 du code du travail lorsque la procédure de licenciement est nulle en raison d'une absence ou d'une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi répare intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement.*

Viole dès lors ces textes et le principe de réparation intégrale du préjudice la cour d'appel qui, après avoir condamné l'employeur au paiement de cette indemnité, alloue par ailleurs aux salariés des dommages-intérêts pour privation des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi.

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 lorsque le licenciement met en cause un droit fondamental. Elle confirme que cela passe, idéalement, par une réintégration. (§ 232).

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.⁸⁵

A l'inverse, 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'adéquate⁸⁶.

⁸⁵ G. Loiseau, Conventiounnalité du barème : le débat est ouvert, JCP S 2018.1367

⁸⁶ La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventiounnalité ?, J. Mouly, Droit social 2019.122

Que réparent les indemnités de licenciement ?

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. (...) ⁸⁷.

Outre les allocations chômage, un salarié licencié de manière injustifiée a vocation à percevoir, d'une part, l'indemnité légale de licenciement, prévue par l'article 1234-9 du code du travail, et, d'autre part, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, prévue par l'article L. 1235-3, qui se cumulent. Il importe donc effectivement de tenter de préciser ce que réparent ces 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 légale de

⁸⁷ 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

licenciement s'est clos en faveur de la thèse indemnitaire, écartant l'idée qu'il s'agirait d'une créance de nature salariale.⁸⁸. 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 rémunératoire⁸⁹.

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 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

⁸⁸ A propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement, J. Mouly, D. 2008 p.582

⁸⁹ Réparation du préjudice professionnel : l'indemnité de licenciement ne doit pas être prise en compte pour l'évaluation, P., RTD Civ. 2008 p.111

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](#), publié⁹⁰

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 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.

⁹⁰ 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.

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 ?⁹¹

- l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (article L. 1235-3 du code du travail)

⁹¹ A. Lyon-Caen, RDT. 2021.145

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 et 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 :

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, etc⁹²

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 et 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 :

- 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](#)).

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 versés en fin de contrat tant

⁹² Le barème ou le préjudice amputé, P. Lokiek, SSL, n° 1950, 19 avril 2021

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 ?⁹³

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 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 revenu⁹⁴. 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,

⁹³ Mélanges offerts au Professeur Jean Mouly, Presses universitaires de Limoges, 2020

⁹⁴ 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

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'] 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'indemnisation⁹⁵. »

A l'inverse d'autres systèmes juridiques, le droit français ne reconnaît pas les dommages et 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 ».⁹⁶

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 d'ancienneté dans l'entreprise, licencié sans cause réelle et sérieuse, dans la limite d'un plafond fixé à 6 mois d'indemnités.

⁹⁵ L'indemnité de licenciement, G.-H. Camerlynck, JCP 1957.1391

⁹⁶ [Digest de jurisprudence](#) du CEDS, Conseil de l'Europe, décembre 2018

